

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

ESCUELA DE DERECHO

Revista
de
Ciencias Jurídicas



No. 22

Setiembre 1973

Nº 22
Setiembre
1947



D 19317
4 DIAS

Sistema de Bibliotecas - UCR

REV 141572



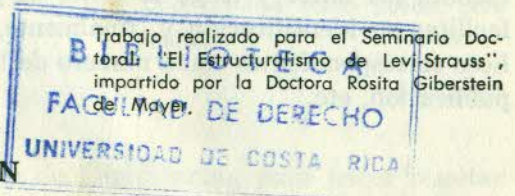
LIC. EDUARDO ORTIZ ORTIZ
LIC. ROLANDO SOTO JIMENEZ

SUMARIO:

Incesto, Matrimonio y Derecho	11
Lic. Jorge Enrique Guier	
Los Jueces de Costa Rica	71
Lic. Carlos José Gutiérrez	
El Mundo Romano y su Influencia en Europa	115
Lic. Rosita Giberstein de Mayer	
Impuestos sobre Pagos al Exterior	129
Lic. Walter Antillón	
La Costumbre y el Contrato de Trabajo	151
Lic. Manuel Francisco Umaña Soto	
Estructuralismo y Derecho	169
Dr. Fernando Mora	
El Derecho del Trabajo en los Países Subdesarrollados	199
Lic. Alfonso Carro Zúñiga	
La Expropiación en Costa Rica	223
Lic. Rogelio Sotela	
Aspectos histórico-sistemáticos de la evolución del contrato de arrendamiento de fundos rústicos en la experiencia de algunos derechos europeos occidentales	275
Lic. Rodrigo Barahona Israel	

INCESTO, MATRIMONIO Y DERECHO

JORGE ENRIQUE GUIER



I.—INTRODUCCION

Hace un tiempo en un libro que escribí (Guier, Jorge E., "Historia del Derecho", Primera Parte, Editorial Costa Rica. San José, 1968), y en un artículo anterior ("Derecho en la Prehistoria", Revista de Ciencias Jurídicas. Escuela de Derecho. Universidad de Costa Rica. N° 8. Noviembre 1966, pág. 7), apoyado fundamentalmente en Durkheim y en Gusdorf, había llegado a la conclusión de que podía hacerse una división clara entre el pensamiento del hombre primitivo y del hombre civilizado, tomando para esto la idea de un pensamiento pre-categorial contrapuesto a uno categorial, de uno pre-lógico a uno lógico, lo cual me sirvió de base también para encontrar sustento a una definición del paso de la prehistoria a la historia.

Introducido en el pensamiento de Lévi-Strauss, quien sostiene ideas diametralmente opuestas a las de los dos autores citados, no podría decir ahora que mi pensamiento sea el mismo de antes, aunque todavía tenga mis dudas personales en cuanto a la totalidad de la doctrina de Lévi-Strauss. Sin embargo, su aporte es de indiscutible valor para el antropólogo, el filósofo y el historiador, y ha conseguido, en más de un punto, cambiar mi antigua posición.

Por tal motivo, en este trabajo, especialmente dirigido a estudiar las relaciones que se presentan entre el incesto, el matrimonio y el derecho, enfrentaré en la primera sección, lo que pensaban de la mentalidad primitiva Lévy-Bruhl y Durkheim, con la idea de pensamiento en estado salvaje de Lévi-Strauss.

Para mayor comprensión del lector, en este estudio se ha usado un método de citación bastante abreviado. Se coloca de primero el nombre del autor, seguido de una fecha y finalmente un número. Esto significa, lógicamente, primero el autor, luego la fecha de publicación del libro citado (si hay dos en un mismo año se distinguen por el agregado a la fecha de una letra), y la página de donde se cita. La bibliografía al final del estudio tendrá primero el nombre del autor y luego la fecha de publicación del libro, para facilitar su identificación y, finalmente, los otros datos bibliográficos correspondientes como número de la edición, editorial, país de publicación, etc.

340 R
REV 1415 72-
N. 22

1973

II.—LA MENTALIDAD PRIMITIVA O EL PENSAMIENTO SALVAJE

"Uno clasifica como puede, pero clasifica".

Lévi-Strauss

Invirtiendo el proceso de Lévi-Strauss, para hacer resaltar las conclusiones a que llegó el antropólogo francés, más que el método para llegar a ellas, debe decirse que no hay tal mentalidad primitiva o pensamiento salvaje, sino un pensamiento en estado salvaje enfrentado a uno domesticado o civilizado, pero que ambos funcionan de manera idéntica.

Hay que intentar, en un trabajo de la clase del presente, tratar de definir, como primera medida, qué es una estructura, lo mismo que sus componentes, para de aquí en adelante partir a teorías más ambiciosas. Como principio fundamental se debe establecer que la noción de estructura social no se refiere a la realidad empírica, sino más bien a los modelos que han sido construidos de acuerdo con esa realidad. Esto hace ver que hay dos nociones primordiales que se confunden, como la de estructura social y relación social, siendo ambas distintas. Esta es la materia prima o base para la construcción de los modelos que servirán de base para la primera. Sin embargo, la estructura no puede ser identificada con el conjunto de relaciones sociales que se presentan en una sociedad determinada. "Las investigaciones de estructura no reivindican para sí un campo propio entre los hechos sociales; constituyen más bien un método susceptible de ser aplicado a diversos problemas etnológicos, y se asemejan a las formas de análisis estructural empleadas en diferentes dominios" (Lévi-Strauss, 1970 A, 251).

Para que los modelos escogidos merezcan el nombre de estructura, deben llenar cuatro condiciones: 1) la estructura presenta el carácter de un sistema y se compone de tales elementos en ligazón, de tal modo que la modificación de uno solo deviene en la

transformación de todos los demás; 2) cada modelo pertenece a un grupo de transformaciones, y estas transformaciones pertenecen a un modelo de la misma familia, de donde un grupo de estas transformaciones forma un grupo de modelos; 3) todas estas propiedades indicadas permiten predecir en qué forma reaccionará un modelo cuando uno de los elementos se transforme; y, 4) el modelo debe ser elaborado de tal forma que su funcionamiento dé cuenta de todos los hechos observados.

Conforme a lo anterior, pareciera que entonces una estructura es un ordenamiento cualquiera de partes cualesquiera, pero no es así, sólo es “estructura el ordenamiento que cumple dos condiciones: es un sistema, regulado por una cohesión interna; y esta cohesión, inaccesible a la observación de un sistema aislado, se revela en el estudio de las transformaciones gracias a las cuales es posible hallar propiedades semejantes en sistemas en apariencia diferentes” (Lévi-Strauss, 1970 A, XXXV). Ahora bien, es necesario hacer resaltar como de importancia para la tesis estructuralista, que el orden que se percibe en el mundo alrededor nuestro es algo impuesto por el hombre de manera arbitraria, de donde se puede ordenar de diversos modos válidos y el significado de tales términos ordenadores, de acuerdo con lo anterior, carecerían de un significado propio per se, sino que tal significación la adquieren por “posición”, o sea, el factor que depende de la historia y del contexto cultural, de un lado, y, del otro, de la estructura del sistema en que aparecen.

El punto de partida de la teoría estructuralista considera que la mente humana trabaja naturalmente a través de la forma, y que las experiencias se perciben de manera estructurada, y que tales estructuras, como condición del pensamiento, son por regla general inconscientes, y que han sufrido desde las épocas antiguas hasta el presente muy poca variación. “Hay tres tipos diferentes de comunicación social. En primer lugar el parentesco, la estructura que sustenta las reglas de transferir mujeres; en segundo lugar la economía, es decir la estructura que sustenta la transferencia de bienes y servicios; en tercer lugar la estructura sustentadora del lenguaje” (Douglas en Burrige, 1970, 81).

Luego del concienzudo análisis estructural de muchos mitos, Lévi-Strauss llega a la concepción de conceptos unificadores de esos

mitos, donde resaltan tres primordiales: armadura, código y mensaje. “La armadura comprende aquellos elementos que permanecen constantes en una cantidad de mitos; el código es la interrelación entre los elementos; el mensaje es el contenido de los elementos. A medida que se pasa de un mito al siguiente, tienen lugar transformaciones en alguno de esos aspectos” (Yalman en Burrige, 1970, 112). Esto conduce derechamente a la consideración del llamado totemismo, que para Lévi-Strauss no tiene realidad, sino como una forma de clasificación —a lo que luego nos referiremos—, donde la función se impone sobre la estructura de manera inevitable, pero donde también se nota que la forma de la estructura supervive, cuando la estructura misma ha sucumbido al paso demolidor de la historia.

Sostiene Lévi-Strauss que cuanto más se ahonda el investigador en los niveles más profundos de la vida mental, más se encuentran estructuras cuyo número disminuye, pero que al mismo tiempo aumentan en rigor y simplicidad, debido a que los signos y los símbolos que componen tales estructuras desempeñan su función en tanto que pertenezcan a un sistema, y este sistema se rige, a su vez, por leyes internas de implicación y de exclusión, donde viene a resaltar que lo constituyente de un sistema de signos es el ser transformables en el lenguaje de otro sistema, mediante las permutaciones. El signo, para aclarar esta situación, debe verse como “lo que reemplaza alguna cosa para alguno” (Lévi-Strauss, 1970, XXVIII).

De tal modo, en una sociedad determinada, el nacimiento de cualquier institución se explica por transformaciones de carácter muy arbitrario —casi tan arbitrarias como la formación de la estructura—. Históricamente se pueden encontrar muchos ejemplos de esta situación, pero también se indica que procesos “de este tipo desembocan en instituciones muy diferentes según la sociedad que se considera y que, en el caso en que instituciones análogas nacen independientemente en diversos puntos del mundo, las sucesiones históricas que prepararon su aparición son muy desiguales” (Lévi-Strauss, 1969, 56).

Ahora bien, esto nos hace concluir que entre praxis y prácticas se intercala siempre un mediador, y tal mediador es el esquema conceptual por cuya actividad una materia y una forma, origi-

nalmente desprovistas de existencia independiente y de relación entre sí, vienen a transformarse en estructura, es decir, como apunta Lévi-Strauss, como seres a la vez empíricos e inteligibles. Esto hace que las estructuras se formen con unidades constitutivas, que desempeñan su papel debido a que se las defina de manera equívoca, como cuando se las contrasta por parejas, para luego, conocidas estas unidades constitutivas, formar un sistema, "el cual desempeñará, por último, el papel de operado rsintético entre la idea y el hecho, al transformar a este último en signo. De tal modo, el espíritu va de la diversidad empírica a la simplicidad conceptual y luego de la simplicidad conceptual a la síntesis significativa" (Lévi-Strauss, 1970 B, 193). La estructura cambia, y siendo inteligible en un principio, cuando se ramifica, alcanza una forma de inercia o de indiferencia lógica. Esto se lleva a cabo sin deshacer su naturaleza original, porque al ir experimentando y recibiendo la influencia de incidentes extraños y variados, que le van sobreviniendo demasiado tarde, viene a impedir que el observador atento la pueda identificar luego y clasificarla en su propio género.

Lévi-Strauss, según síntesis que hace Burridge (1970, 140), considera las siguientes prioridades: 1.—La estructura se compone de tres situaciones: a) la primacía de lo colectivo; b) liberación de todo compromiso con el comportamiento concreto; c) un marco de referencia que tiene valor objetivo, si puede demostrarse que los procesos de pensamiento siguen una lógica universal; 2.—La "estructura" del pensamiento; 3.—La utilización del mito para demostrar los dos apartes anteriores; y, 4.—Casi incidentalmente, dilucidar de qué trata el mito en término de contenido y de significado comunicativo.

Todo esto conduce a la concepción de que existen estructuras mentales universales, que se pueden resumir en los tres apartes siguientes: 1.—La exigencia de la Regla como Regla; 2.—La noción de reciprocidad considerada como la forma más inmediata en que puede integrarse la oposición entre el yo y el otro; y 3.—El carácter sintético de la donación, o sea, el hecho de que la transferencia consentida de un valor de un individuo a otro, transforma a éstos en partenaires y agrega una nueva calidad al valor transferido.

Volviendo al análisis estructural en relación con el mito, hay que poner en claro que tal forma de análisis nos revela tales mitos

como intemporales, o sea una estructura sincrónica fuera del tiempo, y que las unidades aisladas que forman tal mito, por sí mismas carecen de significado, hasta tanto no se logre ver el modo en que se combinan. Las imágenes significantes del mito, pues, son elementos del mismo que pueden definirse echando mano a un doble criterio. Por un lado, como las palabras de un discurso que la reflexión mítica reacomoda, y que pueden servir para ese uso específico o para otro cualquiera, dependiendo de la forma en que se usen y, en segundo lugar, considerando que las imágenes del mito no provienen del devenir puro. "Este rigor, que parece hacerles falta cuando los observamos en el momento de su nuevo empleo, lo poseyeron antaño, cuando formaban parte de otros conjuntos coherentes; y lo que es más, lo poseen todavía, en la medida que no son materiales brutos, sino productos ya trabajados: términos del lenguaje o, en el caso del bricolage, términos de un sistema tecnológico, expresiones condenadas, por tanto, de relaciones necesarias de las que, de diversas maneras, las construcciones harán repercutir el eco sobre cada uno de sus niveles de utilización. Su necesidad no es simple y unívoca; existe, por lo tanto, como la invariancia, de origen semántico o estético, que caracteriza el grupo de las transformaciones a las que se prestan, y de las que hemos visto que no eran ilimitadas" (Lévi-Strauss, 1970 B, 60-61).

Fundamental en la teoría estructuralista de Lévi-Strauss es su concepto y función del mito. El significado primero de los mitos es el espíritu de quien los elabora, dentro del mundo en que aquél forma parte. Así se da una bifurcación dentro del mito; por un lado, los mitos son engendrados por el espíritu que los causa y, por el otro, el mito crea una imagen del mundo que va inscrita dentro de la arquitectura del espíritu que ha creado el mito. El mito transmite significado, en la forma dicha atrás, de manera similar a como la música transmite experiencia. De la circunstancia de que el mito es creado por el espíritu dentro de un determinado ámbito, es que nace la obligación —diría yo—, para su interpretador, de identificar precisamente las plantas y los animales a que se refiere, o siguiera tan sólo si son utilizados en forma fragmentaria o de despojo. Para Lévi-Strauss de lo que trata un mito o de lo que este mismo mito nos dice, tanto a nosotros como a sus portadores, viene a ser una cuestión secundaria, si se la enfrenta a la principal, cual es descubrir el pensamiento articulado. Los símbolos, las relaciones entre

las cosas, pueden cambiar de cultura a cultura, pero el tratamiento que la mente humana somete a tales cuestiones es uniforme, inmodificable, con lo cual esta uniformidad constituye su estructura primaria. Esta situación me da igual si en el contexto se abarca a dos o más culturas, porque la estructura debe hallarse en un grado tal de abstracción, que resuelva las relaciones que aparentemente son diferentes en relaciones correspondientes o "uniformidades".

De esto se desprende la idea errónea de que para Lévi-Strauss todos los mitos son la misma cosa, cuando lo que sostiene el autor es que a cierto nivel de abstracción, la estructura dialéctica redundante de todos los mitos es la misma, o sea, dicho en lenguaje musical como Burrige (1970, 19), "constituye un conjunto de variaciones sobre un tema común".

Ahora bien, y retornando al fenómeno de relación de condiciones naturales y de mito, hay que decir —con Lévi-Strauss—, que esas condiciones naturales no están sujetas a la experimentación, y lo que es más, no poseen una existencia propia particular porque están sujetas, o son función, de las técnicas y de la forma de vida de cada población, que las define, les da su sentido propio y las usa en la dirección que le parezca conveniente. Esto nos lleva a la declaración de que la naturaleza no es contradictoria en sí misma y que cuando así parece a los ojos de los hombres es debido a los propios términos de la actividad humana que está inscrita en esa naturaleza, de donde las propiedades del medio se definen según la forma histórica y técnica que cada actividad consigue dentro del conglomerado. "Por otra parte, y aun promovidas a este nivel humano, que es el único que puede conferirles la inteligibilidad, las relaciones del hombre con el medio natural desempeñan el papel de objetos de pensamiento: el hombre no las percibe pasivamente, las tritura después de haberlas reducido a conceptos, para desprender de ellas un sistema que nunca está predeterminado; suponiendo que la situación sea la misma, se presta a varias sistematizaciones posibles" (Lévi-Strauss, 1970 b, 142).

De esto se puede concluir que los fenómenos naturales no son lo que los mitos quieren explicar, sino más bien el vehículo por medio del cual el hombre pretende explicarse fenómenos que no son del orden natural sino que pertenecen a un orden lógico. Hay datos que cada sociedad experimenta, pero que cada una de esas socieda-

des interpreta de manera diferente. La relación que se establece entre el mito y lo dado es una relación de certeza —es cierta—, pero no en la forma de re-presentación, sino en una relación dialéctica, donde las instituciones relatadas en los mitos pueden ser diferentes a las instituciones de la realidad. Sobre todo este fenómeno aparecerá cuando el mito expresa verdades negativas.

El mito, según Lévi-Strauss, posee dos componentes básicos: la secuencia y el esquema. La primera es el contenido aparente del mito, lo que el mito relata, o sean los acontecimientos que lo componen, que suceden, por regla general, en orden cronológico. Luego, el esquema del mito está compuesto por el contenido latente del mismo, y ambos, al final tienden a una convergencia. Sin embargo, las secuencias del mito no se encuentran organizadas solamente en un orden cronológico sino que se encuentran en planos de desigual profundidad, en función de los esquemas, en forma superpuesta y simultánea; los esquemas pueden ser sociológicos, lógicos, geográficos, tecno-económicos, botánicos, etc. Al estructurar un mito, o sea ordenarlo, los esquemas conceptuales se presentan como oposiciones binarias que subyacen en las formas culturales explícitas, debido a que los mitos, tal como lo subrayó Malinowski y lo aceptó Lévi-Strauss, "en un contexto cultural determinado, 'un mito es un estatuto para la acción social'." (Burrige, 1970, 19).

Del estudio del mito se llega a la conclusión de que los "mismos procesos lógicos se ponen en ejecución . . . el hombre ha pensado siempre igualmente bien . . . el avance del pensamiento no descansa en un pretendido progreso en la conciencia del hombre, sino en el descubrimiento de cosas nuevas a las que ésta puede aplicar sus habilidades inmutables" (Lévi-Strauss, cit., por Burrige, 1970, 130). Además, llegado a esta conclusión, los mitos envuelven problemas universales, y todos ellos, al final de su entidad, pretenden contestarse estas tres preguntas: ¿es definitiva la muerte?; ¿es necesaria una regla del incesto? y, ¿cómo empezó la humanidad?

Esto nos conduce a un punto crucial de la teoría de Lévi-Strauss, o sea el sistema de clasificaciones. Este sistema de clasificaciones descubre el fondo de la mentalidad humana, pero, antes de ingresar en su estudio, sirva de advertencia la siguiente cita del autor: "La verdad es que el principio de una clasificación no se postula jamás: sólo la indagación etnográfica, es decir, la experiencia,

puede descubrirlo a posteriori" (Lévi-Strauss, 1970 B, 92). Sin embargo, la comprensión de los sistemas clasificatorios presenta dos clases de dificultades: extrínsecas e intrínsecas. Las primeras se desprenden de la ignorancia en que se encuentra el observador en relación con la observación de los hechos, sea reales o imaginarios, o de los principios esenciales que inspiran a los sistemas clasificatorios y, las segundas, no provienen efectivamente de la ignorancia de los caracteres objetivamente retenidos por el pensamiento indígena, sino en el cómo se establecen las relaciones entre uno o más términos, debido a la especial configuración de las lógicas polivalentes que operan en relación con las vinculaciones efectuadas.

La lógica del pensamiento salvaje puede trabajar basada al mismo tiempo en varios ejes. Las relaciones que vienen a establecerse entre los términos, en su mayoría se fundan en la contigüidad, pero la relación así establecida puede ser cercana o lejana, diacrónica o sincrónica. Entonces, es probable que el número, la naturaleza y la calidad de los hechos lógicos varíen según las culturas, y podrían calificarse a éstas en más ricas o más pobres, según las propiedades formales de los sistemas de referencia que usen en sus propias estructuras de clasificación. "Pero, aun los menos dotados, en relación con esto, operan con lógicas de varias dimensiones, cuyo inventario, análisis e interpretación exigirían una riqueza de informaciones etnográficas y generales que a menudo no se poseen" (Lévi-Strauss, 1970 B, 99-100). De estos sistemas clasificados nace otra complejidad, o sea, la que tiene que ver con las lógicas concretas, para las cuales el hecho de la vinculación es mucho más importante que la propia naturaleza de la vinculación, lo cual en otras palabras es que se echa mano de todo para establecer el régimen de la clasificación. De esto se puede concluir que enfrentados ante dos términos de una clasificación, la conexión no puede formularse dependiendo de la naturaleza formal de la conexión, porque como los propios términos, las relaciones entre ellos, deben darse de manera indirecta.

La lógica práctico-teórica que rige el pensamiento y la vida de las sociedades conocidas como primitivas, se rigen entonces por lo que se puede denominar la exigencia de las separaciones diferenciales. Esta exigencia aparece en los mitos sobre los cuales se fundan las instituciones totémicas, y repercute también en el plano de la técnica. De tal modo, que el principio lógico que rige los sistemas

clasificatorios es el de oposición de términos, los cuales, debido al empobrecimiento de la totalidad empírica, permiten creer o tener por distintos. Lo que en realidad sucede es el cómo oponer, lo cual viene a resolverse de manera secundaria al primer principio lógico de la oposición. Los sistemas totémicos, que son sistemas clasificatorios, como adelante se apuntará, obtienen el valor operatorio del carácter formal de la oposición, con lo cual devienen en códigos que transmiten mensajes entendibles a través de otros términos de otros códigos o sistemas, y expresan en su propio sistema mensajes obtenidos de códigos extraños. "Por consiguiente, no es necesario que la lógica del sistema coincida en todos sus puntos con el conjunto de las lógicas locales que se encuentran insertas. Esta lógica general puede ser de otro orden; entonces, se definirá por el número y la naturaleza de los ejes utilizados, por las reglas de transformación que permiten pasar del uno al otro, por último, por la inercia del sistema, es decir, su receptividad más o menos grande según las cosas, en lo tocante a factores inmotivados" (Lévi-Strauss, 1970 B, 235).

Como eje de un sistema clasificador se necesita lo que el autor llama operadores lógicos, que en un caso determinado pueden asimilarse a la noción de especie, o dicho en otras palabras, todo operador de especie o específico, posee por sí mismo fuerza lógica para iniciar un sistema clasificatorio. La diversidad y multiplicidad de las especies donan al hombre la imagen más directa y al mismo tiempo más intuitiva, que pueda percibir, de la discontinuidad última de todo lo real, con lo cual viene a constituirse la expresión sensible de la codificación objetiva. Además, en la noción de especie el punto de vista de la extensión y el de la comprensión "se equilibran: considerada aisladamente, la especie es una colección de individuos; pero, por la relación a otra especie, es un sistema de definiciones. Y eso no es todo: cada uno de esos individuos cuya colección teóricamente ilimitada forma la especie, es indefinible en extensión, puesto que constituye un organismo, el cual es un sistema de funciones. La noción de especie posee, pues, una dinámica interna: colección suspendida entre dos sistemas, la especie es el operador que permite pasar (y aún obliga a hacerlo), de la unidad de una multiplicidad a la diversidad de una unidad" (Lévi-Strauss, 1970 B, 200).

Los operadores específicos —en este caso las especies—, en el plano lógico efectúan el paso de lo concreto y lo individual hacia lo abstracto y los sistemas de categoría, lo mismo que en el plano

sociológico las clasificaciones totémicas, permiten al mismo tiempo el status de las personas en el seno del grupo y ensanchan hacia afuera el marco de ese grupo. A la par de este sistema clasificatorio basado en los operadores específicos se mueve otro sistema de clasificaciones morfológicas —cuya teoría está por hacer según indica Lévi-Strauss—, pero que funciona en dos planos: el de la destotalización anatómica y el de la retotalización orgánica. De lo que se ha indicado, puede extraerse la teoría o la idea, de que en los sistemas clasificatorios se pasa de la especie a la categoría, luego que no hay contradicción aparente en el sistema, entre este sistema y el léxico cuya importancia crece cuanto más se acerca a la base de las clases dicotómicas. “El problema de la relación entre continuo y discontinuo recibe de tal manera una solución original, puesto que el universo está representado en forma de un continuo compuesto de oposiciones sucesivas” (Lévi-Strauss, 1970 B, 205). Los sistemas clasificatorios basados en estas ideas al usar clasificadores concretos sirven de base a nociones y también pueden, debido a su forma sensible, demostrar que un problema lógico se ha resuelto o se ha superado una contradicción inicial. Al usarse estos clasificadores medios, el nivel general de la especie se estira hacia lo alto llegando a las categorías y hacia los elementos e incluso los hombres, y puede enogerse hacia la base donde aparecerían los nombres propios. “La red engendrada por este doble movimiento es a su vez recortada en todos los niveles, puesto que existe un gran número de maneras diferentes de significar estos niveles y sus ramificaciones: denominaciones, diferencias de vestuario, dibujos o tatuajes corporales, maneras de ser o de hacer, privilegios y prohibiciones. Así, cada sistema se define por referencia a dos ejes, uno horizontal, otro vertical, que corresponden, hasta cierto punto, a la distinción de Sasseur entre relaciones sintagmáticas y relaciones asociativas” (Lévi-Strauss, 1970 B, p. 218).

Este sistema clasificatorio, al asociar las categorías específicas con los mitos que se ligan a ellas, organiza el espacio, y entonces resulta en una extensión territorial para cada sistema clasificatorio. Estos sistemas de clasificación al fundarse primordialmente en una operación dicotómica, reconocen que el principio del todo o nada no solamente vale como explicación, sino que expresa una verdadera propiedad del ser, porque todo ofrece un sentido pues si fuera al contrario, nada tiene sentido particular.

Los sistemas de clasificación se mueven, además, en varios planos, unos permiten captar el orden natural y el social como una totalidad organizada, pero, en cualquier nivel que se estudien ofrecen la característica común de que cualquier sociedad organizada hace posible los sistemas a los otros niveles, y que no difieren más que por su posición en el sistema global clasificatorio, siempre que este sistema funcione basado en la pareja de contraste, que, en un plano más amplio, consideran, por un lado lo general y lo especial y, por el otro, la naturaleza y la cultura.

En última instancia, el nivel último clasificatorio corresponde a la individuación de la especie, con lo cual los sistemas dichos se convierten en finitos y deformables, porque mediante las reglas y las costumbres las sociedades aplican una red o rejilla para colar el flujo continuo de las generaciones, con lo cual se impone la creación de una estructura. Esto hace que las sociedades llamadas primitivas no lleguen a concebir que los sistemas clasificatorios en sus varios niveles sufran una escisión comunicable, sino que los tienen como las etapas o los momentos de una transición continua.

Con lo dicho hasta el momento sobre los sistemas clasificatorios se nota claramente que tales sistemas envuelven un sistema de significaciones, porque los pueblos llamados primitivos han creado un método razonable para injertar en su doble aspecto de “contingencia lógica y de turbulencia afectiva, la irracionalidad en la racionalidad” (Lévi-Strauss, 1970 B, 353), porque se ha reivindicado una unidad presentida en el medio de la diversidad. Desde este punto de vista las denominaciones individuales dependen de los esquemas clasificatorios, porque consisten en acciones del mismo tipo y semejantemente orientadas.

De tal modo, que es característica la preocupación de los llamados primitivos por las separaciones diferenciales (oposiciones binarias), que forma la actividad empírica y la reflexión intelectual de esos grupos, porque su carácter formal se aferra a toda suerte de contenidos, con lo cual se explica que las instituciones primitivas, aunque estén sumidas en el flujo de la temporalidad, puedan mantenerse a una cierta distancia de la historia con lo cual ganan en inmutabilidad, y así, perviven en una forma más clara de inteligibilidad.

Un eje o sistema clasificatorio sostiene a toda estructura. “Une lo general con lo especial, lo abstracto con lo concreto; pero,

ya sea en un sentido ya sea en el otro, la intención clasificadora se ve siempre llevada hasta su término. Este último se define en función de una axiomática implícita por la cual toda clasificación procede por parejas de contrastes: se detiene uno en la clasificación, solamente, cuando llega el momento en que ya no es posible oponerse. Propiamente hablando, por consiguiente, el sistema ignora los fracasos. Su dinamismo interno se amortigua a medida que la clasificación progresa a lo largo de su eje, en una o en otra dirección. Y cuando el sistema se inmoviliza, no lo hace ni en razón de un obstáculo imprevisto resultante de las propiedades empíricas de los seres o de las cosas, ni porque su mecanismo se atrancase: es porque ha terminado su curso y ha cumplido plenamente su función" (Lévi-Strauss, 1970 B, p. 315).

La evolución demográfica, como dice Lévi-Strauss, hace estallar las estructuras, pero el sistema estructural dispone de medios para resistir los choques y restablecer un sistema, que si no es idéntico al anterior al menos es formalmente del mismo tipo. Todo esto anterior no hace la menor concesión a los pensadores que invocan un arquetipo o un inconsciente colectivo, porque solamente las formas pueden ser comunes, ya que no los propios contenidos. Si se encuentran contenidos comunes, la razón de ellos debe buscarse o dentro de las propiedades objetivas de algunos seres naturales o artificiales o del lado de la difusión y de la recepción, en todos casos, entre otras palabras, "fuera del espíritu" (Lévi-Strauss, 1970 B, 102).

De tal modo, para Lévi-Strauss el totemismo, que califica de pretendido, no es otra cosa que un caso particular del problema general de las clasificaciones, y ejemplo claro del papel que juegan en el sistema clasificatorio los términos específicos cuando se usan para elaborar una clasificación social. Para aclarar estas ideas los etnólogos han logrado demostrar, entre algunas tribus australianas que la conexión que se establece entre un individuo y alguna planta, animal u objeto no es general, sino que afecta únicamente a algunas personas, lo mismo que tal relación no es hereditaria ni conlleva prohibiciones matrimoniales exogámicas entre las personas que ostentan la misma especie. Las instituciones que se han llamado totémicas, pues, invocan una homología, no entre grupos sociales y especies naturales, sino "entre las diferencias que se manifiestan, por una parte, al nivel de los grupos, y, por otra parte, al nivel de las especies. Estas instituciones descansan, pues, en el postulado de la

homología entre dos sistemas de diferencias, situados, uno en la naturaleza, y otro en la cultura" (Lévi-Strauss, 1970 B, p. 170). En los casos que examina el antropólogo, se nota que el tótem, animal o especie, no puede captarse como una especie biológica, sino que asume un doble carácter, como organismo, considerado como un sistema, y como emanación de una especie, que es el término de un sistema. El animal entra a funcionar en un sistema como un útil conceptual de múltiples posibilidades para "destotalizar y retotalizar cualquier dominio, situado en la sincronía o en la diacronía, lo concreto o lo abstracto, la naturaleza o la cultura" (Lévi-Strauss, 1970 B, 217). El totemismo en otras palabras, actúa también como grupo impreciso de elementos variables, dentro de un determinado sistema de clasificación y es una perspectiva efectiva conforme a la cual se aprehende un sistema de varias dimensiones, donde toma el aspecto de un momento de una clasificación.

El totemismo, entonces, se fundamenta en una homología que se postula entre dos series paralelas, que como atrás se indicó, se componen por las especies naturales y por los grupos sociales, pero en esas series paralelas los términos respectivos no se parecen de dos a dos, porque sólo la relación total es homomórfica. Tal relación se forma por la correlación "formal entre dos sistemas de diferencia, cada uno de los cuales constituye un polo de oposición" (Lévi-Strauss, 1970 B).

Todo el conjunto de la clasificación totémica constituye un aparato conceptual que "filtra la unidad a través de la multiplicidad, la multiplicidad a través de la unidad, la diversidad a través de la identidad y la identidad a través de la diversidad" (Lévi-Strauss, 1970 B, 222). El operador totémico, entonces, está dotado de una extensión que teóricamente es ilimitada, se extiende y se contrae en función de sus dos polos, pero tal movimiento lo lleva a cabo en formas simétricas e inversas la una de la otra, pero en el movimiento sufre una especie de torsión. "Por consiguiente, la pobreza de los mitos totémicos proviene de que cada uno tiene, exclusivamente, como función, fundar una diferencia como diferencia: son las unidades constitutivas de un sistema. La cuestión de la significación no se plantea al nivel de cada mito considerado aisladamente, sino al nivel de sistemas cuyos elementos son los mitos" (Lévi-Strauss, 1970 B, 335).

De acuerdo con el pensamiento de Levy-Bruhl puede decirse, como lo sostuve en el libro y en el artículo citados al principio de la introducción a este estudio, que relegó primero la representación mítica a la antecámara de la lógica, como dice Lévi-Strauss, luego renunció a la concepción del pensamiento pre-lógico y, al final, le negó a la mentalidad primitiva el carácter de cognición, arrojándola al seno de la afectividad y dejándola envuelta en las brumas de lo que él llamaba la niebla de participación. Lévi-Strauss sostiene lo contrario y, al efecto, nos dice: "Nunca y en ninguna parte, el 'salvaje' ha sido, sin la menor duda, ese ser salido apenas de la condición animal, entregado todavía al imperio de sus necesidades y de sus instintos, que demasiado a menudo nos hemos complacido en imaginar y, mucho menos, esa conciencia dominada por la afectividad y ahogada en la confusión y la participación" (Lévi-Strauss, 1970 B, 69). El pensamiento primitivo tiene estructuras lógicas que se construyen por sistemas de léxico diferente, de donde los elementos no son constantes sino únicamente las relaciones. Al hacer esta afirmación y luego probarla a cabalidad, el autor superaba la falsa antinomia dada entre el concepto de mentalidad lógica y prelógica. De tal modo, el pensamiento salvaje es lógico, en la misma forma y en el mismo sentido que el nuestro, pero como lo es el nuestro cuando se aplica al conocimiento de un universo al cual se le dan únicamente propiedades físicas y semánticas. Disipada esta primera duda, se establece otra verdad en contra de las ideas de Levy-Bruhl: el pensamiento llamado salvaje avanza por las vías del conocimiento y no de la pura afectividad y, para tal empresa, echa mano de distinciones y oposiciones, y no por una confusión y una participación. El pensamiento conocido como primitivo puede decirse que es un pensamiento cuantificado.

A esto podría replicarse indicando que el pensamiento ha progresado, pero a esta objeción nos contesta Lévi-Strauss en la forma siguiente: "Lo que llamamos progreso de la mente humana y, en todo caso, el progreso del conocimiento científico, nunca consistió y consistirá más que en una corrección de bosquejos y clasificaciones, una reagrupación de elementos, una definición de filiaciones y un descubrimiento de nuevos recursos dentro de una entidad que es a la vez cerrada y autocomplementaria" (Burrige, 1970, p. 169).

La exigencia del orden se encuentra en la base del pensamiento llamado primitivo, en la misma forma en que se encuentra en

la base de todo pensamiento. Al enfocar tales formas de ordenación —o en otras palabras, necesidad de clasificar— desde sus propiedades comunes, es como se encuentra el acceso más fácil a las formas de pensamiento que puedan parecernos más extrañas. Dicho de otro modo, el sentido del orden y de la simetría, es reflejo de ciertos rasgos inequívocos que el hombre moderno porta como conformación de su aparato mental y que comparte con el homo sapiens. De esto podría extraerse la conclusión que los mitos, al menos en un aspecto, son una forma primitiva del pensamiento semántico.

Otras cualidades distinguen al pensamiento salvaje: su intemporalidad, y el deseo de captar el mundo que lo rodea como una totalidad a la vez sincrónica y diacrónica, para lo cual ahonda en el mundo con la ayuda de imágenes. Construye edificios mentales que le ayudan en la inteligencia y comprensión del universo por cuanto se le muestran parecidos y, en este sentido, el pensamiento salvaje puede llamarse muy bien pensamiento analógico. De tal modo, el salvaje es a la vez analítico y sintético, sin que llegue hasta el final en ninguna de las dos posiciones, porque permanece con la capacidad de mediar entre cualquiera de esos dos polos aparentemente antinómicos para el pensamiento domesticado o civilizado.

Las imágenes que ayudan al salvaje a comprender el mundo no son ideas, pero desempeñan el papel del signo, o, en otra forma, la imagen permanece con la idea en la interioridad del signo, y si la idea todavía no se descubre en este estadio, al menos está su lugar futuro y aparecen sus contornos delimitados aunque sea de manera negativa. La imagen se fija de manera unívoca y total al acto de conciencia que la acompaña, pero el signo, y la imagen que ya se ha convertido en significativa, sin carecer de comprensión, es decir, de relaciones entre ellos simultáneas y teóricamente ilimitadas con otras formas o seres del mismo tipo —lo que es privilegio y distinción del concepto—, son ya intercambiables. Las imágenes y los signos cuando adquieren tal categoría mantienen relaciones con otros seres, aunque sea de manera limitada y, como se ha indicado, forman siempre un sistema en el que una modificación que afecte un elemento interesará automáticamente a todos los componentes de la relación.

Desde este punto de vista la extensión y la comprensión de los lógicos no pueden concebirse como dos aspectos complementarios y distintos, sino que forman una realidad realmente solidaria. Con

esto puede sostenerse que el pensamiento mítico, aunque se encuentre en medio de las imágenes, pueda ser generalizador y por tanto, científico, porque dentro de él también opera una fuerza analógica que se funda en paralelos, aunque sus creaciones nuevas no vengán a ser otra cosa que el ordenamiento siempre nuevo de elementos cuya naturaleza no se modifica, aunque figuran en el conjunto o en la disposición final que, haciendo a un lado la disposición interna, forman siempre el mismo objeto. El pensamiento primitivo ataca a la realidad con la "incesante reconstrucción con ayuda de los mismos materiales, (que) son siempre fines antiguos los que habrán de desempeñar el papel de medios: los significados se truecan en significantes, y a la inversa" (Lévi-Strauss, 1970 B, 41).

Tanto la imagen como el signo son seres concretos y se parecen al concepto por su poder referencial; ambos no se relacionan exclusivamente a ellos mismos, sino que dentro de sus atributos se encuentra el que pueden sustituir a algo que no son ellos. El concepto y el signo se diferencian, sin embargo, porque la capacidad del concepto a este respecto es ilimitada, mientras que la del signo es limitada. Desde otro punto de vista, y juzgados el concepto y el signo sobre el eje de la oposición naturaleza-cultura, los conjuntos de que ambos se valen se notan dislocados. Una de las formas o maneras en que el signo se opone al concepto es que éste pretende ser íntegramente transparente a la realidad, y, en cambio, el signo acepta, y es más, lo demanda, un determinado rasgo de humanidad incorporado a esa realidad.

"Ahora bien, lo propio del pensamiento mítico, como del bricolage en el plano práctico, consiste en elaborar conjuntos estructurados, no directamente con otros conjuntos estructurados (El pensamiento mítico edifica conjuntos estructurados por medio de un conjunto estructurado, que es el lenguaje; pero no se apodera al nivel de la estructura: construye sus palacios ideológicos con los escombros de un antiguo discurso social) sino utilizando residuos y restos de acontecimientos; odds and ends, diría un inglés, o en español, sobras y trozos, testimonios fósiles de la historia de un individuo o de una sociedad. En un sentido, por lo tanto, la relación entre la diacronía y la sincronía ha sido invertida: el pensamiento mítico, ese bricoleur, elabora estructuras disponiendo acontecimientos, o más bien, residuos de acontecimientos (en tanto que la ciencia 'en marcha' por el simple hecho de que se instaura, crea, en forma de acontecimientos,

sus medios y sus resultados, gracias a las estructuras que fabrica sin tregua y que son sus hipótesis y sus teorías. Pero no nos engañemos: no se trata de dos etapas, o de dos fases, de la evolución del saber, pues las dos acciones sin igualmente válidas... Por su parte, el pensamiento mítico no es solamente prisionero de acontecimientos y de experiencias que dispone y redispone incansablemente para descubrirles un sentido; es también liberador por la protesta que eleva contra el no-sentido, con el cual la ciencia se había resignado, al principio, a transigir" (Lévi-Strauss, 1970 B, 42).

Luego de esta larga cita del autor es necesario concluir, que el pensamiento mítico se expresa con la ayuda de un repertorio cuya composición es heteróclita y que, aunque es en apariencia de una gran amplitud, sin embargo, es limitado, pero que debido a las circunstancias, tiene que echarse mano de él porque no se encuentra otro a la disposición. De tal manera, el pensamiento mítico se sitúa en el medio equidistante de los preceptos y de los conceptos. Sería imposible extraer los primeros de la situación concreta en que se han dado y, el segundo, exigiría que ese pensamiento pudiera poner todas sus adquisiciones entre paréntesis. Pero, el intermediario entre la imagen y el concepto es el signo, al cual se le puede definir, como la relación que se establece entre la imagen y un concepto, que en la unión que se realiza en tal forma de pensamiento adquiere las características de significante y significado.

Con todo lo anterior se puede llegar a la conclusión final de que no existe un pensamiento salvaje, sino un pensamiento en estado salvaje, contrapuesto por diferencia a un pensamiento cultivado o domesticado. Dice Lévi-Strauss que nosotros comerciamos con nuestras ideas mientras que el salvaje las atesora, con lo cual el pensamiento salvaje pone en rigurosa práctica una filosofía de la finitud.

Para terminar con este acápite, se hace necesario examinar las ideas de nuestro autor en relación con la naturaleza y la cultura y el pasaje de la una a la otra. "Cuando la naturaleza y la cultura se conciben como dos sistemas de diferencias, entre los cuales existe una analogía formal, es el carácter sistemático propio de cada dominio el que se encuentre colocado en primer plano. Los grupos sociales se distinguen unos de otros; pero siguen siendo solidarios como partes del mismo todo, y la ley de exogamia ofrece el medio de conciliar esta oposición equilibrada entre la diversidad y la unidad.

Pero si se contemplan los grupos sociales, menos desde el punto de vista de sus relaciones recíprocas en la vida social, que cada uno por su cuenta, en relación con una realidad de un orden diferente al sociológico, entonces se puede prever que el punto de vista de la diversidad se impondrá sobre el de la unidad (Lévi-Strauss, 1970 B, 173).

Los grupos sociales tienden por sí mismos a formar sistemas, si no en relación con otros grupos sociales al menos con un grupo de propiedades diferenciales que se tienen como hereditarias, con lo cual las características exclusivas de cada grupo harán más frágil su articulación en el seno de la sociedad. En la forma en que cada grupo se va diferenciando de los otros grupos de la sociedad, de acuerdo con la imagen que se forma de su propio modelo natural, le va siendo más difícil relacionarse con los otros grupos y, de manera primordial, cambiar sus hermanas y sus hijas, con los otros, porque adquiere la tendencia a tenerlas como individuos o miembros de una especie particular. “Dos imágenes, una social, otra natural, y cada una articulada por su cuenta consigo misma, serán reemplazadas por una unidad socio-cultural única, pero fragmentada” (Lévi-Strauss, 1970 B, 173).

Es necesario aclarar que para el autor las transformaciones ideológicas no engendran transformaciones sociales, sino todo lo contrario, la concepción que los hombres se forjan entre las relaciones de naturaleza y cultura, operan como función en la manera en que se modifican sus propias relaciones sociales. El dominio de la naturaleza se define por la situación de que sólo se da lo que se recibe. La herencia, en cambio, informa sobre la permanencia y la continuidad naturales; en cambio, en el campo de la cultura, el individuo recibe más de lo que da y, en la misma forma, da más de lo que ha recibido, creándose un proceso de acrecentamiento. El doble desequilibrio se nota en los procesos respectivos, que son inversos entre sí y opuestos al precedente, de la educación y de la invención. El problema del paso de lo natural a lo cultural, viene en última instancia a reducirse al problema que significa introducir dentro de un proceso únicamente repetitivo procesos de acumulación. “Sostenemos, pues, que todo lo que es universal en el hombre corresponde al orden de la naturaleza y se caracteriza por la espontaneidad, mientras que todo lo que está sujeto a una norma pertenece a la cultura y presenta los atributos de lo relativo y de lo particular” (Lévi-Strauss, 1970 B, p. 41).

Al final de *Tristes Tropiques*, Lévi-Strauss dice que no podemos elegir estar solos: o “nosotros” o “nada”. Pero la elección de “nosotros” implica una opción casi infinita en lo que se refiere a qué tipo de “nosotros” debe ser. El mito es parte del aparato mediante el cual ponemos en claro para nosotros mismos esa opción y también lo es el totemismo, pero la opción es libre, no determinada. Podemos elegir cómo nos relacionamos entre nosotros o con nuestro medio o también con ese enigmático gato de Lévi-Strauss cuyas cualidades totémicas similares a las de la Esfinge fascinaron tanto a Burridge como a Mendelson” (Leach en Burridge, 1970, 21).

III.—INCESTO, MATRIMONIO Y PARENTESCO

a) Incesto.

"La sociedad no prohíbe más de lo que ella misma suscita".

Lévi-Strauss

En el principio, bien puede decirse, las uniones eran incestuosas dentro de los grupos porque las hermanas desposaban a las hermanas. Únicamente en dos sociedades, la egipciaca faraónica y la incaica precolombina, se conservó el incesto, pero institucionalizado a la familia reinante, como factor religioso. En muchas sociedades primitivas, como por ejemplo entre los yoruba, el término lingüístico que se usaba para indicar el significado de matrimonio era el mismo para comida, posesión, mérito, ganancia y adquisición. Casarse y comer, pues, eran una misma cosa. En muchas otras sociedades, como entre los koko yao, mashona, matabele del Africa, wotjobaluk de Australia, para sólo citar algunas primitivas actuales, se asimila ya el incesto con el canibalismo.

Para introducirnos en la problemática de la prohibición del incesto, se hace necesario examinar, de la mano de Lévi-Strauss, el mito de la lechuza de los indígenas iroqueses y algonquinos de los Estados Unidos de América, y luego comparar este resultado con el problema mítico clásico de Edipo.

Entre iroqueses y algonquinos se cuenta la historia de una joven que está expuesta a los asedios amorosos de un visitante nocturno que ella creía era un hermano suyo. Todos los indicios sobre el importunado visitante parecen confundirlo con el hermano, como su apariencia física, sus vestidos y una mejilla arañada, y dar crédito a la virtud de la heroína del mito. La muchacha ultrajada lo acusa de sus tendencias incestuosas, a lo que responde el muchacho que tiene un doble y que entre ellos dos son tan fuertes los lazos de

unión, que lo que le sucede a uno le pasa igualmente al otro, aun en el caso de que se rompieran las vestiduras e incluso la herida en la cara. Para convencer a la hermana de su inocencia, el hermano mata en su presencia al doble, pero, dadas las relaciones entre ambos, pronuncia su propia sentencia de muerte, y al morir el doble el hermano sucumbe también. Para esta época la madre del doble quiere vengar a su hijo asesinado. La madre es gran hechicera, señora de las lechuzas o los búhos y sólo se encuentra un medio para poderla engañar: que la hermana se una al hermano, y que éste continúe su vida haciéndose pasar por el doble asesinado. Para salvar la situación habría que caer en el incesto, lo cual es tan inconcebible que la anciana hechicera no podrá averiguar la superchería. Sin embargo, los búhos o las lechuzas no se dejan engañar y denuncian la maniobra de los culpables, los cuales, no obstante, logran escapar.

Uniendo este mito con la leyenda de Edipo se nota la correspondencia entre los personajes. La serie de precauciones que se toman para que no se lleve a cabo el incesto caen ante el desdoblamiento de los personajes: el iroqués con su doble y Edipo tenido por muerto y vivo, niño condenado y héroe triunfante. Además el incesto entre hermanos sería permutación del incesto entre madre e hijo. Lo único que falta para definir la similitud de los mitos sería el encuentro con la Esfinge y las preguntas con su respuesta. Entre los indios norteamericanos apenas si hay dos planteamientos de enigmas: entre los pueblos del sudoeste de los Estados Unidos hay un grupo de búhos, nacidos del comercio incestuoso, que plantean enigmas a los espectadores. No hay que olvidar que la hechicera del mito iroqués es la señora de los búhos. En América, pues, los enigmas presentan un doble carácter edípico, por vía del incesto y por vía de los búhos.

Parece existir una correlación entre los mitos. Construyendo ambos mitos a base de un modelo que nos permita explicarlos, vemos que aparece de primera instancia: "una pregunta para la cual se postula que no hay respuesta". Por experiencia se puede invertir el término, lo cual nos da "una respuesta para la cual no hay pregunta".

Si adentramos a este mito el de Parsifal, donde aparece un héroe casto que ni siquiera sabe formular preguntas, se podía llegar a la relación homóloga que la castidad mantiene con la respuesta sin pregunta, la misma relación que el comercio incestuoso con la

pregunta sin respuesta. Entre la solución del enigma y el incesto se establece una relación, no externa y de hecho, sino interna y de razón, porque como el enigma propuesto y resuelto, el incesto acerca términos que debían permanecer separados: el hijo se une a la madre y la hermana al hermano, en la misma forma que la respuesta consigue, contra todo lo esperado, reunirse con su pregunta.

Los mitos de origen edípico asimilan siempre el descubrimiento del incesto a la solución de un enigma, que se personifica en el héroe: la unión audaz de palabras ocultas o de consanguíneos el uno al otro. Esto engendra la putrefacción y la fermentación, el desencadenamiento de las fuerzas naturales, como la peste tebana, y la impotencia en materia sexual, como anudadora de un diálogo propuesto que acaba con la fecundidad animal y vegetal.

“Ante las dos perspectivas que podrían seducir su imaginación —la de un verano o un invierno igualmente eternos, pero que serían, uno desvergonzado hasta la corrupción, el otro puro hasta la esterilidad—, el hombre debe resolverse a preferir el equilibrio y la periodicidad del ritmo de las estaciones. En el orden natural este ritmo responde a la misma función que cumplen, en el plano social, el intercambio de mujeres en el matrimonio y el intercambio de palabras en la conversación, a condición de que ambos se practiquen con el propósito franco de comunicar, es decir, sin astucia ni perversidad y, sobre todo, sin doble intención” (Lévi-Strauss, 1970 A, XL).

Hay otro mito que tiene indudable relación con el incesto y su prohibición, y es el narrado por los murngin de la tierra de Arnhem, en la Australia Septentrional. En el inicio de los tiempos, las hermanas Wawilak se pusieron a caminar hacia el mar y de paso iban nombrando todos los sitios, los animales y las plantas. Una de ellas estaba embarazada y la otra cargaba a su hijo. Antes del viaje se habían unido incestuosamente con hombres de su propia mitad.

Cuando la hermana menor dio a luz continuaron caminando hasta llegar al estanque donde vivía la serpiente Yurlunggur, tótem de la mitad a que ellas pertenecían. La hermana mayor manchó la pureza de la laguna con su sangre. La serpiente se indignó y salió del agua, provocó un diluvio seguido de una gran inundación que cubrió la tierra y la vegetación y se tragó a las mujeres y a sus

hijos. La sequía se hizo presente cuando la serpiente volvió a acostarse en su laguna.

En este mito, en la parte que nos interesa, encontramos que se hace necesario que los principios macho y hembra, estación seca y lluviosa, colaboren para que la vida se presente en la tierra, como porque lo explica el mito, si las hermanas Wawilak no hubieran cometido el incesto y no hubieran corrompido las aguas, no habría habido sobre la tierra ni vida ni muerte, ni cópula ni reproducción, de donde el ritmo de las estaciones no se hubiera presentado. Pero todo esto se puede llevar hasta el momento de cometerse el incesto que indicó y marcó el éxodo de las hermanas. Vemos claramente la prohibición del incesto y las consecuencias de destrucción y podredumbre que se establecen al violar sus reglas.

Es conocida pues la prohibición en las sociedades primitivas de cometer el incesto. Esto se ha conseguido al proyectar las hermanas y las hijas fuera del grupo social consanguíneo, para buscarles marido en otros grupos fuera del propio, con lo cual se consigue establecer relaciones entre otros grupos naturales, que son las que primeramente pueden llamarse vínculos de alianza. Con esto se logra, como adelante se explicitará más abundantemente, fundar la sociedad humana en la prohibición del incesto, con lo cual esta prohibición podría asemejarse a la propia sociedad humana.

Freud no consideró nunca que las motivaciones del incesto fueran el resultado de hechos psíquicos que recurrieran en las familias, sino que eran condiciones heredadas que se habían adquirido de modo traumático durante los tiempos primitivos de hordas, y que, lejos de crearse un prejuicio bilateral o familiar respecto a las teorías del incesto, vio con claridad que entre los australianos “el factor de descendencia unilineal estaba relacionado de modo decisivo con la incidencia de las prohibiciones” (Fox en Burridge, 1970, 220).

Para explicar la universalidad de la prohibición del incesto, se han ido preparando a través del transcurso de las edades muchas teorías. La primera de ellas sostiene que la prohibición del incesto sería una medida de protección para amparar a la especie de las degeneraciones que resultarían de las uniones consanguíneas. La respuesta para rechazar la teoría es obvia. Los hombres del paleolítico usaban los procedimientos endogámicos de reproducción para

mejorar las especies. Suponiendo que tal hombre haya tenido conciencia del resultado de tales métodos y que haya juzgado sobre su conveniencia, "¿cómo es posible, entonces, explicar que en el dominio de las relaciones humanas llegue a conclusiones opuestas a las que su experiencia verificaba todos los días en el dominio animal o vegetal y de las que dependía su bienestar?" (Lévi-Strauss, 1969, 46). Las prohibiciones que se encuentran entre los primitivos en relación con el incesto son las que tienden a multiplicar las relaciones entre primos cruzados (nacidos de un hermano y una hermana), "entonces sitúan en los dos polos extremos de la reglamentación social tipos de uniones idénticas desde el punto de vista de la proximidad: la unión entre primos paralelos (provenientes respectivamente de dos hermanos o de dos hermanas) identifica con el incesto fraterno, y la unión entre primos cruzados, que se considera como ideal matrimonial a pesar del grado muy estrecho de consanguinidad existente entre los cónyuges" (Lévi-Strauss, 1969, 47). Algunos autores han llegado a sostener que el pretender fundar la prohibición del incesto en causas eugénicas es desde todo punto de vista errado.

Un segundo tipo de explicaciones sobre la prohibición en comentario, tiende a eliminar uno de los términos de la antinomia entre los caracteres social y natural de la institución, sosteniendo que la prohibición del incesto no es más que la proyección en el plano social de sentimientos o tendencias humanas, y para cuya explicación lo único necesario es considerar la naturaleza del hombre. Como objeción a la teoría podría indicarse que se confunden dos tipos de acostumbramiento: el que se desarrolla entre dos individuos sexualmente unidos, que se conoce conlleva, por regla general un debilitamiento del deseo, hasta llegar a la situación explicada por un biólogo contemporáneo "de introducir un elemento de desorden en todo sistema social" (cit. por Lévi-Strauss, 1969, 50), y el que se observa entre parientes próximos, al que se da el mismo resultado, si bien el sexo, preponderante en el primer caso, está ausente en el segundo. Esto nos hace ver que la supuesta repugnancia instintiva por el incesto, aunque prohibido, existe y es sin duda más frecuente de lo que deja suponer la convención de silenciarlo. Además, el psicoanálisis ha descubierto un fenómeno universal no en la repulsión frente al incesto, sino, por lo contrario, en su búsqueda. "Sin embargo detrás de la actitud a que nos referimos

existe una confusión infinitamente más grave. Si el horror al incesto resultase de tendencias fisiológicas o psicológicas congénitas, ¿por qué se expresaría con la forma de una prohibición que es el mismo tiempo tan solemne y tan esencial como para que se la encuentre en todas las sociedades humanas con la misma aureola de prestigio sagrado?" (Lévi-Strauss, 1969, 52).

Estas explicaciones, como se ha visto, eliminan uno de los términos de la antinomia establecidos en el primer tipo de prohibición o de explicación a la prohibición. Mientras los anteriores se iban por la intención interna (psíquica o biológica), hay un grupo de autores que ven en la prohibición del incesto una regla de origen puramente social que al expresarse en términos biológicos ha sido rasgo accidental y secundario.

La explicación social del fenómeno se presenta bajo dos aspectos fundamentales: la prohibición de la unión sexual entre consanguíneos próximos o colaterales, y que esta prohibición biológica no es más que un aspecto de un sistema más amplio que parece no tiene fundamento biológico, y, "en muchas sociedades la regla de la exogamia prohíbe el matrimonio entre categorías sociales que incluyen parientes próximos pero, junto con ellos, incluye un número considerable de individuos entre los que no es posible establecer relación alguna de consanguinidad o de colateralidad o, en todo caso, sólo relaciones muy lejanas. En este último caso, es el capricho aparente de la nomenclatura el que lleva a considerar como parientes biológicos a los individuos afectados por la prohibición" (Lévi-Strauss, 1969, 53). Estas teorías pretendían derivar una ley general de la contemplación de fenómenos de carácter especial, a veces simples anécdotas propias de una sociedad, pero cuya presunción no puede hacer consideración de universalidad. Igual error metodológico cometió Durkheim con su teoría.

La hipótesis de Durkheim se fundamenta en tres planos: primero, basa la universalización de los hechos en la observación de un grupo limitado de sociedades; segundo, hace de la prohibición del incesto una consecuencia lejana de las reglas de la exogamia y, en tercer lugar, interpreta esas reglas en función de fenómenos de otro orden. "La fuerza de esta interpretación radica en su capacidad para organizar, en un mismo y único sistema, fenómenos muy diferentes que, tomados cada uno en particular, parecen difíciles de entender. Su debilidad reside en el hecho de que las conexiones que se

establecen de esta manera son frágiles y arbitrarias" (Lévi-Strauss, 1969, 55). Esta clase de explicaciones sociológicas y, en particular la de Durkheim, parten del equívoco de fundar un fenómeno universal sobre una secuencia histórica, dentro de cuyo desarrollo se pueden concebir y explicitar casos particulares, pero cuyo encadenamiento de episodios son tan contingentes, que debe rechazarse completamente la posibilidad de que se hayan repetido dentro de las sociedades humanas.

"El problema consiste en preguntarse qué causas profundas y omnipresentes hacen que, en todas las sociedades y en todas las épocas, exista una reglamentación de las relaciones entre los sexos. Querer proceder de otra forma sería cometer el mismo error que el lingüista que creería agotar, por la historia del vocabulario, el conjunto de las leyes fonéticas o morfológicas que presiden el desarrollo de la lengua" (Lévi-Strauss, 1969, 57).

Considerando hasta el momento lo que se ha examinado, puede llegarse a la conclusión formal que la prohibición del incesto, en cuanto a relaciones sexuales se refiere, no es más que la idea de que en tales materias no se puede hacer cualquier cosa, y en su aspecto positivo es la prohibición señal de que se inicia una época organizada. Cuando a esta regla la enfocamos desde el punto de vista de su prohibición, se afirma que es un factor esencial y requerido para la supervivencia del grupo, haciéndose resaltar ya "el predominio de lo social sobre lo natural, de lo colectivo sobre lo individual, de la organización sobre lo arbitrario" (Lévi-Strauss, 1969, 82).

La regla de prohibición, entonces, en la sociedad, abarca lo que le es más extraño, pero, al mismo tiempo, es una regla social que retiene en la naturaleza lo que es susceptible de superar a esa misma naturaleza, "la prohibición del incesto se encuentra, a la vez, en el umbral de la cultura, en la cultura y, en cierto sentido, ... es la cultura misma" (Lévi-Strauss, 1969, 45). El problema de la prohibición se presenta ambigüamente, el cual en el plano diferente explica el carácter sagrado y religioso de la prohibición misma. La regla de la prohibición, que es social, al mismo tiempo, tiene características presociales en dos aspectos básicos: en primer término es universal y, en segundo lugar, por el tipo de relaciones a las que impone la norma prohibitiva. Este tipo de relaciones, o sean las sexuales, son externas al grupo también en un doble sentido. Pri-

mera es la expresión en grado máximo de la naturaleza auténticamente animal del hombre y es la clave en la humanidad de la supervivencia de los instintos, además, en segundo lugar y también en doble forma, sus fines son trascendentes, "satisface esos deseos individuales que, como bien se sabe, se cuentan entre los menos respetuosos de las convenciones sociales, sea tendencias específicas que sobrepasan igualmente, aunque en otro sentido, los fines propios de la sociedad" (Lévi-Strauss, 1969, 45). Dicho en otras palabras, la instauración de la prohibición del incesto aparece para garantizar y fundar, en forma directa o indirecta, un intercambio abierto hacia el exterior del grupo social, pero, no debe olvidarse, que para el hecho que se pueda tomar una mujer, en última instancia, es necesario que un hermano o un padre, previamente, hayan renunciado a ella, de donde se puede concluir, también, que la prohibición del incesto, tanto como la exogamia, se basan en reglas de reciprocidad.

Puede también decirse, en relación con el incesto y la exogamia, enfocadas ambas desde el aspecto general usado hasta el momento, que en cuanto a su carácter formal de hecho son idénticos. Las prohibiciones del incesto, sin embargo, adoptan un modo distinto en las sociedades unilineales, matrilineales que en las sociedades bilaterales, aunque para el punto que se trata aquí carece de importancia, porque la prohibición del incesto siempre se presenta. Puede que en las unilineales se corte a la familia transversalmente, porque preocupan más las categorías de madre y de hermana más que de hija, y que en las patrilineales interesa más las esposas de los miembros del grupo que las mujeres del grupo, pero siempre la prohibición se hace presente.

Siguiendo siempre a nuestro autor en comentario, habría que establecer que la dicha prohibición del incesto no tiene origen puramente cultural ni tampoco natural, lo mismo que no es un compuesto de elementos sustraídos de la naturaleza y de la cultura, sino que constituye un movimiento básico en virtud del cual y en el cual se cumple el tránsito de la naturaleza a la cultura. Por una parte, la prohibición pertenece a la naturaleza, porque es una condición general de la cultura y, por lo tanto, sin que deba asombrarse por ello, posee el carácter formal de la naturaleza o sea su universalidad. Pero, enfocándolo desde otro punto de vista, también es cultura, porque impone la regla sobre fenómenos que en principio no dependen de la cultura. La relación entre existencia biológica y

existencia social llevó a plantearse este problema y se comprueba fácilmente que la prohibición con exactitud no pertenece ni a uno ni al otro componentes, sino precisamente es el vínculo de unión entre una y otra.

La unión que se establece no es estática ni arbitraria y cuando se establece transforma toda la situación en su totalidad. "En efecto, es menos una unión que una transformación o un pasaje; antes de ella (la prohibición) la cultura aún no existe; con ella, la naturaleza deja de existir, en el hombre, como reino soberano" (Lévi-Strauss, 1969, 59). Con la prohibición del incesto, dice Lévi-Strauss, la naturaleza se supera a sí misma y enciende el poder de inicio de una nueva estructura mucho más compleja que se forma y se superpone a las estructuras más simples de la vida anímica, así como estas estructuras se han superpuesto, integrándolas, a las estructuras mucho más simples de la vida animal. La prohibición del incesto cuando inicia su operación inaugura el advenimiento de un nuevo orden (Lévi-Strauss, 1969, 59).

Los etnólogos han coincidido, por lo menos en número de 9 a 10, que si se buscara una regla humana universal coincidirían en elegir la prohibición del incesto y muchos ya la han señalado como la única institución universal. Es más, esta prohibición del incesto presenta, "sin el menor equívoco y reunidos de modo indisoluble los dos caracteres en los que reconocimos los atributos contradictorios de dos órdenes excluyentes: constituye una regla, pero la única regla social que posee, a la vez, un carácter de universalidad" (Lévi-Strauss, 1969, 42).

Para terminar, se podría indicar que el papel principal de la cultura es el de asegurar y preservar la existencia de un grupo como grupo y sustituir dentro de este grupo, hasta donde sea posible, el azar por la organización y el orden. La prohibición del incesto constituye una forma de intervención y, es más, pero antes que cualquier cosa la prohibición es intervención y "aún más exactamente, ella es la Intervención" (Lévi-Strauss, 1969, 68).

Como paso subsiguiente en este trabajo, luego de haber ubicado a la prohibición del incesto como universal, sigue el de delimitar, aunque sea en forma esquemática, los cuadros generales de la vida social sobre los cuales se reglamenta la regla general de la prohibición, o sean los sistemas de reglamentación del matrimonio que constituyen sus modalidades.

b) Matrimonio

"No sólo en el vodevil el matrimonio aparece como una institución de tres: siempre lo es, en todas partes y por definición".

Lévi-Strauss

Cuando se estudian los sistemas de clases matrimoniales, sin darle a ese término una significación muy técnica, es posible y no difícil, definir tipos matrimoniales. Cada tipo se representará por la unión de un hombre de una determinada clase con una mujer igualmente de clase determinada y si se decidiera designar a cada clase con un índice respectivo, se encontrarán tantos tipos de matrimonios permitidos como parejas de índices existan, teniendo cuidado de hacer a un lado todos los tipos que se excluyan cuando se refieren a alianzas prohibidas. Hay que tomar también en cuenta que a los sistemas clasificatorios de matrimonio los afecta profundamente la sincronía y que nunca funcionan de manera perfecta, por incluir dentro de ellos no índices muertos de un sistema clasificatorio sino seres humanos vivos y pasionales. Ya es bien sabido que las sociedades que consagran un tipo de matrimonio permitido únicamente dentro de un pequeño número de casos, sólo en muy pequeño número se logra una conformidad con la norma. También debe tomarse en cuenta en esta situación, que las relaciones sexuales en el matrimonio son apenas una pequeña parte de la serie de prestaciones totales de las que cada matrimonio sólo ofrece un pequeño ejemplo.

Lévi-Strauss inicialmente, y al realizar un examen exhaustivo de todas las reglas y prácticas del matrimonio, examinándolo en cientos de sociedades, pretendía demostrar una relativa autonomía del reino de las reglas en relación con consideraciones económicas, políticas o prácticas, pero llega a la conclusión que el intento no fue cabal, porque las reglas que afectan al matrimonio, por su naturaleza más íntima, tienen relación con el comportamiento —individual o social—, y el análisis de su coherencia lógica interna no puede dividirse de las consecuencias del matrimonio cuando se estudia en un plano práctico, o cuando esas reglas abstractas clasifi-

atorias, para decirlo en otras palabras, se enfrentan con la realidad sincrónica. “Es imposible abordar el estudio de las prohibiciones del matrimonio sin compenetrarse, desde el comienzo, con el sentimiento concreto de que los hechos de este tipo no tienen un carácter excepcional sino que representan una aplicación particular, en un dominio dado, de principios y métodos que vuelven a presentarse cada vez que se pone en juego la existencia física o espiritual del grupo” (Lévi-Strauss, 1969, 69).

Es cierto que en sociedades en que el poder político se adelanta a otras formas de organización, no puede dejarse subsistir el equívoco que resultaría de una autoridad política masculina y una filiación matrilineal, con lo cual las sociedades que llegan a este estadio tienden a generalizar el derecho paterno. “Pero sucede que la autoridad política, o simplemente social, pertenece siempre a los hombres y esta prioridad masculina presenta un carácter constante, que se aviene con el modo de filiación bilineal o matrilineal en la mayoría de las sociedades más primitivas, o que impone su modelo a todos los aspectos de la vida social, como es el caso en los grupos más desarrollados” (Lévi-Strauss, 1969, 161).

Enfrentarse a la filiación patrilineal o a la filiación matrilineal, la residencia patrilocal o matrilocal, como si fueran elementos abstractos que se combinan pareados por un simple juego de probabilidades, es alejar de la mente la idea cierta de que las mujeres están incluidas dentro de la clase de objetos sobre los cuales los hombres hacen sus transacciones. “Los regímenes matrilineales existen en número comparable (y sin duda superior) con los regímenes patrilineales. Pero el número de los regímenes matrilineales, que son al mismo tiempo matrilocales, es extremadamente pequeño. Tras las oscilaciones del modo de filiación, la permanencia de la residencia patrilocal atestigua la relación fundamental de asimetría entre los dos sexos que caracteriza a la sociedad humana” (Lévi-Strauss, 1969, 161).

Parejo al modo de clasificación matrimonial indicado antes, aparece otro también en los albores del sistema. En algunas sociedades australianas de tipo clásico y de otras, las más de las veces situadas en el Asia, donde el matrimonio está vinculado a los grupos que designa, se denominan los grupos “receptores” unos y “donadores” otros de mujeres. La regla general es que un grupo sola-

mente puede recibir mujeres de sus respectivos donadores, y únicamente puede darlas a sus receptores. “Como el número de estos grupos parece ser siempre bastante elevado, existe cierta libertad de elección frente a cada uno de ellos y nada obliga a que distintas generaciones, y aún en el caso de matrimonios contraídos por varios hombres de la misma generación, recurran siempre al mismo “donador”. De esa manera, las mujeres desposadas por dos hombres que pertenecen a generaciones consecutivas (por ejemplo el padre y el hijo) pueden no tener entre ellas ningún lazo de parentesco en el caso de provenir de grupos “donadores” diferentes. La regla es entonces muy flexible y las sociedades que la adoptan no experimentan serias dificultades para cumplirla” (Lévi-Strauss, 1969, 19).

Esta clase de matrimonio es el que puede llamarse prescriptivo. Pero, para que tal acepción pueda ser válida, es necesario que la primera alianza efectuada indique el camino a otras futuras que pueden definirse en términos de grados, porque si careciera de porvenir, entonces sería una alianza esporádica libre y que carecería de motivación. En consecuencia, si el sistema es prescriptivo se debe a que es preferencial, porque si careciera de esta circunstancia el aspecto de la prescripción desaparecería.

Las estructuras elementales, de tal modo, pueden ser tanto preferenciales como prescriptivas, porque el carácter específico de la estructura elemental no se define por una u otra de esas alternativas: la definición se encuentra en que el cónyuge, sea preferido o prescripto, lo es en virtud de esa sola razón, porque se encuentra en una categoría de alianza o porque tiene con ese cónyuge cierta relación parental. En otras palabras, la relación que es imperativa o es deseable en una sociedad es función de la totalidad de las estructuras de la vida social. Se pasa de las estructuras elementales a las complejas cuando la razón de la preferencia o de la prescripción se basa en otras razones, por ejemplo, gustos particulares en cuanto a la elección de la esposa.

“En consecuencia, tanto para los sistemas elementales como para los complejos el empleo del término ‘preferencial’ no nos remite a una inclinación subjetiva que llevaría a los individuos a buscar el matrimonio con determinado tipo de pariente. La ‘preferencia’ traduce una situación objetiva. Si yo tuviera el poder de fijar la terminología denominaría ‘preferencial’ a todo sistema en

el que, en ausencia de una prescripción formulada con claridad, la proporción de matrimonios entre cierto tipo de parientes reales o clasificatorios (tomando este término en un sentido más vago que el definido por Morgan) —lo sepan o no los miembros del grupo— es más elevada de lo que resultaría por azar” (Lévi-Strauss, 1969, 23).

La única diferencia que puede verse entre el matrimonio prescriptivo y el preferencial reside en la comprensión del modelo, o sea, corresponde a lo que Lévi-Strauss llama la diferencia que podría encontrarse entre un ‘modelo mecánico’ y un ‘modelo estático’, es decir, el primero tiene un modelo cuyos elementos componentes se encuentran en la misma escala de las cosas o casos que define, como por ejemplo, clases, linajes, grados, etc., mientras que el otro se hace necesario abstraer el modelo a partir de factores significativos que vienen disimulados detrás de las distribuciones regidas, porque en apariencia entra en su definición el juego de las probabilidades.

Dentro de las estructuras elementales del parentesco toma función principal el problema de la monogamia y la poligamia. La monogamia no es un institución positiva sino que es el límite de la poligamia en sociedades en las cuales por razones económicas y otras diferentes, la competencia económica y sexual alcanza un punto límite y, en cambio, la poligamia no viene a contradecir el reparto equitativo de las mujeres, porque lo que opera es la superposición de una regla sobre otra. En la realidad, tanto la monogamia como la poligamia corresponden a dos tipos diferentes de relaciones complementarias, “por una parte, el sistema de prestaciones y de contraprestaciones que conecta entre sí a los miembros individuales del grupo; por otra, el sistema de prestaciones y de contraprestaciones que conecta entre sí el conjunto del grupo y su jefe” (Lévi-Strauss, 1969, 81).

De tal modo, el cambio matrimonial actúa como un mecanismo mediador entre la naturaleza y la cultura, las cuales inicialmente se han concebido como separadas. La arquitectura natural y primitiva viene a ser sustituida por una cultural y así la alianza que implica el matrimonio, crea una segunda naturaleza que gobierna plenamente el hombre, o sea, se crea una naturaleza mediatizada. Tal situación de cambio, que Lévi-Strauss denomina el “sistema de mujeres”, es el que establece el término medio entre el sistema

de seres naturales y el sistema de objetos manufacturados por el hombre, donde cada grupo capta su propio sistema como una forma de transformación en el seno de cada grupo respectivo. Tal reciprocidad verdadera instituida por el matrimonio resulta, pues, como la articulación de dos procesos distintos, por su lado se desarrolla tomando en cuenta a las mujeres generadoras de hombres y de mujeres, como van siendo engendradas naturalmente. “Lógicamente hablando, la reciprocidad de los cambios matrimoniales representa una forma igualmente impura, puesto que se sitúa a mitad de camino entre un modelo natural y un modelo cultural. Pero es este carácter híbrido el que le permite funcionar de manera perfecta. Asociada a una o a otra forma, a ambas, o exclusivamente presente, sólo ella puede aspirar a la universalidad” (Lévi-Strauss, 1970 B, 190).

Las prestaciones que se presentan en el matrimonio, de tal manera, no es una cuestión que depende de la mujer, o sea, de su propia voluntad, sino que tal vínculo de reciprocidad se fundamenta no en la relación de hombres y mujeres sino en relaciones establecidas por hombres por medio de mujeres, en las cuales éstas no son otra cosa que la principal ocasión. En cuanto a esta situación no existen nada más que dos modelos verdaderos de diversidad concreta: uno está en el plano de la naturaleza y es la diversidad de las especies y, el otro, se encuentra en el plano cultural y consiste en la diversidad de funciones. Cuando entre estos dos modelos verdaderos se coloca el sistema de cambios matrimoniales se presenta una ambigüedad: la mujer es semejante a la naturaleza y únicamente en cuanto a la cultura es diferente. Si permaneciera sólo el primer extremo, entonces la semejanza se impone a la diferencia: “sin duda, las mujeres deben cambiarse, puesto que se ha decidido que son diferentes; pero este cambio supone que, en el fondo, se las tiene por semejantes” (Lévi-Strauss, 1970 B, 183). Cuando se impone la otra perspectiva, gana la diferencia y las mujeres no se reconocen como semejantes nada más que dentro de sus propios grupos sociales.

“Por consiguiente, los hombres cambian culturalmente a las mujeres, que perpetúan a estos hombres naturalmente; y pretenden perpetuar culturalmente a las especies que cambian *sub specie naturae*: en forma de productos alimenticios que se pueden sustituir entre sí porque son alimentos y porque —como es también verdad

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

respecto de las mujeres— un hombre puede satisfacerse con algunos alimentos y renunciar a los demás, en la medida en que cualesquiera mujeres o cualesquiera alimentos se prestan igualmente a servir a los fines de procreación o de conservación” (Lévi-Strauss, 1970 B, 185).

El carácter fundamental del cambio matrimonial, cuando se le juzga como intercambio, se encuentra claro en las organizaciones dualistas, que se dan, resumiendo considerablemente el pensamiento de Lévi-Strauss, cuando una comunidad se divide o reparte en dos secciones, las cuales mantienen entre sí relaciones muy complejas que se mueven dentro del ámbito de una hostilidad declarada hasta otra intimidad estrecha, lo cual hace que se encuentren asociadas formas de adversidad y rivalidad con formas de estrecha cooperación.

Derivación fundamental de estas teorías son las instituciones matrimoniales de la endogamia y la exogamia. De la primera hay dos tipos: uno que no es más que el anverso de la exogamia y que se explica en función de ésta y la verdadera, que no es un aspecto de la exogamia, pero que se da al mismo tiempo que aquélla, no con la misma relación pero sí en conexión con aquélla. Toda sociedad, si se observa así, es al mismo tiempo exógama y endógama. Los australianos, por ejemplo, son exógamos en cuanto al clan pero endógamos en lo que respecta a la tribu. La “sociedad norteamericana moderna, que combina una exogamia familia rígida para el primer grado, flexible a partir del segundo o del tercero, con una endogamia de raza, rígida o flexible según los estados” (Lévi-Strauss, 1970 A, 83). Esto nos hace comprender la relación de oposición inconciliable que se presenta entre las castas exógamas y los grupos totémicos exógamos. “Entre las mujeres que se cambian, y los bienes y servicios que se cambian también, existe una diferencia fundamental: los primeros son individuos biológicos, es decir, productos naturales, naturalmente procreados por otros individuos biológicos; los segundos son objetos manufacturados (u operaciones realizadas por medio de técnicas y de objetos manufacturados), es decir, productos sociales culturalmente fabricados por agentes técnicos; la simetría entre castas profesionales y grupos totémicos es una simetría invertida. El principio de diferenciación está tomado de la cultura, en un caso, de la naturaleza, en el otro” (Lévi-Strauss, 1970 B, 182).

Se establece, viendo funcionar el modelo del intercambio, un paralelismo entre la exogamia y las prohibiciones alimenticias, que se refuerzan unas a las otras y las sociedades patrilineales, donde la prohibición es suave y formulada de modo abstracto, y las matrilineales donde se encuentra el caso contrario, la prohibición estricta y los términos de su propia formulación son claros. Pero hay que aclarar, ciertamente, que la exogamia y las prohibiciones alimenticias no son objetos distintos de la naturaleza social, que deban enfocarse separadamente, y entre las cuales se pueda describir una relación de causalidad.

Para ver funcionando realmente todas estas regulaciones en el matrimonio he desechado los ejemplos múltiples que nos da Lévi-Strauss en sus obras varias, referidos de manera primordial a primitivos polinesios o norteamericanos, y he escogido ejemplos de la América precolombina.

El matrimonio en el derecho pre-europeo del continente se desenvolvía desde el simple contrato civil, rescindible a voluntad exclusiva de una de las partes, hasta el compromiso solemne y perpetuo hecho ante los dioses.

Entre los aztecas se efectuaba primero la ceremonia civil, la cual se confirmaba después, según algunos, ante los sacerdotes. El matrimonio podía ser condicional o temporal, según que se contrajeran las nupcias condicionándolas al acaecimiento de un hecho determinado, o fijándoles plazo para su terminación.

Las tribus quichés de Guatemala concebían el matrimonio como un contrato típicamente civil, en el cual no participaba en forma alguna el sacerdocio. El matrimonio era monógamo; sin embargo, el hombre podía tener varias concubinas, pero sólo una mujer casada de acuerdo con la ley se considera esposa legítima.

Eran obligaciones del marido, en la legislación quiché, vestir y alimentar a sus mujeres e hijos, así como defenderlos y ampararlos; a ellas correspondía la obligación de preparar los alimentos y vestidos y asear y cuidar las habitaciones. Llamó poderosamente la atención del conquistador español la obligación del futuro marido de vivir, antes del matrimonio y por un corto tiempo, en casa de sus presuntos suegros, sirviéndoles en las labores que éstos tuvieran a bien, para así probarlo y poder otorgar a conciencia el

consentimiento para el matrimonio de su hija. No existía la dote entre los quichés; el contrayente apenas simbólicamente compraba la mujer a sus suegros.

Había otras tribus, por ejemplo la de los caribes, en que no tenía estabilidad el matrimonio; por su escaso desarrollo intelectual, vivían en situaciones primarias de relación sexual, sin ninguna traba en ellas. Causó pánico a los conquistadores tropezar con conglomerados humanos que vivían en la más desenfrenada promiscuidad sexual. En igual estadio de desenvolvimiento humano se hallaban los indios araucanos.

La institución matrimonial afectaba en las tribus costarricenses tantas formas como tribus había. Por ejemplo, los Votos vivían en el estado de Familia Punalúa: todos los componentes de una familia con un antecesor común vivían juntos en casas que contenían de noventa a cien personas, jefeadas por una especie de cacique familiar. Se casaban entre sí, con el asentimiento del jefe. Los Guatusos presentaban una forma de matrimonio más semejante a la existente en la Europa de aquellos tiempos. El novio por obligación debía llegar ante los padres de la futura esposa a pedirles el consentimiento para la boda, con una bolsa o una red llena de cacao o de plátanos, en señal de matrimonio. Una vez celebrado éste el marido se trasladaba a casa de sus suegros, a la inversa de lo que se usaba en las tribus quichés. Y en Talamanca no había indicios, según los conquistadores, de contrato formal ni de ceremonia religiosa para efectuar el matrimonio, y podían separarse a voluntad, sobre todo cuando no habían procreado hijos.

En las costas de Colombia no había orden ni ley en los matrimonios: podían ayuntarse los hombres con las mujeres que quisieran y éstas con los hombres que les viniera en gana, sin recibir ofensas ni hacerse injuria unos a los otros, según Las Casas.

En el Brasil los yernos quedaban obligados de por vida a servir a sus suegros. Esta costumbre se presenta con variantes, más o menos pronunciadas, en todo el continente.

En las tribus que componían el conglomerado social azteca, cuando los hombres llegaban a cierta edad, se efectuaba una reunión de parientes; dictaminaban si el joven estaba o no en condiciones de casarse; si aconsejaban que contrajera matrimonio, de-

jaban al mancebo en casa de sus padres y encargaban a los ancinos de la familia buscarle mujer. Los ancianos nombraban una comisión de su seno para llevar la noticia a los padres de la presunta futura esposa, los cuales se hacían rogar por tres veces, pero a la cuarta aceptaban el ofrecimiento y señalaban fecha para la ceremonia. Esta se verificaba en medio de grandes festivales de índole netamente familiar. El día del matrimonio los amigos del novio iban a casa de la novia, a la que traían en procesión adornada con sus mejores galas. Cuando llegaban los suegros, éstos eran los encargados de vestir a la nuera o al yerno y ataban las vestiduras de los contrayentes dejándolos acostados en una estera (petatl). Los invitados pasaban toda la noche en una fiesta generalmente rumbosa; luego cuatro matronas atendían a los recién casados durante cuatro días. El matrimonio era, pues, en aquellas tribus una institución familiar por excelencia, en la que según algunos historiadores no intervenía la autoridad estatal para consolidar el vínculo. Pero no era así en todas las tribus, puesto que otras, quizá más adelantadas en orden al derecho de familia, el matrimonio había ya superado la etapa netamente familiar, y participaban los sacerdotes para confirmar la ceremonia. Hechos los contratos matrimoniales en casa de la novia, los contrayentes se presentaban ante un sacerdote, quien por medio de preguntas y respuestas rituales se pronunciaba sobre la bondad del contrato, y tomando el velo de la esposa en una mano y en la otra el manto del marido, los anudaba y quedaba desde ese momento creado el vínculo matrimonial.

El Popol Vuh, refiriéndose a las formalidades del matrimonio entre los quichés, consigna reglamentación bastante similar a la familia azteca. Los novios tenían que hacerse sendos regalos: como canastos con aguacatillos, una pierna de cerdo de monte, o tamaños envueltos en hojas de plátano y amarrados con bejucos. Entregados y aceptados los obsequios, se tenía por celebrado el matrimonio. Se consideraban estos regalos como el precio con que mutuamente se compraban los cónyuges. En forma más o menos semejante se narra la celebración del matrimonio en los Títulos de Totonicapán, pero agregando que los asistentes al matrimonio, inclusive los familiares de los contrayentes, debían obsequiar a éstos con alimentos o vestidos.

En la ceremonia nupcial usada por las tribus pipiles, coexistían el poder civil y el poder religioso. Se utilizaba el agua como elemento purificador; los contrayentes se bañaban desnudos en un río y luego se les envolvía en una manta nueva y limpia. Los asistentes a la boda hacían regalos de alimentos a los novios, parecidos a los que usaban los quichés. Requisito esencial para la validez del matrimonio era la presencia del sacerdote y del cacique.

Los indios de Tunja veían en la mujer una mercancía que se compraba a los padres. Se iniciaba el trato con una cantidad determinada de alimentos y vestidos, que se entregaban a los padres de la novia. Si éstos consideraban exigua la cantidad, el futuro contrayente tenía que doblarla y así sucesivamente hasta donde llegara el interés del comprador y la codicia de los padres. Formalizada la venta, se tenía por celebrado el matrimonio.

Como antecedente a las ceremonias religioso-civiles, los chibchas daban muestra de amor a su futura novia, llevándole cargas de leña o tinajas con agua y barriéndole la casa y el patio, sin que la mujer supiera quién la agasajaba. Simpática costumbre ésta de explicar el amor, que el obispo don Juan de Palafox y Mendoza calificó de "modestísima y honestísima".

Primordialmente las prohibiciones para efectuar el matrimonio eran el parentesco y la edad.

Constituía impedimento entre los aztecas el parentesco en línea recta por consanguinidad o afinidad, lo mismo que por la línea colateral hasta el segundo grado. Era absolutamente prohibido casarse a los sacerdotes ordenados. Para la validez del vínculo, y para que el matrimonio se pudiera consumir, era indispensable el consentimiento expreso de los padres de los cónyuges, cualquiera que fuera la edad de éstos.

En los quichés los impedimentos se traían por la línea masculina únicamente; a un hombre le era dable casarse con una hermana uterina, pero jamás con una hermana paterna; podía casarse con sus cuñadas y hasta con su madrastra; pero era ilícito contraer matrimonio con parientes por la línea masculina, por muy distante que fuera el parentesco.

Al contrario de los quichés, los impedimentos en los talamancas se traían por la línea materna únicamente, por más lejano que fuera el parentesco, mientras que por la línea paterna podían casarse hasta los medios hermanos. La violación de esta costumbre, según refiere Fray Manuel de Urcullu, les acarrea a los infractores desgracias y "morían de picada de culebra".

En las grandes islas del Caribe sí existía el matrimonio, y como lógica consecuencia los impedimentos para poderlo celebrar; no era lícito casarse con parientes por consanguinidad directa, cualquiera que fuera el grado, pero en la línea colateral sí era permitido el matrimonio, exceptuando el de hermanos y hermanas.

La edad, como todas las cuestiones atinentes al matrimonio, cambiaba de grupo en grupo. Se producían algunos matrimonios a tan temprana edad que el marido se comprometía a cuidar de la niña de siete años o menos, hasta que pudiera usar carnalmente de ella.

Díaz del Castillo cuenta que los indios que habitaban la zona de Pánuco, no se casaban hasta que tuvieran cumplidos cuarenta años de edad, aunque era corriente que las mujeres perdieran la virginidad a los doce años. Los cakchiqueles se casaban a temprana edad, aproximadamente a los dieciséis años, según lo permitía el Memorial de Sololá.

Las tribus guatusas prohibían el matrimonio antes de los veinte años. Igual prohibición regía en los talamancas en cuanto a varones, pero las mujeres bonitas y con pretendientes podían casarse de seis años en adelante, con el compromiso formal del marido de cuidarlas como hijas hasta que llegaran a la madurez necesaria para consumir el matrimonio. Esta forma de matrimonio condicionado en el derecho prehistórico es muy raro.

El Popol Vuh alude a la institución de las arras. Al narrarse algunas de las leyendas que contiene ese libro admirable, se cuenta a menudo que el novio llevaba a casa de sus futuros suegros un atado de leña, como señal de matrimonio.

c) Parentesco

"El carácter primitivo e irreductible del elemento de parentesco ... resulta, en efecto, de manera inmediata, de la existencia universal de la prohibición del incesto".

Lévi-Strauss

Según la opinión de Freud, las regulaciones del parentesco aparecían ya muy tarde en la evolución de la humanidad concebidas como sistemas bilaterales. Freud esquematiza el parentesco en la forma siguiente: 1. Hordas primitivas; 2. Hordas matrilineales; 3. Descendencia patrilineal; 4. Fusión de los esquemas dos y tres, y, por último, 5. el nacimiento de los sistemas bilaterales. En realidad, el esquema no funciona si se compara con los estudios antropológicos recientes.

"Lévi-Strauss describe el parentesco como resultante de 'uno y el mismo deseo de aprehender en forma total los dos aspectos de la realidad que el filósofo denomina continuo y discontinuo; del mismo rechazo a elegir entre ambos; y del mismo esfuerzo de verlos como perspectivas complementarias que llegan a la misma verdad'. Radcliffe-Brown, aunque se abstiene de consideraciones metafísicas extrañas a su temperamento, siguió el mismo camino, al reducir el totemismo a una forma particular de una tendencia universal, con el objeto de reconciliar oposición e integración" (Mendelson en Burrige, 1970, 176).

La tesis de Lévi-Strauss, que finalmente prueba a satisfacción, es demostrar que todos los sistemas de parentesco, que únicamente no prohíben la unión matrimonial con un cierto tipo específico de parientes, lo que es en el fondo una variante de la prohibición del incesto, sino que también permiten el matrimonio con otro tipo de parientes, pueden reducirse a un esquema básico axiomatizable, que consiste en un principio de irreversibilidad de algunas operaciones, o sea el concepto de reciprocidad, desde el cual cuando se especifican las reglas de residencia (matrilocal o patrilocal) y luego las de filiación, se pueden sacar conclusiones e inferir los ciclos matrimoniales que se observan en cada uno de esos sistemas.

"En efecto, lo que se llama generalmente un 'sistema de parentesco' recubre dos órdenes muy diferentes de realidad. Tenemos ante todo términos por los que se expresan los diferentes tipos de relaciones familiares. Pero el parentesco no se expresa solamente en una nomenclatura: los individuos o las clases de individuos que utilizan los términos se sienten (o no se sienten según los casos), obligados a una determinada conducta recíproca: respeto o familiaridad, derecho o deber, afección u hostilidad" (Lévi-Strauss, 1970 A, 35). La familia biológica se hace presente y se prolonga en las estructuras de la sociedad, pero lo que hace que el parentesco sea un hecho social no es únicamente conservar lo que se ha dispuesto en la naturaleza sino todo lo contrario, es el movimiento por el cual el parentesco se separa de la naturaleza. El sistema de parentesco no consiste en los lazos de filiación o consanguinidad que se dan entre los individuos, sino que se da en la conciencia del hombre como un sistema arbitrario de representación que no tiene que ver con el desarrollo de la situación factual. "Esto no significa, por cierto, que dicha situación de hecho resulte automáticamente contradicha, ni siquiera simplemente ignorada" (Lévi-Strauss, 1970 A, 49).

Existen dos formas de parentesco, la que se denomina "elemental" y la contrapuesta o "compleja". La primera es el sistema que determina en forma inmediata el círculo de los parientes y el de los allegados, y que prescribe el matrimonio con un determinado número de parientes o si se quiere, que al definir todo el ciclo amplio de la parentela la divide en dos grandes secciones, los cónyuges posibles y los prohibidos, en cambio, la estructura compleja se limita únicamente a definir los parientes y deja al cuidado de otros mecanismos económicos y psicológicos, la tarea de determinar quién será el cónyuge. De tal modo, la clasificación del parentesco no es únicamente un ordenamiento sino una serie de demandas y manipulaciones que no son solamente intercambios neutrales. Esto nos hace comprender que el sistema de parentesco no es estático, considerado como fenómeno, sino que es movable y destinado por esencia a perpetuarse.

El carácter primitivo del parentesco proviene de la prohibición del incesto. Esto es lo mismo que decir que un hombre puede obtener una mujer de parte de otro hombre, el cual la traspasa como hija o hermana. Aquí aparece una característica fundamental

de los sistemas elementales de parentesco, o sea, la aparición del tipo materno; más que aparecer está inmediatamente dado como condición de toda la estructura, a lo cual volveremos más adelante.

En la sociedad humana pueden encontrarse cinco tipos fundamentales de parentesco, que el autor divide en los siguientes:

- 1.—Area indoeuropea. El matrimonio en las sociedades contemporáneas parece basarse en el principio del decreto de una prescripción negativa en pequeño número, de donde la densidad y fluidez de la población bastan para obtener el resultado que se obtendría con una gran cantidad de prohibiciones. En la terminología de Lévi-Strauss este sistema se conoce con el nombre de fórmula simple de intercambio generalizado.
- 2.—Area sinotebetana. En estas sociedades la complejidad de los sistemas de parentesco es de otro orden y corresponden a la forma más simple de intercambio generalizado o las que se derivan de ella, o sea, el matrimonio preferencial con la hija del hermano de la madre. La estructura es muy compleja pero los elementos de la misma son poco numerosos.
- 3.—Area africana. Los sistemas de parentesco africanos tienden a desarrollar la institución del precio de la novia, que va junto a la prohibición frecuente del matrimonio con la esposa del hermano de la mujer. Es un sistema de intercambio generalizado más complejo que el sistema que se funda exclusivamente en el matrimonio preferencial con la prima cruzada matrilateral. Es un tipo intermedio de los analizados anteriormente.
- 4.—Area oceánica. Los rasgos característicos de los matrimonios polinésicos presentan una estructura simple de elementos poco numerosos.
- 5.—Area norteamericana. “Esta región del mundo presenta un desarrollo excepcional de los sistemas de parentesco llamados crow-omaha que es preciso distinguir cuidadosamente de todos aquellos sistemas que testimonian igual indiferencia hacia los niveles de generaciones. Los sistemas crow-omaha no pueden ser simplemente defi-

nidos por la asignación de los dos tipos de primos cruzados unilaterales a niveles de generación diferente: la propiedad distintiva de estos sistemas (que los opone al sistema miwok) consiste en la asimilación de los primos cruzados al grupo de los parientes y no al de los aliados. Ahora bien, los sistemas de tipo miwok son igualmente frecuentes en el Viejo y en el Nuevo Mundo, mientras que los sistemas crow-omaha propiamente dichos, con alguna excepción, únicamente se encuentran en América. Estos pueden ser descritos como sistemas que anulan la distinción entre intercambio restringido e intercambio generalizado, es decir, entre dos fórmulas consideradas habitualmente como incompatibles. De esta manera, la aplicación simultánea de las fórmulas simples permite garantizar matrimonios entre grados alejados, mientras que de la aplicación aislada de una y otra fórmula sólo habría resultado el matrimonio entre diferentes tipos de primos cruzados” (Lévi-Strauss, 1970 A, 60).

La organización de la familia reconoce dos tipos de filiación: por línea materna o por línea paterna, mientras que en relación con el clan o la mitad, solamente se tiene en cuenta una línea, que en casos es patrilineal y en otros, matrilineal. “Un régimen de filiación matrilineal no reconoce ningún vínculo social de parentesco entre un niño y su padre; en el clan de su mujer —del cual sus hijos forman parte— él mismo es un ‘visitante’, un ‘hombre de afuera’ o un ‘extranjero’. La situación inversa permanece en un régimen de filiación patrilineal”. (Lévi-Strauss, 1969, 146).

Aparte de las dos situaciones anteriores se encuentra el sistema que puede llamarse de filiación indiferenciada o sea, en el cual los dos linajes se sustituyen, y donde con el transcurso del tiempo pueden confundirse para acumular su acción. A este sistema se opone el de filiación bilateral donde la definición se hace en forma muy precisa, dado que funciona sobre el concepto de yuxtaposición de dos filiaciones unilaterales, cada una de las cuales rige de modo exclusivo la transmisión de derechos de un determinado tipo.

Estos tipos de parentesco ofrecen ejemplo para la aplicación de una ley que puede formularse en la siguiente forma: en ambos

grupos la relación que se establece entre el tío materno y el sobrino es a la relación entre hermano y hermana, como la relación entre padre e hijo es a la relación entre marido y mujer, o sea:

tío materno y sobrino : hermano y hermana : :
padre e hijo : marido y mujer

De tal modo que, conociendo un par de las relaciones se puede derivar fácilmente el otro.

La relación del tío materno, para comprenderse, debe tratarse como la relación interior de un sistema, y que es el sistema mismo el que debe considerarse en su conjunto para poder percibir su estructura. "Esta estructura reposa a su vez en cuatro términos (hermano, hermana, padre, hijo) unidos entre sí por dos pares de oposiciones correlativas y tales que, en cada una de las dos generaciones implicadas, existe siempre una relación positiva y otra negativa. Ahora bien, ¿qué es esta estructura y cuál puede ser su razón? La respuesta es la siguiente: esta estructura es la más simple estructura de parentesco que pueda concebirse y que pueda existir. Es hablando con propiedad, 'el elemento de parentesco'. En apoyo de esta afirmación puede aducirse un argumento de orden lógico: para que exista una estructura de parentesco es necesario que se hallen presentes los tres tipos de relaciones familiares dadas siempre en la sociedad humana, es decir, una relación de consanguinidad, una de alianza y una de filiación; dicho de otra manera, una relación de hermano a hermana, una relación de esposo a esposa, y una relación de progenitor a hijo. Es fácil darse cuenta de que la estructura aquí considerada es aquella que permite satisfacer esta doble exigencia según el principio de la mayor economía. Sin embargo, las consideraciones que preceden tienen un carácter abstracto y puede invocarse una prueba más directa para nuestra demostración" (Lévi-Strauss, 1970 A, 14).

Otra institución fundamental de las estructuras elementales del parentesco, similar en su función primordial a la del tío materno examinada atrás, es la denominada de los primos cruzados. "Los primos cruzados no son tanto parientes que deben casarse entre sí sino que los primeros entre todos los familiares entre los cuales el matrimonio es posible, puesto que a los primos paralelos se los identifica como hermanos y hermanas. Este carácter esencial se desconoció a menudo, y en ciertos casos el matrimonio entre pri-

mos cruzados no sólo es autorizado sino obligatorio" (Lévi-Strauss, 1969, 85).

Esta clase de matrimonio es necesario, dentro de un sistema bilineal, porque entre ellos el nieto siempre reproduce al abuelo y lo reencarna en cuanto a su status social, con lo cual se permite que cada alma pueda reintegrarse otra vez a su propio clan y hacerlo luego otra vez después del paso de cada generación. Este matrimonio define una relación que se construye bajo un modelo perfecto aproximativo según la relación particular de cada caso. Se diferencia de la organización dualista porque ésta delimita dos clases al aplicar una misma regla que garantiza a los individuos nacidos o por nacer, la permanencia siempre dentro de su propia relación, con lo cual lo que se pierde en automatismo se gana en simplicidad. Sin embargo, ambas instituciones no deben considerarse únicamente desde el punto de vista de la relación creada desde la hipotética sucesión, sino desde su propia estructura. El matrimonio entre primos cruzados presenta una estructura menos organizada, porque constituye nada más que una tendencia mientras que la organización en mitades exogámicas es más coherente y goza de más estabilidad. "Es necesario precisar esta afirmación, ya que podría objetarse que lo contrario es verdadero: la organización dualista autoriza el matrimonio en el seno de una categoría muy vasta que incluye a los 'verdaderos primos cruzados', pero también a parientes de un grado más alejado. Por lo contrario, la obligación del matrimonio entre primos cruzados, definida en el más estricto sentido, es a veces una característica notable del otro sistema matrimonial" (Lévi-Strauss, 1969, 144). En consecuencia, en un sistema de matrimonio con la prima cruzada patrilateral, se encuentra que el hijo reproduce de manera eficiente el matrimonio de su madre y la hija el de su padre: es pues característico que cada uno de los contratantes reciba del otro padre su condición de status en forma fragmentada, o sean los deberes personales, que no tienen en realidad relación propia con el matrimonio.

Podemos indicar para concluir esta sección, que es el intercambio el que aparece siempre en la base de todas las modalidades de la institución matrimonial. El intercambio no solamente vale por lo que valen en sí las cosas cambiadas, sino, y en consecuencia, las reglas de la exogamia que lo perfilan, tienen un alto valor social: proporcionan a los hombres un medio para relacionarlos entre sí

y para superponer a los vínculos naturales del parentesco los vínculos de la alianza que se encuentra regida por la regla. La prohibición del incesto, enfocada desde este punto de vista viene a convertirse en la regla de donación por excelencia, de donde el matrimonio se transforma en el encuentro dramático entre la naturaleza y la cultura, entre la alianza y el parentesco. "Así el matrimonio es un arbitraje entre dos amores: el amor familiar y el amor conyugal; pero ambos son amor y en el instante del matrimonio, si se considera ese instante como aislado de todos los otros, ambos se encuentran y se confunden, 'el amor llenó el océano'... Pero lo que, para todo pensamiento social, hace del matrimonio un misterio sagrado es que, para cruzarse, es necesario que los términos se junten por lo menos por un instante. En ese momento, todo matrimonio roza el incesto; aún más, es incesto, por lo menos incesto social: si es cierto que el incesto, entendido en el sentido más amplio, consiste en obtener por sí mismo y para sí mismo, en lugar de obtener de otro y para otro" (Lévi-Strauss, 1969, 567).

"En los dos extremos del mundo, en los dos extremos del tiempo, el mito sumerio de la edad de oro y el mito andamán de la vida futura se contestan: uno, al situar el fin de la felicidad primitiva en el momento en que la confusión de las lenguas transformó las palabras en la cosa de todos; el otro, al describir la beatitud del más allá como un cielo en el que las mujeres ya no se cambiarán; es decir, arrojando, en un futuro o en un pasado igualmente inalcanzables, la dulzura, por siempre negada al hombre social, de un mundo en el que se podría vivir entre sí (entre soi)" (Lévi-Strauss, 1969, 575).

IV.—DERECHO

"Al establecer una regla de obediencia general, cualquiera que sea la regla, el grupo afirma su derecho a vigilar lo que considera legítimamente como un valor esencial".

Lévi-Strauss

Las instituciones humanas sólo pueden provenir de dos fuentes: de un origen histórico e irracional y de la intención deliberada, o sea del cálculo de un legislador. Resumiendo, las dos fuentes podría decirse que provienen o del acontecimiento o de la intención.

Las nociones históricas más complejas nos llevan por reconstrucción inversa hasta el final —si se puede seguir la concatenación—, donde se encontrarían las nociones fundamentales, o sea, su realidad, las primitivas. No es necesario indicar que este tipo de nociones de ninguna manera nos pueden indicar el coronamiento del edificio, sino que más bien son su base y, como dice el autor, "su cimiento y el humilde material de la obra en ciería" (Lévi-Strauss, 1969, 142). Llegados a este punto se creyó que debía elegirse entre la aceptación del origen trascendente de todo y la imposibilidad de la reconstrucción, contando sólo con piezas sueltas y pequeños fragmentos. La oposición se desvaneció al descubrirse la inmanencia en la relación.

Este descubrimiento ha cambiado el estudio de las instituciones humanas; "también ellas son estructuras cuya totalidad, esto es, el principio regulador, puede darse antes que las partes, vale decir, ese conjunto completo constituidos por la terminología de la institución, sus consecuencias y sus implicaciones, las costumbres mediante las que se expresa y las creencias a las cuales da lugar" (Lévi-Strauss, 1969, 142). Este principio regulador, en circunstancias puede tener un valor racional, aunque no se conciba racionalmente, y también se puede expresar en formas arbitrarias, aunque

en su fondo carezca de un profundo significado. La prohibición del incesto es el principio regulador por excelencia, dio lugar a formas irracionales de clasificación y organización, que para nuestro caso es lo mismo, de las cuales las organizaciones dualistas, el matrimonio entre primos cruzados y el avunculado son ejemplos; ahora bien, esto no significa que la cultura tenga prioridad sobre la naturaleza, sino que la captación de hipótesis, por el pensamiento primitivo, da lugar a la creación de estructuras fundamentales en las que reside la existencia misma de la cultura.

La naturaleza tiene un orden, pero el orden de los hombres es arbitrario en relación con esa naturaleza, y se crea como un superpuesto sobre ella, usando de lo que da la naturaleza trasmutado por la cultura en las estructuras humanas. Los sistemas de parentesco, resultado directo de la prohibición universal del incesto, nos conducen a ver las relaciones familiares como un conjunto de derechos y deberes, donde la ausencia de familia no define nada, salvo que sea el caos. La multiplicidad de las reglas que prohíben, indican o prescriben ciertos tipos de cónyuges o formas de matrimonio, se resumen en la prohibición del incesto, donde todas esas reglas reciben su valor y se aclaran y explican.

El problema se dilucida al encontrarse la conexión dinámica que se establece entre el dominio de la superestructura (mito) y la infraestructura, que serían las organizaciones sociales, envolventes de las regulaciones matrimoniales. En esta unión el ritual es importante, porque es probablemente el único medio de contacto entre ambos dominios y así como algunos episodios del mito se expresan en el ritual, la organización de este ritual, las normas para su celebración, son el ritual mismo, de donde la pauta del ritual se relaciona entonces con la estructura social del grupo y crea la norma de correspondencia entre ambos sistemas.

La regla establecida dentro de un grupo —endogamia o exogamia— cuando se convierte en regla de obediencia general, reafirma dentro del grupo el derecho a vigilar y cuidar todo lo que este grupo ha definido como esencial y constitutivo. Es una negación a sancionar la desigualdad entre los sexos y se establece sobre el fundamento de la distribución de las mujeres en el grupo, la libertad que se reconoce a todos los individuos. “Este fundamento es, en síntesis, el siguiente: para reclamar una esposa no pueden invocarse ni el estado de fraternidad ni el de paternidad sino que este reclamo

puede apoyarse en el fundamento de que todos los hombres se encuentran en igualdad de condiciones en su competencia por todas las mujeres; en el fundamento de sus relaciones respectivas definidas en términos de grupo y no de familia” (Lévi-Strauss, 1969, 79).

La regla tiene ventajas para el individuo, porque obliga a la renuncia de un lote de mujeres disponibles con inmediatez, pero estrecho y restringido, por otro grupo mucho más amplio, pero que da mayores oportunidades y, teóricamente, resulta mucho más elevado para todos. Puede objetarse que tales razonamientos son alambicados para el primitivo, pero en cuanto a su resultado, que es lo que interesa, no presupone un razonamiento formal sino la resolución de tensiones dentro del grupo. Lo angustioso de la tirantez que puede originar la hostilidad colectiva, puede inhibir del goce de un derecho, pero para la renuncia de ese derecho no es necesario, para ver su íntima explicación, como una intervención calculada o una decisión de la autoridad, no es otra cosa que la solución de conflictos afectivos cuyo modelo todavía aparece al nivel de la vida animal, o sea, dentro de la naturaleza.

Pero, la ausencia de reglas es el criterio para resolver la oposición entre un proceso natural y otro cultural. La actitud del hombre regula sus actuaciones por medio de distinciones nítidas, muchas veces más nítidas e imperativas en los primitivos que entre los actuales y, el hombre, no deja nada abandonado, en cuanto a los problemas que ahora se apuntan, al azar y al encuentro, de modo que su comportamiento de un día no pueda servirnos de pauta para prever lo que haría al día siguiente. Puede caerse en un círculo vicioso si se pretende buscar en la naturaleza el origen de reglas institucionales que ya suponen —es más ya son— la cultura y que se instalan en los grupos con la ayuda imprescindible del lenguaje. “La constancia y la regularidad existen, es cierto, tanto en la naturaleza como en la cultura. No obstante, en el seno de la naturaleza aparecen precisamente en el dominio en que dentro de la cultura se manifiestan de modo más débil, y viceversa. En un caso, representan el dominio de la herencia biológica; en el otro, el de la tradición externa. No podría esperarse que una ilusoria continuidad entre los dos órdenes diera cuenta de los puntos en que ellos se oponen” (Lévi-Strauss, 1969, 41).

Esto nos lleva a concluir que el punto preciso del paso de la naturaleza a la cultura no puede aprehenderse, ni tampoco los

mecanismos propios que lo rigen, pero si se tiene la pauta para reconocer las actitudes sociales, en el momento que se puede determinar viendo si existe o aparece o si no existe y no aparece la Regla en los comportamientos del hombre sustraídos ya de las determinaciones instintivas. "En toda parte donde se presente la regla sabemos con certeza que estamos en el estadio de la cultura. Simétricamente, es fácil reconocer en lo universal el criterio de la naturaleza, puesto que lo constante en todos los hombres escapa necesariamente al dominio de las costumbres, de las técnicas y de las instituciones por las que sus grupos se distinguen y oponen" (Lévi-Strauss, 1969, 41).

En el comienzo de las sociedades, toda norma de conducta se presenta corrientemente bajo la manera consuetudinaria. La costumbre se encuentra como la reguladora de toda la conducta. Esa costumbre primitiva tiene mil facetas, pues involucra toda clase de preceptos morales, reglas de trato social (decoro, decencia, cortesía, etc.), normas estrictamente jurídicas, recetas culinarias, consejos de higiene y de medicina, etc. El hombre en esa situación primitiva, que puede abarcar no sólo una fase cronológica muy antigua, sino casos contemporáneos que se refieren a situaciones especiales, rige su vida por la repetición de usos que tiene para él significación religiosa, jurídica, técnica, moral y de decoro. Pero es cierto que el hombre primitivo no distingue todos estos aspectos: esa costumbre primitiva se presenta como algo previo a la posterior diferenciación, como una norma indiferenciada, que es todo a la vez, religión, derecho, ciencia, moral, etc., y nada de esto "en particular y con plenitud".

Se debe observar que esa primitiva costumbre indiferenciada, se presenta más que como una norma, más que como la conciencia de una ley inexorable, como "un puro hecho de poder social irresistible". El hombre primitivo siente la costumbre como algo que debe ser acatado inexorablemente, a la cual tiene que obedecer y por la cual transcurre su vida. Al principio esta primitiva costumbre indiferenciada debió de constituir la verdad del grupo, la conducta que todos los componentes de un determinado territorio seguían, adaptándose a ella paulatinamente por un "mero instinto biológico", más que por una reflexión consciente. No sería tampoco extraño que estas gentes primitivas siguieran el carril de esa cos-

tumbre por una especie de impulso, que no tendría oposición, o que, de tenerla, sería muy leve.

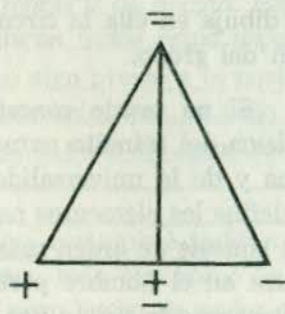
Pero sucede que poco a poco se va cambiando este mero hábito de seguir el camino señalado por los antepasados y cumplido estrictamente por los contemporáneos, por la idea más determinante de que la costumbre no se puede y no se debe cambiar. Ya esa costumbre adquiere ciertas características de norma, es decir, no tanto de que ha sido y es, sino de que debe ser obedecida inexorablemente. En la primitiva costumbre el ser humano no se hace preguntas en el acatamiento de las formas consuetudinarias, porque la coacción que recibe del grupo es tan fuerte que no se experimenta; esa coacción viene a estar involucrada en el sentir, tanto individual como colectivo. El hombre primitivo ni siquiera imagina que las cosas puedan ser de otro modo, no piensa que le sea dable rebelarse contra lo que ha sido siempre; más que todo, siente que las cosas deben ser hechas de esa manera y no de otra, se trata en definitiva de "una adaptación cuasi animal al ambiente". Acontece que un buen día un hombre se rebela, por circunstancias diversas, contra lo que ha venido siguiéndose ciegamente. La costumbre entonces se somete a residencia, se pone en juego su valor y como resultado se valora. En este momento el hombre capta aquella normatividad de la costumbre, que no había sentido hasta entonces, y se dibuja en ella la circunstancia de que debe ser así, por imposición del grupo.

Si no puede concebirse un análisis real para estudiar el problema del tránsito naturaleza-cultura, al menos el criterio de la norma y de la universalidad viene a dar la base del análisis real que define los elementos naturales de los culturales que intervienen en la síntesis de orden más complejo. Todo lo universal que se encuentra en el hombre pertenece a la naturaleza y es espontáneo, mientras que lo sujeto por la norma es cultura y, como consecuencia ineludible, es relativo y particular. A esto hay que oponer el hecho con que ya hemos topado bastante, el conjunto de costumbres, normas, especificaciones, instituciones, etc., que regulan la prohibición del incesto. Y esta regla, inicio del derecho, contiene los elementos de la naturaleza y de la cultura, reunidos en forma unívoca e inseparable. De un lado se encuentra su universalidad y su espontaneidad y, del otro, la relatividad y particularidad con que cada grupo lo regula. Es decir, en la prohibición del incesto apa-

recen los atributos contradictorios de dos órdenes excluyentes: de hecho es una regla, pero una regla social que es universal. "No necesita demostrarse que la prohibición del incesto constituye una regla; bastará recordar que la prohibición del matrimonio entre parientes cercanos puede tener un campo de aplicación variable según el modo en que cada grupo define lo que entiende por parientes próximos; sin embargo, esta prohibición sancionada por penalidades sin duda variables y que pueden incluir desde la ejecución inmediata de los culpables hasta la reprobación vaga y a veces sólo la burla, siempre está presente en cualquier grupo social" (Lévi-Strauss, 1969, 42).

La estructura de la Regla, pues, estaría formada por lo menos en cuatro términos, que Lévi-Strauss define como "una actitud de afecto, ternura y espontaneidad; una actitud resultante del intercambio recíproco de prestaciones y contraprestaciones; y, además, de estas relaciones bilaterales, dos relaciones unilaterales correspondientes, una a la actitud del acreedor, la otra a la del deudor" (Lévi-Strauss, 1970 A, 47-48).

El proceso de intercambio, entonces, podría llamarse "mutualidad", en el sentido básico de mutuo, o sea, cambio, prestación que indicaría un dar al otro, que sin ser donación, exigiría una contraprestación efectiva, y que en el triángulo de la par, podría concebirse con el signo de igual (=), luego, el derecho, en su forma de actitud o de exigencia ante la obligación, es decir, derecho concebido como facultad de hacer, dar o no hacer algo, podría concebirse con el signo de (+), y, luego, la obligación, o sea la contrapartida del derecho, como quien debe dar, hacer o no hacer, se indica como el signo menos (-). Pero el triángulo jurídico, base fundamental de las estructuras de este tipo, no estaría completo si opuesto el criterio de "mutualidad" en la base de la relación derecho-obligación, no apareciera el de reciprocidad, explicado con los signos más-menos (\pm).



La actitud del individuo frente a esta estructura no sería de unilateralidad, sino que siempre funciona con la conjunción de dos individuos, y no de manera simple, sino que cada actitud se perfila por la conjunción de varias actitudes en forma de haz, donde se puede encontrar la relación mutualidad más reciprocidad, que lleva envuelta la de obligación y derecho. "Esta es una razón suplementaria que puede hacer difícil aislar la estructura elemental" (Lévi-Strauss, 1970 A, 48).

Lévi-Strauss, fundado en Radcliffe-Brown, explica el funcionamiento de esta estructura, referida a las estructuras elementales del parentesco, que es de donde procede, en la forma siguiente: "La unidad de estructura a partir de la cual se construye un parentesco es el grupo que yo llamo una 'familia elemental', consistente en un hombre y su esposa y su hijo o hijos... La existencia de la familia elemental crea tres tipos esenciales de relación social: entre padre e hijo, entre los hijos de los mismos padres (siblings) y entre marido y mujer en tanto padres del mismo niño o niños... Las tres relaciones existentes dentro de la familia elemental constituyen lo que denomino el primer orden. Relaciones de segundo orden son las que dependen de la conexión entre dos familias elementales por la mediación de un miembro común tales como el padre del padre, el hermano de la madre, la hermana de la mujer, etc. Se ubican en el tercer orden de relaciones tales como el hijo del hermano del padre y la mujer del hermano de la madre. Podemos trazar así, si contamos con información genealógica, relaciones de cuarto, quinto o enésimo orden" (Lévi-Strauss, 1970 A, 48).

El triángulo que se ha dibujado y explicado atrás puede integrarse todavía más con dos componentes ajenos. El sector llamado "derecho" puede transformarse en "recibidores de mujeres", y el llamado "obligación" convertirse en el de "donadores de mujeres", donde el triángulo se integra más dentro de la organización elemental de la familia y perfila mejor su origen familiar. Luego, en el lado definido por los puntos "mutualidad" y "obligación", a la mitad del cambio estaría la relación cambio-no cambio, con la cual completamos la visión del derecho como el informe que se establece entre el dar de lo mutuo sin obligación con el donar obligatorio de la obligación. Podría aclararse todavía más el concepto de mutualidad con el siguiente ejemplo: mutualidad es renunciar a algo para recibir algo, se renuncia a una hija para recibir un yerno.

De acuerdo con la sagaz fórmula de Lévi-Strauss, tan plena de sentido y que da lugar a tan profundos análisis de

crudo : cocido :: naturaleza : cultura

podría completarse con una de índole jurídico que podría enunciarse en la forma siguiente:

incesto : regla :: matrimonio : derecho

Esta fórmula necesitaría una explicación. Del incesto se ha hablado suficiente en este estudio para entrar a hacer una recapitulación sobre ello. La regla es la regulación de la prohibición del incesto (usada aquí en sentido restrictivo como componente parcial de la totalidad de lo jurídico). Ahora bien, matrimonio indicaría todas las reglas específicas para la creación de los sistemas de parentesco, los cuales vienen a tener especial relación con el régimen de derecho general como indicadores de la norma, que ya dentro del campo de la familia, el hombre se ha acostumbrado a aplicar. De donde la relación que se establece entre el fenómeno del incesto y la regla, es equivalente a la que se establece entre matrimonio, sus regulaciones, y el derecho general.

Esto nos conduce a la hipótesis que para Lévi-Strauss el derecho es producto cultural, de manera eminente como una institución humana, pero que sus fundamentos más íntimos se encuentran en la prohibición del incesto, regla de dubitativo carácter natural-cultural, impresos, hasta cierto punto, en la naturaleza propia del hombre, que se distingue por su creación de la cultura. El derecho provendría como un símbolo, como las fichas combinatorias de un juego, que son permutables, pero que obedecen a reglas, sin que jamás pierda el sentido de ser un significante y un significado, al mismo tiempo.

Para concluir pues, con este párrafo, bien podría decirse lo siguiente:

En el principio era el derecho de familia . . .

V.—CONCLUSIONES

"Toda investigación científica de la verdad exigiría que la razón no se sujetase jamás apasionadamente a una hipótesis. 'Si el primer deber del sabio es inventar un sistema, el segundo es tomarle asco', o por lo menos, considerarlo con indiferencia".

Maurois.

Poco nos resta por indicar, ya que la mayoría de las conclusiones han quedado como jalones a lo largo de todo este trabajo, y la labor de reunirlos sería casi que vanal y repetitiva. Para comprender la teoría hay que hacer lo que todo etnólogo ante culturas diferentes: ponerse en el lugar de los hombres que "viven en ellas, comprender su intención en su principio y en su ritmo, percibir una época o una cultura como un conjunto significativo" (Lévi-Strauss, 1970 B, 362). Este consejo, diría yo, no tiene única vigencia con la etnología, sino que es fundamental para la comprensión de la historia, y si el derecho es historia, para comprender una norma jurídica en su plena validez, hay que injertarla en el medio socio-cultural en que ha aparecido, integrándola en la totalidad a que pertenece y no desmembrándola de ella, porque carecería entonces de todo sentido. La norma adquiere significado si permanece dentro de su conjunto significante, para usar la terminología de Lévi-Strauss.

El derecho es un medio de comunicación entre los hombres, es símbolo y es signo, es símbolo y signo que se afirma como el intermediario entre dos objetos y entre estos objetos y el hombre y, como producto exclusivamente humano, aparece dentro de un estudio antropológico, "que es una conversación del hombre con el hombre" (Lévi-Strauss, 1970 A, XXIX), para darle a la Regla su importancia extraordinaria en la regulación de las actividades hu-

manas, dado que no se puede concebir, como se ha ido indicando en el camino, una sociedad humana que no posea reglas, iniciándose en la elemental que abre el paso de la naturaleza a la cultura.

La teoría de Lévi-Strauss es lo que podría llamarse de un jus-naturalismo científico, porque injerta el derecho en la naturaleza del hombre, pero encuentra su explicación en la regulación de una situación que abre el paso de la naturaleza a la cultura. Sin embargo, esta definición adoptada no es estricta porque en un método sano científico es peligroso adoptar tales definiciones que indicarían laxitud.

Las sociedades primitivas ignoran o pretenden desconocer la historia. Conservan con tesón el descubrimiento de sus modos de vida originales, que consideran los primeros de su desarrollo, y no modifican sus estructuras, se protegen en sus características distintivas "por el predominante cuidado de perseverar en su ser" (Lévi-Strauss, 1970 A, XLIV). Pero, si el gigantesco paso que han dado esas sociedades las lleva a salir de la naturaleza para reposar en la cultura, a través de la prohibición y regulación del incesto por medio de la Regla, o sea, de un sistema de derecho, porque otra cosa no es la Regla, ¿sería aventurado decir, me pregunto, que donde hay ya cultura, aunque sea en su forma más elemental, es porque ha nacido ya el Derecho?

BIBLIOGRAFÍA

BURRIDGE, K.O.L. y otros

- 1970 — "Estructuralismo, mito y totemismo"
Recopilador Edmund Leach
Colección Pensamiento Estructuralista
Dirigido por José Szabón
Traducción de María Elisa Latorre y Cristina Iglesia
Ediciones Nueva Visión
Buenos Aires

LEVI-STRAUSS, CLAUDE

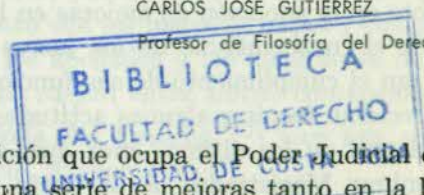
- 1969 — "Las estructuras elementales del parentesco"
Versión castellana de Marie Thérèse Cevasco
Biblioteca de Psicología Social y Sociología
Volumen 44
Editorial Paidós
Buenos Aires
- 1970 A — "Antropología estructural"
Traducida de la nueva edición 1961 por:
Eliseo Verón
Manuales de Eudeba: Antropología
Eudeba. Editorial Universitaria de Buenos Aires
Tercera Edición
Buenos Aires
- 1970 B — "El pensamiento salvaje"
Traducción de Francisco González Aramburo
Breviario del Fondo de Cultura Económica
Nº 137
Primera reimpresión
Fondo de Cultura Económica
México.

LOS JUECES DE COSTA RICA *

Hipótesis y Sugerencias para su Estudio

CARLOS JOSE GUTIERREZ

Profesor de Filosofía del Derecho



A partir de 1949, la posición que ocupa el Poder Judicial en Costa Rica ha experimentado una serie de mejoras tanto en la legislación formal como en la realidad. En la Constitución Política promulgada en noviembre de ese año, se exigió a la Asamblea Legislativa consultar a la Corte Suprema de Justicia todos los proyectos de ley que se refieran a la organización y funcionamiento del Poder Judicial y aprobar por mayoría calificada, aquéllos en los cuales se separara del criterio de la Corte.⁽¹⁾ Se estableció además un sistema de nombramiento para los Magistrados de la Corte, que, por exigir dos tercios del total de votos en contra, hace casi imposible su remoción, al vencerse su nombramiento inicial de ocho años.⁽²⁾ En 1961 se reformó la Constitución para garantizarle al Poder Judicial un 6% del Presupuesto Nacional, suma que le ha permitido a la Corte entrar en un ambicioso programa de construcciones de edificios para los tribunales en todo el país, que la hace ser el único Poder del Estado que cuenta con edificios diseñados expresamente para su servicio, que reúnen condiciones de confort,

* El autor agradece la colaboración prestada a este trabajo por los estudiantes María Isabel Arce, Luis Ramón Araya, Alicia Bogarín, Mario Alberto Blanco, Blanca Cecilia Briceño, Bernardo Baruch, Daniel Blumberg, Alfonsina Camacho, Marbell Corrales, Rogelio Fernández, Federico González, Luis Alberto Jaen, Alvaro Jiménez, Mauro Fernando Mora, Mario Alberto Mesén, Johnny Mejía, Rafael Antonio Rojas, Manuel Sánchez, Ruth Venegas y Luis E. Wong. Agradece igualmente a Edmundo Fuenzalida, Lorenzo Zolezzi, James Lauer y Ricardo Harbottle, los comentarios críticos a la versión inicial de este trabajo. Finalmente agradecer a Oscar Arias, Luis Fishman, Sonia Picado, José Gregorio Quesada y José Manuel Gutiérrez la información suministrada. Todos han contribuido a su texto final, excepto en cuanto a los errores que son míos.

(1) Artículo 167.

(2) Artículo 158.

funcionalidad y elegancia.⁽³⁾ Si añadimos a esas circunstancias, una tradición de independencia de presiones políticas y de general respeto en todos los sectores sociales por sus fallos, tenemos un sistema de tribunales con todos los elementos básicos para desempeñar sus labores a un alto nivel.

Pese a ello, la actividad del Poder Judicial en Costa Rica es blanco de comentarios adversos. Se critica a la Corte no esforzarse en mejorar los sistemas procesales y no mantener un esfuerzo constante en la adopción de mejoras en la legislación. Se le critica también el conservatismo de los jueces y el rigor formalista con que miran el cumplimiento de sus funciones. Motivos de esa naturaleza parecieran inspirar algunas actitudes tomadas por la Asamblea Legislativa en los últimos años que, separándose de la tradición de nombrar Magistrados de la Corte Suprema a personas que han dedicado toda su vida a la función judicial, ha hecho recaer varios nombramientos en abogados que hasta el momento no habían tenido práctica en la judicatura.⁽⁴⁾

Hay sin embargo, una tarea en la cual no se ha hecho mayor labor en Costa Rica: es la de analizar las actitudes básicas de nuestros jueces, la concepción que tienen de su labor y la forma en que se comportan en sus fallos. Dicha tarea, realizada en Europa a partir de la obra de Francois Geny⁽⁵⁾ y Herman Kantorowics⁽⁶⁾; y en los Estados Unidos, como resultado de la obra de Oliver Wendell Holmes,⁽⁷⁾ Benjamín Cardozo,⁽⁸⁾ Roscoe Pound⁽⁹⁾ y sobre todo, de los "realistas jurídicos" como Jerome Frank⁽¹⁰⁾ y Karl

Llewellyn,⁽¹¹⁾ no ha tenido paralelo en nuestro país. Es posible que ello sea resultado de la tendencia general a ver la dogmática jurídica como la única actividad científica que pueda hacerse sobre el derecho. Sin lugar a duda, contribuye a ella la circunstancia de que no es sino en fecha reciente que nuestra Facultad de Derecho ha comenzado a tener un cierto número de profesores de planta. Lo cierto es que hay un importantísimo campo del conocimiento jurídico que se encuentra totalmente virgen en nuestro país y que debería merecer la atención de profesores, jueces y de los egresados que preparan sus tesis de grado: Como ven los jueces su papel y como lo cumplen, que esperan de ellos los abogados y los integrantes de la sociedad global, y que conflictos surgen entre ambas concepciones.

En "Lecciones de Filosofía del Derecho"⁽¹²⁾ hice una serie de afirmaciones sobre la materia. Fueron ellas:

a) Mi creencia de que la mayoría de los jueces de Costa Rica tenían una concepción mecánica sobre su labor, inspirada en los criterios de la Escuela Exegética Francesa, que veía al juez como un subordinado del legislador, carente de toda capacidad creativa;

b) La organización de nuestro Poder Judicial, copiada del sistema francés, con una Sala de Casación en la cúspide de la pirámide, destinada a vigilar, fiscalizar o inspeccionar la aplicación de la ley y a anular toda sentencia que contenga violación expresa de su texto;⁽¹³⁾

c) La facultad de interpretación auténtica de las leyes que posee la Asamblea Legislativa, de acuerdo con nuestra Constitución;⁽¹⁴⁾

(3) Ley N° 2738 de 12 de mayo de 1961 que adicionó el artículo 177 de la Constitución Política.

(4) Desde 1969 se han nombrado seis Magistrados de los cuales dos han llegado a la Corte provenientes de otros cargos judiciales y cuatro de fuera del Poder Judicial.

(5) *Méthode d'Interpretation et Sources en Droit Prive Positive, Essai Critique*. Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, second edition, 1919. París. La primera edición es de 1899.

(6) Kantorowics, Herman: *La Definición del Derecho* (Revista de Occidente, Madrid, 1964) Traducción del Inglés.

(7) Holmes, O. W. *The Common Law* (Little, Broun and Co., Boston, 1881).

(8) Cardozo, Benjamín: *The Growth of Law*, (Yale University Press, New Haven, 1924).

(9) Pound, Roscoe. Entre otras véase: *An Introduction to the Philosophy of Law* (Yale University Press, New Haven, 1922).

(10) Frank, Jerome: *Law and the Modern Mind* (Tudor Publishing Co. New York, 1936); *Courts on Trial*, (Atheneum, New York, 1971, Sexta Edición).

(11) Llewellyn, Karl: *Jurisprudence, Realism in Theory and Practice*, Univ. Chicago Press, Chicago 1962.

(12) Editorial Tridente, Madrid, 1964. Véase Cap. XVI: "La Función Judicial".

(13) "Lecciones...", p. 222 y 223. Las reformas realizadas a los Códigos de Procedimientos, las últimas de las cuales fueron llevadas a cabo por Ley N° 3917 del 12 de agosto de 1967, han disminuido el formalismo del recurso de casación, lo cual puede ser atribuido como lo hacen algunas autoridades judiciales a la incapacidad de los abogados litigantes para preparar recursos "técnicos" o puede ser resultado de un anhelo de que todos los tribunales hagan justicia.

(14) Artículo 121, inciso 1 de la Constitución Política. En resolución dictada por la Corte Suprema en sesión extraordinaria de las 16 horas del 12 de julio de 1971, al conocer del veto a la Ley N° 4779, de 16 de julio de 1971, la obediencia de los tribunales a las "interpretaciones auténticas" ha sido severamente limitada, tanto en la resolución de mayoría como en el voto de minoría.

ch) La forma tan limitada en que entiende nuestra Corte Suprema la función constitucional, que imputé a la circunstancia de ser esa función tomada del sistema jurídico norteamericano y no compaginarse con el sistema francés de absoluta separación de poderes;⁽¹⁵⁾

d) La opinión expresada por Alberto Brenes Córdoba en su "Tratado de las Personas", para quien, interpretar la ley es describir "cuál es la idea que tuvo en mira el legislador al redactar la disposición", para sostener luego que la interpretación auténtica es "la forma más satisfactoria de llegar a una correcta inteligencia de la ley, puesto que nadie está mejor capacitado que quien la dictó para declarar cuál es su sentido y verdadero alcance";⁽¹⁶⁾

e) Cité finalmente una resolución de la Sala Primera Civil de 10:15 horas de 23 de junio de 1959, en ordinario Barboza c/ Suc. Fernández, que comparaba el proceso judicial con un silogismo y la contrasté con otra del Juez Primero Civil de las 16 horas del 5 de setiembre de 1961, en Castro Vs. Pozuelo, que señalaba como actividad del Juez no sólo aplicar las leyes a casos concretos sino "crear e integrar el derecho donde no haya norma escrita".⁽¹⁷⁾ En esas dos resoluciones consideré expresadas la concepción mecánica, tradicional o exegética de la función judicial —ver a los jueces como "la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden cambiar su validez o su efecto", como los llama Montesquieu⁽¹⁸⁾— y aquella que mira al juez como un creador de derecho, en un plano individualizado, pero que afecta directamente la vida del derecho y que podría resumirse en la expresión de Aristóteles. "Ir al Juez es ir a la Justicia".⁽¹⁹⁾

(15) Lecciones . . . p. 223. De particular interés en esta materia es el hecho de que la Corte Suprema de Justicia haya sostenido en distintas resoluciones la existencia de una presunción de constitucionalidad de las leyes, para dificultar aún más la declaratoria de inconstitucionalidad. Véase como ejemplos más recientes de esta corriente las resoluciones dictadas por Corte Plena en sesión de lunes de 25 de noviembre de 1971 en recurso de inconstitucionalidad de Luis Morice Lara contra párrafo b) del inciso 20 del artículo 30 de Ley de Tierras y Colonización y resolución de Corte Plena de Sesión del 8 de julio de 1971 en recurso de Richard Dyer Ward contra artículo 85 del Código Electoral.

(16) p. 55.

(17) "Lecciones . . .", p. 223.

(18) *L'Esprit des Lois*, Parte II, Libro XI, Cap. VI.

(19) *Ética a Nicómaco*, Libro V, Capítulo IV, 1132-20.

Para el planteamiento hecho tenía pocos indicadores: las lecturas llevadas a cabo durante los años en que he tenido a mi cargo la cátedra de Filosofía del Derecho en la Universidad de Costa Rica; las impresiones personales recogidas en los años de ejercicio de la profesión y los ejemplos aislados que cité. Todo a un nivel subjetivo, carente de una verdadera verificación científica.

Ello fue motivo para que en 1970 tomara "El Papel del Juez en el Derecho" como tema de mi seminario, con el propósito de estudiar los distintos criterios que han imperado o imperan sobre la misión del juez. El trabajo del seminario comprendió dos partes: en la primera se discutieron una serie de lecturas sobre el papel del juez, que se iniciaron con la descripción del escudo de Aquiles, en el Canto XVIII de "La Iliada", y terminaron con el libro "Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho", de Luis Recaséns Siches.⁽²⁰⁾ En la segunda, cada uno de los estudiantes seleccionó a un juez, a fin de entrevistarle, conocer los criterios que sostenía sobre su papel en la vida del derecho y estudiar dos o tres de sus sentencias, para contrastar las ideas expresadas en la entrevista con la actuación puesta de manifiesto en los fallos. En un principio, pensé en concentrar la investigación en los diecisiete miembros de la Corte Suprema de Justicia, pero, la imposibilidad de contar con la cooperación de todos ellos, hizo que acordara que cada uno de los estudiantes estaba en libertad de determinar la persona que sería objeto de su estudio particular. Al no ejercer un control preciso sobre la selección, tres jueces fueron objeto de dos estudios separados cada uno, y un estudiante, en vez de estudiar un juez en particular, presentó un análisis de dos sentencias en materia laboral de la Sala de Casación, para mostrar que ella actuaba con un criterio interpretativo distinto, a efecto de darle en ambos casos, la razón al patrono.

La finalidad del presente artículo es examinar algunos de los resultados obtenidos en la investigación llevada a cabo por los estudiantes. El subtítulo tiene el propósito de indicar que las observaciones que se hacen no pueden generalizarse. El número de jueces estudiados —dieciséis— y de sentencias —cuarenta y siete— no guarda relación alguna con el número de funcionarios encarga-

(20) Fondo de Cultura Económica, México, 1956. Este libro es, a mi parecer, la mejor exposición en el idioma español de las distintas tesis sobre el papel del Juez. Resulta significativo que la obra, hoy agotada, no haya sido objeto de una nueva edición. El tema no parece ser objeto de suficiente atención en el mundo jurídico latino-americano como para hacer que una obra destacada continúe en circulación.

los de decidir controversias en nuestro Poder Judicial —193 en total—,⁽²¹⁾ ni fueron seleccionados de manera que garantizara la representatividad de la muestra. Corresponde únicamente a la asignación de una labor a cada uno de los veinte alumnos de la Escuela de Derecho que tomaron ese año mi seminario, a que se produjeran los estudios sobre tres de los jueces, y a que uno de los estudiantes modificara el plan de trabajo y lo hiciera sobre dos sentencias pero sin entrevistar a los encargados de redactarlas, y a que existiera cierta diferencia de criterio sobre el número de fallos a estudiar.

La muestra resultante de ese proceso, en forma alguna puede tenerse como representativa del universo compuesto por los Magistrados, Jueces, Alcaldes, Actuarios y Agentes Judiciales de la Policía de Costa Rica, por diversos motivos: Están incluidos cuatro de los seis Magistrados que eran en aquel entonces profesores de la Escuela de Derecho, y un ex-Magistrado pensionado que había sido también profesor, siendo posible que esa circunstancia puede afectar la forma en que ellos vean el Derecho y lo apliquen. Por otra parte, la muestra se compone de tres jueces, dos Alcaldes, un Actuario, un Juez Superior, siete Magistrados y un ex-Magistrado, números que no guardan relación alguna con el número que de cada una de esas categorías existen en el Poder Judicial. Además, la muestra está recargada de funcionarios de largo tiempo en el servicio judicial, dado que siete de ellos tenían más de treinta años de vida judicial, cuatro entre veinte y treinta, sólo tres entre diez y veinte y dos, menos de diez años. Si se piensa que la edad de terminación de los estudios de Derecho en Costa Rica es entre los 24 y los 28 años y que la de retiro del Poder Judicial es de 65, tenemos un tiempo de servicio posible de treinta y siete años en el caso de que una persona haya pasado su vida dedicado a esas tareas pero que no haya ingresado a ella, sino al finalizar su carrera (como veremos ese no es el caso). Agréguese que de los funcionarios entrevistados, sólo cuatro prestaban sus servicios en centros de población fuera del Área Metropolitana de San José para aumentar las circunstancias de falta de representatividad.

(21) La cifra se compone de 17 Magistrados, 18 Jueces Superiores, 44 Jueces, 80 Alcaldes, 13 Actuarios y 21 Agentes Judiciales. De ellos 133 son abogados y 60 no tienen título, si bien muchos de ellos han cursado la carrera, (números obtenidos de la Oficina de Personal de la Corte Suprema de Justicia).

Debo confesar que las lecturas previas señaladas a los estudiantes y las intervenciones que realicé durante el seminario estaban dirigidas a conseguir que los alumnos aceptaran la tesis de que el juez es un creador de derecho, que tiene posibilidades dentro de nuestro sistema de llevar a cabo tareas de esta índole y de realizar la justicia. Es posible que esa labor haya perjudicado la escogencia realizada por cada uno de los estudiantes, dirigiéndolos a aquellos jueces que mejor podrían representar ese criterio, como queda en evidencia en el hecho de que dos jueces que fueron mencionados en las reuniones del seminario como representativos de la concepción creadora, estaban entre quienes fueron objeto de dos estudios separados.

Finalmente, el número de sentencias es pequeño y no guarda relación con el número de ellas que pueda haber dictado cada uno de los funcionarios estudiados. Para los dieciséis jueces hay un total de cuarenta y siete sentencias. De ellas, veintiuna corresponden a juicios civiles, dieciocho a juicios penales, siete a asuntos laborales y uno a materia considerada hoy como contencioso-administrativa. Si se piensa que el número de sentencias dictadas por sólo la Sala de Casación durante los veinte años que van de 1948 a 1968 es de dos mil seiscientos cuarenta y ocho⁽²²⁾ se verá que los resultados obtenidos no pueden tenerse como expresión exacta de lo que ocurre en la vida judicial costarricense.

Por otra parte, ni siquiera existe un número igual de sentencias para cada juez. Tres de ellos tienen cinco sentencias, seis están representados por tres fallos y dos por un par de pronunciamientos, correspondiendo las dos restantes a las de la Sala de Casación que fueron estudiadas por el estudiante que hizo su trabajo sobre la interpretación en materia laboral de dicha Sala.

Por todas esas razones, los datos obtenidos son valederos únicamente para los componentes de la muestra estudiada, y con base en ellos no pueden formularse generalizaciones de tipo estadístico sobre el universo de los jueces de Costa Rica. Reconociendo ese hecho, debo señalar que las razones que me han impulsado a escribir este artículo son básicamente cuatro:

(22) Wroc, Steve: *Reporte sobre el progreso del Proyecto del Digesto de Jurisprudencia de la Sala de Casación, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica hasta fin del año 1971*. (Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1971). p. 39.

1) La escasa literatura que existe sobre el tema en América Latina;

2) Mi interés creciente por las investigaciones empíricas sobre el Derecho, en las cuales se deja de ver a éste sólo como un conjunto de normas, se les comprende como un factor de la vida en sociedad y se les estudia como causa y efecto de los procesos sociales, como un sub-sistema del sistema social;⁽²³⁾

3) El convencimiento de que dentro de ese tipo de investigación, una de las tareas fundamentales es la de formular teorías fundadas en alguna información cuantitativa, que sirva de base conceptual y constituyan hipótesis que señalen cuáles son las áreas de importancia para las investigaciones a realizar.⁽²⁴⁾

4) La esperanza de que la presentación de los resultados obtenidos en 1970 puedan servir de base para investigaciones mejor planeadas y llevadas a cabo con mejor criterio en el futuro, por nuevos estudiosos sobre la materia o por el autor de estas líneas.

Para los efectos de este trabajo, la expresión "jueces" deberá entenderse como sinónimo de funcionarios del Poder Judicial con capacidad de tomar decisiones vinculantes en controversias planteadas por las partes, sin atender a la distinción que entre ellos hace la Ley Orgánica del Poder Judicial entre Magistrados, Jueces Superiores, Jueces, Alcaldes, Actuarios y Agentes de Policía Judicial. El formato de presentación de las hipótesis será encabezar con una afirmación general, seguida luego de los datos obtenidos en el estudio y el comentario que sugiere su posible validez. Para hacer una diferencia del grado de importancia, he dividido las hipótesis en dos grupos, dando esa denominación a las dos primeras que

²³⁾ Desarrollaré estas ideas con toda amplitud en un artículo en preparación, bajo el título "Los epistemes Jurídicos".

²⁴⁾ Sigo en ello la tesis sostenida por Barney Glase y Anselm Strauss en su obra *The Discovery of Grounded Theory. Strategies for Qualitative Research* (Aldine Publishing Company, 1967). La palabra "hipótesis" está utilizada en el sentido que da a ese término Julián Simón en *Basic Research Methods in Social Science. The Art of Empirical Investigation*. (Random House, New York, 1969), sea como "una sola proposición que pretende explicar un solo fenómeno" y que puede ser probada empíricamente.

constituyen los aspectos focales del trabajo. Las restantes, que indican temas de interés, sobre los cuales existen datos fragmentarios en la labor cumplida por los estudiantes, las he denominado "sugerencias", con el único propósito de señalar la categoría de menor confirmación que tienen dentro de la tarea cumplida en mi seminario.

Sin embargo, ya en proceso de preparación el presente artículo, tuve acceso al valioso trabajo que sobre los gobernantes de Costa Rica prepara el Lic. Oscar Arias, en que se incluye una serie de datos sobre origen geográfico y social de los miembros de la Corte Suprema de Justicia en el período 1948-1970. Ello me ha permitido realizar un contraste entre los datos obtenidos en el seminario y los que resultan de la investigación del Lic. Arias, que disminuye la falta de representatividad de la muestra para esos puntos específicos.

Finalmente, debo indicar que algunos de los fallos son sentencias dictadas por tribunales colegiados. En ellos he colocado la opinión como producto del Magistrado encargado de la redacción del pronunciamiento, sea este unánime, voto salvado o de mayoría. La convicción de que una tarea de esta naturaleza requiere el mantenimiento de la confidencialidad sobre la identidad de las personas que de buen grado aceptaron colaborar con mis estudiantes y suministrarles no sólo sus criterios sino hasta detalles de su origen familiar, me han impedido establecer una serie de relaciones que podrían permitir a un lector demasiado curioso identificar a cualquiera de los jueces estudiados.

* Hechas esas aclaraciones, vamos pues a los resultados de la investigación:

1ª Hipótesis. El absoluto predominio de la concepción mecánica de la función judicial no resulta verificada, por las respuestas dadas en las entrevistas.

El predominio casi absoluto de la concepción mecánica de la función judicial que apuntara yo en "Lecciones de Filosofía del Derecho" no resultó confirmada por la muestra. Seis de los entrevistados consideraron que el juez es un creador de derecho, seis tenían sobre él, una concepción mecánica y cuatro pueden considerarse como intermedios entre una y otra posición. Señalo las diferentes posiciones en el detalle que permiten las respuestas obteni-

das, a efecto de ver la "expectativa del rol" que tienen los jueces sobre su labor, para contrastarla luego con "el desempeño de rol" que cumple cada uno de ellos.⁽²⁵⁾

A. La concepción creadora podemos expresarla, en primer término, en los siguientes conceptos utilizados por un juez civil: "La norma se hace para ser justa; así que la norma que hubiera creado el legislador es la norma justa... Siempre ha de buscarse el espíritu de la ley y no la letra. La interpretación correcta debe tomar en cuenta ambas cosas. Si la letra no se ajusta, se aplica el espíritu de la ley, pues a veces el legislador no usa el debido lenguaje para expresarse... la función creadora del juez se palpaba con día pues la ley no puede prever todos los casos y las normas generales, a veces no alcanzan a ajustarse a un caso especial; así entra el juez a llenar lagunas de la ley y de las normas específicas, como puede ser por la analogía... No debe creerse que el juez es un ciego aplicador de las leyes, como si fallar un pleito fuera una operación aritmética de 2×2 igual a 4. La lógica jurídica supone algo más que eso, supone ir desentrañando el sentido de la norma, definir cuáles son los supuestos de hecho de una determinada naturaleza, y de ahí se le abre al juez el campo con miras a la aplicación del derecho a un caso concreto, sin infringir la ley".

Podemos igualmente verla en las impresiones dadas por un Juez Penal al entrevistador y que este puso en tercera persona: "El papel del juez en el derecho es la realización de la Justicia; para él, justicia es "el convencimiento íntimo de que la persona que se condena es el verdadero actor del delito, todo ello determinado por las normas de la sana crítica". "Cuando existe pugna entre el derecho y la justicia y debido a las normas penales hay obligación de dictar un fallo de acuerdo a lo estipulado por la ley, se condena a la persona y, como un recurso extraordinario que tiene el juez, se recomienda el indulto para tratar de lograr la justicia. Se piden más pruebas para indagar mejor y si se llega al convencimiento de que el delito es menos grave, se recomienda dicho indulto. Un ejemplo de ello nos lo ofrece la acusación dirigida a una persona por el robo de una suma de mil colones en la casa de un campesino o persona

(25) "Expectativa de rol" es la concepción subjetiva, interna, que los seres humanos tienen, que describe cómo deben comportarse las personas que ocupan ciertas posiciones. "Desempeño de rol" es como se comportan de hecho esas personas, ya sea en cumplimiento de las normas que definen su posición, o, desviadamente, en desafío de dichas normas". CHAMBLIS, W. and SEIDMAN, R: *Law, Order and Power* (Adisson-Wesley, Menlo Park, 1971), p. 7-8.

pobre; sería muy extraño que en esa casa existiera esa suma". "También la misión del juez es tratar de moderar la pena cuando esta sea menor de tres años. Se trata en esta forma de evitar que el delincuente salga peor de la cárcel; queda de esta manera sujeto a libertad condicional por un período de siete años y, en caso de que reincida, descontará ambas penas. Este perdón judicial es como el perdón que concede el padre a su hijo, y se concede en delitos leves, en casos especiales y solamente una vez en la vida. También se indulta a personas muy pobres y se ponen en libertad condicional; ésto se debe a que se castiga a la familia del reo también, en el sentido de que quedarán su mujer e hijos sin alimentos". "En cuanto a la interpretación de la ley, esta debe ser restringida, pero en cuanto a la recepción de pruebas, éstas deben ser lo más amplias posibles".

Tres de los jueces pertenecientes a esta corriente, con mayor experiencia en materia civil, hicieron una mención específica del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como fundamento de su actuación, con especial acento en el párrafo tercero de dicho artículo, que en su texto completo dice:

"Los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, a no ser los casos en que la ley los faculta para proceder de oficio.

"Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia no podrán excusarse de ejercer su autoridad por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión.

"No habiendo ley aplicable al caso, fallarán con arreglo a los principios de derecho".

En ese párrafo final todos encontraron la autorización de un criterio amplio en la conducta que debe cumplir el juez en cada caso sometido a su conocimiento.

Por otra parte, los dos jueces cuya mayor experiencia era en materia penal señalaron que, en su concepto, los jueces en este campo tienen mayor libertad de acción para determinar la existencia de la verdad y mencionaron la recomendación del indulto como medio de lograr la adecuación de ley, cuando ésta ordena condenar y hay motivos de importancia para estimar que el acusado no debe cumplir la condena.

B. La concepción mecánica de la función judicial podemos verla también en las palabras de jueces civiles y penales y presentar un grupo de expresiones de cada uno de esos grupos: Jueces civiles: "La experiencia más dolorosa para un juez es la que tiene cuando se enfrenta a un amigo que no tiene la razón... es un conflicto que sólo se resuelve cuando uno ha adquirido la "disciplina de juez" que lo hace impartir justicia sin atender otras razones que las de la ley... Excepcionalmente somos jueces de conciencia pero, en general, resolvemos conforme a las leyes... En mi vida judicial soy un apegado a los procedimientos formales, ya que los considero la base del orden en la resolución de los casos y en la aplicación de las leyes". "El derecho y las leyes deben tender a hacer justicia, pero ordinariamente no se logra esta porque los jueces nuestros son de derecho y no de conciencia... Lo que se debe hacer es resolver los casos con arreglo a la justicia, pero buscando la integración del derecho en aquellos casos en que la función del juez no rebasa los límites de las leyes expresadas, ya que en presencia de éstas, si no se ajustan a la realidad social, quien debe integrar el Derecho es el legislador y no el juez. El juez no puede contravenir las leyes porque prevarica...: "Hay que tener cuidado con estas frases que ahora están de moda: excesiva ortodoxia jurídica y arcaísmo procesal. Nuestros jueces son de derecho y la experiencia aconseja no salirse de sus cauces, si bien procurando como hemos procurado y lo continuaremos haciendo, adaptar las normas de la nueva ciencia del proceso. Recordemos, más bien, esta otra frase de un autor famoso, el padre de la ciencia procesal, José Chiovenda: "Los jueces rigurosamente fieles a la ley dan a los ciudadanos mayor garantía y seguridad, que los buscadores de novedades, frecuentemente subjetivas y arbitrarias".

En el campo penal encontramos una actitud similar en las siguientes expresiones: "me manifestó (escribe el entrevistador) que él había fungido como Juez Penal durante veinte años y que siempre ha tenido la convicción de que el juez debe ajustarse a las normas... me manifestó que su parecer en cuanto lo que es un juez se encontraba en una recopilación de votos y sentencias penales de Mario A. Oderico, por lo que recurrió a traer dicho libro y me leyó la siguiente frase: "He llegado a ellas con base a una convicción muy profunda: la de que los jueces no deben apartarse nunca del cumplimiento de la ley, aun cuando, con relación a determi-

nados casos, les pareciere que la estricta aplicación de aquélla lleva a soluciones poco equitativas". "El juez debe cumplir la ley, pues con ese proceder hace justicia y brinda seguridad a las diversas actividades de la sociedad. Se le presentan casos en que la ley no es muy clara y entonces tiene oportunidad de aplicarla haciendo justicia. Su tarea es sujetarse a las formalidades judiciales no sólo en cumplimiento de las leyes procesales sino para establecer seguridad y lealtad en el debate judicial". "El derecho no le da al juez mayor amplitud en sus atribuciones de juzgador, tanto para la apreciación de la prueba... lo que se conoce en nuestro medio como la "sana crítica" tan sólo permite apreciar de un modo objetivo; sólo se puede desechar un testimonio cuando sea totalmente parcial de la parte que lo solicita. Es así que cuando un testigo declara casi mecánicamente no es posible desecharlo. Para el suscrito, el papel más importante que debe llenar el juez como estandarte y al propio tiempo con miras al interés superior de cualquier sociedad organizada es el cumplimiento del juramento que se presta al asumir un puesto de esta naturaleza.⁽²⁶⁾ Debe de ser superior a cualquier otro concepto, como al de hacer justicia cumpliendo la ley. Sin embargo, en caso de que la ley fuera demasiado dura para una situación dada que se debe juzgar, no existe otra alternativa que la de aplicar la misma ley".

Así como algunos de los miembros del grupo anterior, mencionaron el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, uno de los jueces sostenedores del criterio estricto o mecánico y uno de los que admitieron una fórmula intermedia, señalaron como base de su actitud el artículo 388 del Código Penal vigente en aquella época que decía:

"Se impondrá prisión de seis meses a dos años e inhabilitación para cargos públicos de dos a diez años, a los funcionarios judiciales que, a sabiendas, dictaren resoluciones manifiestamente contrarias al texto expreso de la ley."

C. La posición intermedia, podemos verla en las siguientes expresiones: De un juez con jurisdicción en varias materias: "La misión del juez en el derecho es velar porque se haga justicia, dentro de las normas establecidas, positivas y adjetivas. El papel del

(26) Dicho juramento, contenido en el artículo 194 de la Constitución Política, ordena "observar y defender la Constitución y las leyes".

juez es esencialmente hacer justicia; no debe limitarse a cumplir la ley, porque sería una actividad sin trascendencia, de mera operación mecánica, sin proyección al problema humano y social que todo proceso revela al juzgador a través de la prueba que se recibía... Nuestro ordenamiento jurídico es rígido y da poca libertad al juez, en términos generales, especialmente en el momento de tomar la máxima decisión, como es la sentencia. Tiene el juez alguna libertad al recibir la prueba testimonial, en que se le permite hacer preguntas al testigo, para cerciorarse del fundamento de su dicho; también esa libertad al apreciar la prueba, de acuerdo con los principios de la sana crítica. Por ejemplo, dentro de esa libertad, existen otras normas que le permiten al juez ser más certero dentro de lo justo e injusto, cuando aplica el principio de que en la duda debe estarse a lo que favorezca al reo en materia penal, y también, como disposición genérica, la precisión de las circunstancias análogas a las que la ley enumera como atenuante, que permite al juez una mejor adecuación de la pena. En materia de trabajo también hay principios que contribuyen a que el juez destaque en la labor de hacer justicia, como son que, en caso de duda, debe estarse a lo que favorezca al trabajador, sujeto más débil del proceso". De un juez civil: El papel del juez es el de hacer justicia, aplicando la ley que juró cumplir, pero eso sí, sin hacer abuso de una excesiva ortodoxia jurídica. En cuanto a las formalidades procesales que deben aplicarse al proceso (escribe el entrevistador) estima que el juez debe aplicarlas con un criterio moderado"... De un juez con jurisdicción en varias materias: Su papel (escribe el entrevistador) consiste en hacer justicia dentro del marco de las normas legales que nos rigen, pero no apegándose a la letra de ellas sino a su espíritu. Agregó: "Doy importancia a las normas legales establecidas con el fin de hacer justicia. Yo no puedo despegarme de la ley, pero la misma se debe interpretar por su espíritu".

Lamentablemente, ninguno de los jueces entrevistados puede considerarse como un juez cuya principal actividad sea la administración de justicia en materias laboral y contencioso-administrativa, como sería necesario para ver si los mismos criterios prevalecen en ellas:

Una posible hipótesis de que la posición creadora pudiera haberse producido a través de la relación personal entre algunos de sus representantes surgió cuando cuatro de ellos, separados ge-

neracionalmente por unos diez o quince años cada uno del que le seguía en edad, resultaron haber estado relacionados laboralmente y tres de ellos manifestaron que habían visto en su jefe un modelo digno de imitar. La identificación con un modelo o paradigma ha sido reconocido como una de las maneras en que se adquiere la concepción subjetiva del rol y debería ser investigada, frente a las otras posibles hipótesis que pueden plantearse sobre su origen.

Para concluir, señalo que la realidad es mucho más rica que el esquema que había trazado en "Lecciones de Filosofía del Derecho". Lejos de encontrarnos frente a dos únicas modalidades opuestas, encontramos que dentro de ellas existe una serie de matices y posiciones intermedias que merecen gran interés.

2ª Hipótesis. La actividad creadora de los jueces aparece con mayor evidencia en las sentencias estudiadas que lo sugerido por las concepciones que los entrevistados tienen de su papel. Dicha actividad aparece no sólo en los jueces que admiten su condición de creadores de derecho sino también en aquellos que niegan ese carácter.

El estereotipo de lo que sea el juez en quienes creen en el predominio de la concepción mecánica de la función judicial dentro del sistema continental europeo, podemos describirlo con los siguientes párrafos de John Henry Merryman:

"El cuadro del proceso judicial que nace es la de una actividad bien rutinaria. El juez viene a ser un burócrata experimentado. Se le presenta una situación de hechos para la cual es posible encontrar una respuesta legislativa inmediata, excepto en un caso extraordinario. Su función es la de encontrar la disposición legislativa pertinente, relacionarla con los hechos y santificar la solución que se produce casi automáticamente de la unión de ambos. El proceso completo de la decisión judicial se encaja dentro del silogismo formal de la lógica escolástica. La premisa mayor es la ley, los hechos del caso dan la premisa menor, y la conclusión se produce de manera inevitable. En el caso excepcional en que se necesita un trabajo intelectual mayor por parte del juez, se espera que siga con mucho cuidado las instrucciones cuidadosas que marcan los límites de la interpretación.

"La imagen neta es la del juez como el operador de una máquina diseñada y construida por los legisladores. Su función es mecánica."⁽²⁷⁾

De las sentencias estudiadas en el seminario, de un total ya mencionado de cuarenta y siete, encontramos treinta y cinco en las cuales el juez no se limitó a una consideración estricta de los hechos y el derecho aplicable sino que indagó sobre el sentido de la norma y trató de llevar a cabo un proceso de ajuste entre la ley y el caso concreto que, por su extensión, está muy lejos de ser el resultado de una tarea mecánica. En cambio, en siete casos, la interpretación de la ley se hizo en una forma restringida y estricta, y en cuatro, la información suministrada es deficiente o la materia adjudicada es tan sencilla, como para pensar que una distinta concepción de la tarea judicial hubiera producido una sentencia diferente.

Creo que los casos que pueden tener mayor interés son aquellos en los cuales la tarea creadora queda en plena evidencia. Citemos algunos:

En materia civil: La doctrina del daño moral: Uno de los jueces con una concepción creadora, se refiere al daño moral en la entrevista, en los siguientes términos: "La idea general que prevalece es que la indemnización del daño moral sólo cabe tratándose de delitos contra el honor, honestidad y otras causas que afectan intereses de orden moral, según el texto del artículo 125 del Código Penal, y por ahí han considerado que no cabe indemnización en delitos por lesiones, denegando por lo mismo la indemnización del dolor físico, de la angustia moral, de la angustia de los seres afectivos. Desde que era juez sostuve la tesis contraria, que el Artículo 125 del Código Penal debe interpretarse en armonía con el Artículo 41 de la Constitución Política. Siempre, los Tribunales me revocaron estas sentencias; no llegó a prosperar, inclusive en la Sala de Casación. Sin embargo, por una de esas cosas circunstanciales que intervienen en la justicia, la Sala de Casación quedó integrada con los suplentes, por impedimento de los propietarios para resolver el caso concreto. Los suplentes... daba la casualidad que estaban de acuerdo con la tesis del daño moral; así se produjo un voto de ma-

yoría, porque los dos propietarios coincidían con los suplentes, con voto salvado... del Magistrado..., quien mantuvo el criterio de la Sala en otros fallos."

Dicho juez en una de sus sentencias justifica su criterio así:

"En un delito de lesiones, se producen daños de carácter moral cuya posibilidad de indemnización no la descartan las leyes que regulan la obligación indemnizatoria... No es sólo el menoscabo económico de no poder trabajar mientras está en curación; hay otros perjuicios también como: dolor físico, la pena de verse en una cama y sujeto a curaciones, privarse de la vida familiar, angustias durante su enfermedad y sufrimiento moral si no se recupera totalmente. Siendo así, no es suficiente con el pago de tiempo perdido, gastos de curación y otros daños patrimoniales. Todo esto es así "conforme a principios de lógica y de correcta dictrina jurídica". El artículo 125 del Código Penal, también habla de "otros casos de daño a intereses de orden moral"; así en este concepto encuentran acomodo todos los daños morales. El artículo 41 de la Constitución Política se refiere a la "reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales... La responsabilidad civil no depende de la índole del delito sino de las consecuencias."

Si se compara lo ocurrido en este campo con la construcción de instituciones jurídicas que se opera en los fallos de los tribunales de los países del sistema anglo-sajón, difícilmente puede señalarse diferencia de alguna clase.⁽²⁸⁾

2.—**Las Fundaciones:** Si el desarrollo de la doctrina del daño moral se lleva a cabo por quienes creen en el papel creador del juez, situaciones similares de creación podemos encontrar en quienes creen en el papel de simple aplicador de la ley que corresponde al juez. En un juicio sobre la legalidad de la creación de una fundación en una cláusula testamentaria, uno de los jueces pertenecientes a esa posición desarrolló el siguiente razonamiento:

⁽²⁸⁾ Para esos efectos pueden verse las siguientes sentencias sobre daño moral: 10 horas 18 octubre, 1949 (Gamboa Rodríguez v. Oficina de Custodia y El Estado); 14:50 horas 6 marzo 1951 (Paris, Franceschi Vs. Vega Rodríguez) y 15 horas 3 junio, 1964 (Crespo Sojo y otro Vs. El Estado); 10:45 horas 6 abril, 1966 (Salazar Durán vs. Northern Railway Company); 15 horas 3 junio, 1959 (Montes de Oca Alvarado Vs. Valerio Paniagua); 16:20 horas 6 junio, 1958 (Gutiérrez Sánchez vs. Kopper Vega); 15 enero de 1970.

⁽²⁷⁾ *The Civil Law Tradition* (Stanford University Press, Stanford, 1969) p. 37-38. Hay traducción al español bajo el curioso título "La tradición Jurídica Romano Canónica". (Fondo Cultura Económica, México, 1971), p. 70.

“Es cierto que buen número de autores sostiene que el testador no puede crear en su acto de última voluntad personas jurídicas sino que forzosamente debe referirse a entidades ya creadas por la ley, pero, también es cierto que otra corriente de autores, si admiten necesitándose cuando más la posterior ratificación, aprobación o autorización del Poder Público en resguardo del interés social lícito. Esta posición es más conveniente, tanto para el interés personal del testador que en un acto de desprendimiento que lo altece piensa en hacer el bien a sus semejantes, creando una institución de beneficencia, de educación, científica, cultural, etc., como para el interés público que resulta favorecido con ella, sin el peligro de que se produzca abusivamente un estancamiento de bienes, porque, como se ha dicho, deben llevar la ratificación, aprobación o autorización del Poder Público. Esta tesis no contraría el artículo 5 del Código Civil que establece que “La existencia de las personas civiles proviene de la ley...” pues el testador lo que hace es crear la Institución de beneficencia asignándole los bienes necesarios para que cumpla su cometido, y una disposición posterior del Poder Público le imparte su aprobación, para que, formando ambos efectos un solo todo, no por efecto de la retroactividad de la ley sino por la ratificación misma, que le da vida jurídica a la Institución que nace cuando el testamento comienza a surtir efectos legales...”

Tenemos en este campo un juez que cree en una interpretación de tipo restringido, una disposición jurídica limitativa, pero en interés de orden social sumamente claro, contrapuesto al interés particular de los parientes que se beneficiarían si la cláusula del testamento careciera de todo efecto. Frente a esa situación, los tribunales estiman que su obligación de hacer justicia tiene primacía y agregan al sistema jurídico una nueva forma de crear personas jurídicas, la testamentaria. Pese a que la legislación no tiene disposición alguna sobre las fundaciones, a nadie puede caber duda alguna de que, a partir de ese fallo, en Costa Rica es posible crear personas jurídicas por la vía testamentaria.

3.—**La paternidad imposible:** En uno de los casos estudiados podemos ver claramente la confrontación de los dos criterios. Se trata de una investigación de paternidad establecida por la madre contra el concubino, pese a que su matrimonio anterior no había sido disuelto y que su anterior marido no había impugnado la inscripción de la hija como suya en el Registro Civil, si bien había

establecido acción de divorcio, con fundamento en la existencia del concubinato.

El juez declaró sin lugar la demanda, con base en que el artículo 100 del Código Civil establece una presunción absoluta de que son hijos de matrimonio los habidos durante éste, después de los 180 días de celebrado y dentro de los 300 que siguen a la disolución. Su criterio fue que el deber del juez es cumplir con la aplicación estricta de los preceptos legales, aun cuando de esa manera se produzca una supuesta injusticia, con cita del proverbio latino “Dura Lex est lex”, y la afirmación de que la seguridad jurídica puede hacer necesaria la lesión de intereses individuales.

La Sala de instancia al revocar la sentencia del juez mantuvo el siguiente criterio:

“Que el artículo 100 del Código Civil no puede aplicarse en forma aislada, como para que dé lugar a absurdos, cual sería el de mantener situaciones artificiales y atribuir a un hijo que evidentemente no es del esposo (sólo porque éste no ha incoado una acción formal de denegación) una paternidad que no le pertenece; principio, el de dicho texto, que no puede interpretarse, menos con los criterios del Derecho Romano o del costarricense de 1888, visto que el Constituyente de 1949 (artículos 53 y 54 de la Carta Magna) varió sustancialmente el régimen que sobre calificación de los hijos e investigación de la paternidad regía, a fin de que en verdad imperara la justicia en tan importantes sectores del Derecho de Familia, el más humano y dinámico de los troncos del Derecho Civil; de ahí que la posterior reforma legislativa (sobre ajuste del Código Civil al mandato del constituyente) introducida por la Ley N° 1443 del 21 de mayo de 1952, ha de aplicarse en forma tal que, sin incumplir o ignorar determinados textos, tampoco el apego ciego a estos con criterios ya superados lleve al desconocimiento de aquellos y, a lo que es lo más importante, el irrespeto del mandato constitucional en el sentido de que “Toda persona tiene derecho a saber quienes son sus padres”.

En la Sala de Casación encontramos dos criterios contrapuestos. El de mayoría inspirado en un criterio estricto y el de minoría en un criterio amplio. Dice el primero:

“Que si bien es cierto que el artículo 53 de la Constitución Política consagra el principio de que “Toda persona tiene derecho

a saber quienes son sus padres”, como dice la Sala de grado, también es cierto, que agrega esa misma regla “conforme a la ley”, y la ley, regula el caso que interesa, por medio de los artículos 100 y 104 del Código Civil, porque según el primero “Se presumen habidos en el matrimonio... los hijos nacidos después de ciento ochenta días, contados desde su celebración o desde la reunión de los cónyuges legalmente separados...” y por expresa disposición de la misma norma, parte final “Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieren al nacimiento” lo que no se demostró, actuando conforme a la segunda norma citada, luego de haber planteado el divorcio y de haber nacido la niña. De tal manera que esta Corte, por sobre otras consideraciones, debe aplicar la ley”.

El voto salvado argumenta en sentido contrario así: “Nadie puede dejar de advertir que el rechazo de la demanda, a base de lo dispuesto en el artículo 100 del Código Civil equivale a consagrar un absurdo jurídico, tan absurdo (como se expresó en el fallo antes citado), que por este medio se atribuye a un hijo una paternidad evidentemente falsa, en virtud de una disposición que se interpreta con una lógica de carácter matemático, ajustada apenas al sentido literal de la norma, lo que lleva a resultados que riñen con la verdad y la justicia. Los jueces deben obediencia a las leyes y son impotentes ante la ley injusta, pues carecen de facultades para dejar de aplicarla aunque estimen que su aplicación no producirá los efectos buenos que el legislador se propuso conseguir al emitirla. Pero sí pueden y deben los jueces desentrañar el verdadero sentido de la ley, no sirviéndose simplemente de la lógica tradicional sino tratando de ir más hacia el fondo del problema, para averiguar cuáles son los supuestos de esa ley y determinar si ellos son precisamente los del caso concreto; porque la norma jurídica aunque se formule en términos generales, siempre responde a un juicio de valor que se hace teniendo presente un cierto tipo de casos, es decir, de casos puramente ideales que surgen en la imaginación del legislador; y ese tipo de casos es el que éste se propone solucionar cuando dicta una de esas reglas jurídicas, mediante la cual pretende alcanzar un resultado que presume justo. Ahora bien, si los hechos del caso concreto coinciden con los que sirven de supuesto y justificación a la norma jurídica, el juez no tendrá otra

alternativa que la de aplicarla, pues no puede ponerse en rebeldía con el derecho positivo. Pero si los hechos difieren de la situación abstracta que previó el legislador, entonces el juez sí tiene potestad para dejar de aplicar la norma cuando el resultado de su aplicación es absurdo o injusto, lo cual lo llevará a la búsqueda de otra regla para resolver el problema, si la hubiera, que de lo contrario aplicará otra por analogía o fallará el pleito con arreglo a los principios generales de derecho, por falta de ley aplicable”

Pudiéramos considerar que en este caso se resumen toda la pugna de criterios sobre la materia. No hay diferencia en cuanto a los hechos. No hay diferencia en cuanto a cuál sea la legislación aplicable. La diferencia esencial se encuentra en la concepción sobre cuál sea el papel que le corresponda cumplir al juez con respecto al derecho. A base de diferencias de criterio sobre este punto se llega a dos soluciones totalmente diferentes, ambas de las cuales pueden ser sostenidas dentro del marco legal en que se llevan a cabo. No puede decirse que ni unos ni otros hayan cometido prevaricato. No estamos en presencia de un caso en que no haya ley aplicable. Pero existe una diferencia que no puede resolverse si se piensa en que es posible ejercer la función judicial de manera automática.

4.—**Innovaciones procesales:** No sólo en las sentencias sino en los trámites del juicio podemos encontrar igualmente decisiones creadoras de parte de los jueces. Uno de los de criterio creador citó en su entrevista el texto siguiente; como uno de los casos en que él había creado derecho:

“Cuando una misma parte en fechas distintas señala también oficinas distintas para atender notificaciones, debe mantenerse como valedera sólo la últimamente señalada. Cuando una misma parte simultáneamente señala más de una oficina para atender notificaciones o pretende que se mantengan las distintas oficinas señaladas sucesivamente, el Tribunal correspondiente le debe prevenir que dentro del término que le fije debe manifestar cuál de esas oficinas, una sola, mantiene para atender notificaciones, apercibida de que si no lo hiciera el Tribunal tendrá como única oficina al respecto la que en esa misma resolución indicará de una vez. Ciertamente en el capítulo de notificaciones del Código de Procedimientos Civiles no existe disposición legal que de manera expresa establezca el procedimiento como la solución antes indicada, pero

ello es perfectamente posible con aplicación de los principios generales de derecho, conforme lo prevee el párrafo final del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y por allí con la aplicación por analogía de lo dispuesto en el párrafo dos del artículo 77 del Código antes citado, que para efectos de las copias establece que se considerarán como una sola parte los que litiguen unidos y bajo una misma representación, caso en el cual hay que presentar una sola copia y no tantas como litigantes sean, lo que significa que sólo se les notificará en una sola oficina señalada por esa misma representación, con mayor razón en un caso en que no sean varios los litigantes sino uno sólo, quien pretende que se le notifique en distintas oficinas, porque hacerlo en esa forma sería notificar a la misma parte en varios lugares distintos, lo que nuestra legislación procesal no contempla ni autoriza”.

El artículo 475 del Código de Procedimientos Civiles señala la que, cuando no hay postores en las dos primeras subastas, se celebra una tercera y en ésta, si la postura que se hace es inferior al 50% de la base inicial de remate, el deudor podrá pagar al acreedor, y liberar el bien que se remata. El artículo no indica cuál es el monto que debe pagar el deudor, manteniéndose dos criterios distintos en la Sala de apelaciones que conoce de la materia. Según el primero de ellos, lo que el deudor debe pagar es el monto de la deuda junto con sus intereses y costas. Dicho criterio se fundamenta en los comentarios hechos por Emilio Reus a la Ley de Enjuiciamiento Civil española, que se consideran pertinentes a la situación costarricense, en virtud de ser nuestra ley copiada de la española. El segundo es el expresado por uno de los jueces que manifestó un criterio más estricto, quien, en un voto salvado, dijo lo siguiente:

“Según mi leal saber y entender... la suma que está facultado para pagar el deudor, a fin de liberar sus bienes, es la ofrecida por el postor en la diligencia, puesto que no resultaría lógico que después de realizado todo el procedimiento tendiente a lograr el pago de la deuda, sin obtener ningún resultado práctico, vaya a concederse una última oportunidad al obligado para pagar la totalidad de la deuda, y, además, todas las costas e intereses que a esa fecha ya se adeudaron. Si no pudo pagar en un principio, menos va a hacerlo después, cuando la deuda ha aumentado considerablemente con el transcurso del tiempo. Pareciera que la razón de orden filosófico de la disposición de comentario, reside en la circunstan-

cia de que el legislador, en vista de que los bienes van a ir a pasar a manos de un tercero, por un precio inferior al 50% de su avalúo inicial, sin beneficio directo para ninguno de los principales interesados, acreedor y deudor, ya que forzosamente va a quedar un saldo en descubierto bastante apreciable, prefiera conceder oportunidad al deudor para que por la suma ofrecida adquiera y libere sus bienes, y pueda, manteniéndolos dentro de su patrimonio, hacer frente en mejor situación económica, al saldo en descubierto en su contra que la subasta arroje”.

Valga los ejemplos citados como ilustrativo de lo que ocurre en materia civil. Veamos algunos ejemplos de materia penal:

1.—Variación de criterio Calificativo: En una causa por lesiones, el acusado manifiesta que llegó de noche a casa de su esposa, de quien estaba separado, y la encontró cerrada por dentro. Le pidió a la señora que abriera, pero ella no lo hizo porque se encontraba acompañada del acusador. El indiciado pudo ver por una rendija de la casa la sombra de un hombre dentro de ella. Temiendo que el hombre que se encontraba dentro pudiera estar cometiendo un robo, hizo cuatro disparos de rifle a baja altura, uno de los cuales hizo blanco en el cuerpo del ofendido. Este permaneció en la casa hasta las cuatro de la mañana, hora en que, por un descuido del acusado, salió por una ventana y se fue del lugar.

El lesionado acusó al heridor, señalando que había sido herido en la calle, en un lugar solitario y que le habían disparado desde una finca. Había perdido el conocimiento y fue la investigación la que le permitió saber quién era el heridor. El juez, aceptó la versión de que el acusado había procedido en legítima defensa de su propiedad y de su esposa, por lo cual dictó sobreseimiento definitivo.

El caso podría haberse englobado dentro de los términos de las lesiones causadas por ímpetu pasional, lo cual no constituía un eximente. Pero, al variar la calificación correspondiente, y tomar el caso desde una perspectiva distinta, el juez cambió las posibles consecuencias jurídicas y dio una sentencia, que posiblemente corresponde a sus concepciones sobre el papel que deben desempeñar los maridos en una situación como la que ocurría. Antes de la justificación formal de la sentencia y en una forma que nada tiene de silogística, es indudable que el juez ha llevado a cabo un juicio de

valor que colorea su apreciación del caso que le lleva a darle valor a unas pruebas y no a otras para dictar la sentencia que en su fuero interno cree que debe dar. Es indudable que esa es una tarea que por no ser mecánica no podría ser realizada por una computadora.

2.—**El error de hecho:** Uno de los jueces penales sostenedores del criterio de interpretación estricta conoce de una causa por estrago, por la explosión de un cilindro de oxígeno que había sido conectado a una hornilla por el propietario de una cafetería, al fallarle el gas propano que debería haber utilizado. La explosión causó la muerte de una persona.

Considera el juez en su sentencia:

“... Que no obstante que está determinada la relación causal del suceso, éste, a juicio del Juzgado, no es imputable al inculcado a título de culpa porque actuó bajo la influencia de un error esencial de hecho, al no saber precisamente que estaba poniendo la causa que iba a producir el estrago. Efectivamente, no está probado que al señor... se le advirtiera que aparte del propano no debía usar ningún otro gas en la hornilla, ni tampoco él tenía entonces conocimiento de que dicho gas con el oxígeno dentro de un envase cerrado formaba una mezcla peligrosa por ser altamente explosiva, pues no consta que hubiere cursado la segunda enseñanza que imparte nociones elementales de química, de donde se puede afirmar que se trata de una persona ignorante en esa materia. Ello explica que al darse cuenta... de que en la Agencia Tropigas no se podía obtener el propano, se dirigiera a la Fábrica de Miller a buscar el gas, cuando es sabido que esta firma produce única y exclusivamente gas oxígeno que no es combustible sino comburente. Es decir, que él había hecho cuentas de que la cocina podía calentarse indiferentemente con “cualquier gas” y ese error fue precisamente lo que determinó el accidente fatal. En consecuencia, desde el punto de vista subjetivo, dicho procesado no tenía los elementos síquicos esenciales para poder proveer el resultado dañoso de su actuación”, por lo cual absuelve al procesado.

3.—**La apreciación de la capacidad mental:** En causa por violación de una menor que en el examen realizado por un médico psiquiatra resultó tener una deficiencia mental, pese al dictamen médico, el juez, uno de los miembros de la Sala de instancia y la

Sala de Casación consideraron que debía absolverse a los acusados. El motivo tenido en cuenta por la mayoría de la Sala de Apelaciones para condenar fue lo dicho en el dictamen médico. Pero, combatiendo dicha tesis, nos encontramos con la siguiente opinión:

“En primer término, es dudoso el valor que como prueba pericial pueda tener el aludido dictamen, ya que la firma del galeno no aparece autenticada, ni fue nombrado como perito y además entendiéndose el suscrito que no es Médico Forense, sino auxiliar de la Dirección General de Prisiones y Reformatorios. En el mismo, el propio profesional manifiesta que es el sicólogo y no el siquiatra, quien generalmente hace los tests sicométricos y el sicólogo manifiesta que la aquí ofendida es débil mental y padece de posibles trastornos de la personalidad, como lo indica el folio 22, cuya autenticidad también es dudosa dada la circunstancia de no aparecer su firma debidamente autenticada, ni ser perito nato del Tribunal. El doctor... manifiesta que casos como este ameritan el internamiento en una escuela-hospital, a fin de hacer los exámenes complementarios de fondo de ojo, electroencefalografía, radiografía del cráneo, exámenes de laboratorio, etcétera, cosas que no fueron hechas en la persona de la ofendida, de donde resultan harto dudosas las conclusiones a que llega dicho profesional. Existe abundante prueba testimonial de que la ofendida es persona que se desenvuelve normalmente en sus conversaciones, y de su capacidad mental da buena prueba la circunstancia de haber concluido los estudios primarios en una escuela que no es precisamente de enseñanza especial para retrasados mentales...; además consta de autos que estuvo en el Colegio Superior de Señoritas, donde obtuvo en algunas asignaturas difíciles, excelentes calificaciones, circunstancias que hacen llegar al ánimo del suscrito una duda muy marcada por cierto, respecto a la conclusión del doctor... de que la señorita ofendida pueda clasificarse entre un setenta y ochenta por ciento de deficiencia mental. Otro hecho de importancia al respecto lo es la circunstancia de haber contraído matrimonio la aquí ofendida, que hace suponer al suscrito que al dar el consentimiento los padres para las nupcias, lo hicieron en el entendido de que su hija se daba cuenta cabal y perfecta de la trascendencia del acto que realizaba, y probable es que esa circunstancia sea cierta, es decir, que la señorita... concurrió al matrimonio con plena conciencia del acto que realizaba”.

Puede verse como, frente a un dictamen médico que representa un conocimiento técnico y especializado, el juez ejerce su sentido común y utiliza tanto puntos de carácter puramente formal y legalista como la sana crítica para apartarse de la opinión del experto y llegar a conclusiones de orden muy distinto de las indicadas por este último.

Como ya dijimos, ninguno de los jueces estudiados tenía una formación especializada en Derecho de Trabajo. Sin embargo, por estar incluidos en la muestra algunos jueces con jurisdicción en varias materias, es posible citar también ejemplos de casos laborales. Citemos un par de ejemplos de ellas:

1.—**Continuidad en el servicio del Estado:** En demanda de un funcionario público que reclama el pago de prestaciones por todo el tiempo trabajado para dos instituciones autónomas diferentes, hay un voto salvado de un Magistrado cuyo criterio de interpretación he clasificado como estricta, pese a lo cual dice:

“Examinando el problema desde el punto de vista social, en materia de trabajo, el auxilio de cesantía es un ahorro que hace el patrono a favor del trabajador a fin de protegerlo en el caso de que perdiese el empleo, que en nuestra legislación laboral no puede exceder de ocho meses, aunque tenga más de ocho años trabajados. De manera que si la base principal para otorgarlo está en relación directa con el tiempo servido, es de equidad reconocer al actor la indemnización máxima, toda vez que en realidad laboró más de ocho años seguidos en dos instituciones del Estado. “En el derecho de trabajo cumple la equidad una gran función, no sólo de índole jurídica, sino de carácter ético social... Puede afirmarse que el derecho de trabajo da mayor importancia a la equidad que a la justicia, así como en el derecho romano, en cuanto al “*jus gentium*” frente al “*jus Civile*” (Mario L. Deveali, Tratado de Derecho de Trabajo, t I. p. 398)”.

Frente a este caso de interpretación ampliativa en favor del trabajador, que se da en un voto de minoría, tenemos una interpretación ampliativa, en favor del patrono, en la siguiente situación.

2.—**Los insultos a un hijo:** La actora rompió el contrato de trabajo y alegó como causal que la autorizaba para proceder de esa manera, los hechos de que su patrono le infirió diversos ultrajes a

un hijo suyo que trabajaba para el mismo demandado y el no pago del salario completo. Reclamó pre-aviso, auxilio de cesantía, y diferencia de salarios. El juez aceptó la demanda, el Tribunal de Trabajo revocó la de primera instancia y consideró que “para que se dé la causal que justifique el rompimiento del contrato por parte del trabajador, se requiere que éste de previo haya hecho la correspondiente reclamación al patrono y que le fuere negada, pues bien puede suceder que ignorara que estaba procediendo mal o creyera que lo estaba haciendo bien”.

Lleva el asunto ante la Sala de Casación, esta consideró que: “la causal de vejámenes a la dignidad de un hijo, causal invocada por la señora... como motivo determinante de su rompimiento del contrato laboral que la ligaba al demandado, no constituye falta de probidad de su patrón, ni tampoco causa justa que la autorizara para dar por terminado su relación laboral con responsabilidad para éste por no estar autorizada por la ley, la doctrina o la jurisprudencia”

y agrega:

“la actora estuvo trabajando... y recibiendo su salario sin protestas de ninguna clase por un período superior a los ocho años. Si en algún momento de su larga prestación de servicios estimó que lo que se le pagaba no era lo justo y legal, nada le impedía solicitar a su patrón el reajuste a que creía tener derecho de acuerdo con las características de su labor y en caso de negativa injustificada de éste, haber dado por roto el contrato de trabajo”.

Resulta claro que la sentencia indica procedimientos que no están por ninguna parte indicados en la ley, con el propósito de justificar la tesis adoptada de que el reclamo no es procedente.

Puede considerarse que al proceder de esa manera, el juez actúa por estimar dichos requisitos como “rationales” o por considerar los razonamientos como una actitud justificativa de criterios personales sobre las partes en la relación de trabajo y los deberes de una para con la otra. Lo cierto es que, cualquiera que sea el criterio que se tenga sobre la justicia o injusticia de ese proceder, en forma alguna puede considerarse que el juez llega a él de una manera mecánica y con una simple aplicación de la ley, dado que lo

resuelto no se encuentra en forma alguna dispuesto en forma expresa por ella.⁽²⁹⁾

Creo que los casos mencionados en las distintas materias bastan para demostrar que los tribunales, al enfrentarse a situaciones no previstas o colocadas en las "zonas de penumbra" de ciertas normas jurídicas⁽³⁰⁾ o en las cuales su criterio personal no se conformaba con lo dispuesto por las normas taxativas, sintieron la necesidad de crear derecho, para expresar a través de ellos sus criterios ideológicos y abrir nuevos campos a la solución de conflictos por la vía judicial o agregar al sistema jurídico principios no expresados en la legislación.

Un simple conteo de las sentencias demuestra que, mientras los seis jueces que expresaron concebir su tarea como creadores de derecho o realizadores de la justicia estuvieron representados por sentencias que ponen en claro dicha tarea, no ocurrió lo mismo con los componentes de los otros dos grupos. De los seis jueces que contribieron el papel del juez como el simple cumplimiento de la ley, sólo un estuvo representado por tres sentencias que realizan esa concepción; tres de ellos lo fueron por una sentencia en la cual la ley se aplicó en forma rigurosa y por una sentencia en que revelaron una amplitud creativa, uno de ellos está representado por dos sentencias creativas y una estricta y el último, por cuatro sentencias de carácter amplio y una de determinación estricta. Por su parte, los cuatro jueces que propugnaron por un balance entre el cumplimiento de la ley y la justicia, tres están representados por sentencias que revelan un criterio amplio y uno, por dos sentencias de ese carácter y por una de aplicación estricta.

Los ejemplos estudiados son demasiado pocos para que con base en ellos pueda pensarse en afirmar que la mayoría de los jueces costarricenses tiene una conciencia clara del papel que les corresponde como creadores de derecho, en una sociedad cambiante,

²⁹⁾ Un estudio de algunas actitudes de la Corte Suprema de Justicia de Chile en relación con juicios de trabajo, arrendamientos urbanos, expropiaciones, derechos adquiridos, franquicias tributarias, defensa de las garantías individuales y juicios penales, dentro de la agitación política que ha vivido en los últimos años ese país, motivaron un artículo altamente polémico de Eduardo Novoa Monreal, publicado en el número 187 de la revista "Mensaje", correspondiente a marzo y abril de 1970, bajo el título "¿JUSTICIA DE CLASE?"

³⁰⁾ La expresión es de H. L. Hart, citada por FRIEDMAN, Wolfgang: *Law in a Changing Society* (Stevens, London, 1959), p. 32.

donde las normas legales no tienen solución para todos los problemas y admiten distintos criterios de adecuación al caso concreto, según sea la concepción que tengan de su papel y el afán personal de hacer justicia o limitarse a cumplir una función burocrática.

Bien pudiera ser que, al conocer el interés de los participantes en el seminario por fallos en los cuales se pudiera apreciar su función creadora, los jueces entrevistados hubieran tenido especial empeño en indicarles aquellas de sus opiniones que tuvieran ese carácter. Es igualmente posible que los estudiantes, después de leer varios fallos, escogieran para su presentación en el seminario, los que confirmaran la tesis del juez como creador de derecho. Podría igualmente ser que, pese a su formación dentro de una concepción mecanicista de su rol, los jueces se vieran obligados a comportarse en una forma distinta para hacerle frente a las necesidades prácticas de su función. Finalmente, una cuarta posibilidad es que los jueces, seres humanos al fin y al cabo,⁽³¹⁾ traten de vez en cuando de buscar una solución a los conflictos humanos, acorde con principios de equidad y de justicia.

Las hipótesis planteadas revelan que el estudio del proceso judicial, como toda actividad científica sobre el derecho, no puede limitarse a una simple descripción de lo dicho por las normas jurídicas. Es necesario ir al estudio del comportamiento que realizan los hombres al cumplir o hacer cumplir el derecho. En una forma que todavía debe ser objeto de un análisis más amplio y profundo, la imagen del juez como un autómatas aplicador del derecho es tan poco cierta en Costa Rica como lo es en otras latitudes. Y esto debe ser esclarecido en forma que demanda un gran esfuerzo de investigación.

Quiero agregar a las anteriores consideraciones, algunas sugerencias de estudio que resultan de la documentación recogida en mi seminario. Como ya dije, los resultados obtenidos serán comparados con los que resultan de la investigación que lleva a cabo el Lic. Oscar Arias sobre los representantes del Poder Público en Costa Rica, dentro del período 1948-1970, que incluye a los miembros de la Corte Suprema de Justicia durante ese tiempo.

⁽³¹⁾ FRANK, J.: *Courts on Trial*, Atheneum, New York, 1971, sexta edición, ps. 146-156.

1ª sugerencia: Los jueces costarricenses en su mayoría provienen de familias de la parte inferior de la clase media urbana.

En las entrevistas se preguntó a cada uno de los estudiados por la actividad ocupacional del padre. En mi opinión, dicho aspecto constituye un indicador de la clase social a que se pertenece, dado que las actividades que requieren la existencia de un alto capital de trabajo, son propias de la clase alta, las que hacen necesaria la posesión de un título universitario y las que suponen un grado medio de capitalización, de la parte superior de la clase media; las que revelan una condición de empleado público o privado de cuello blanco o una actividad que requiera poco capital, de la parte inferior de la clase media, y las de obrero o trabajador agrícola, de la clase baja. Aclaro igualmente que por "urbana" entiendo las actividades propias de la vida en ciudad, cualquiera que sea su tamaño y por "rural" las labores agrícolas.

De los dieciséis entrevistados, tres indicaron una ocupación que suponía un título universitario (abogado-dentista-ingeniero de minas); cinco mostraron la condición de "comerciante", que si se relaciona con el lugar de residencia de la familia hace suponer que se trata de labores desarrolladas en pequeña escala; cuatro indicaron la de empleado público (Alcalde de cantón menor-telegrafista-maestro) o privado (empleado de comercio), uno dio la condición de industrial y dos señalaron la de agricultor, pero con una diferencia, pues mientras uno se refirió a su origen campesino, el otro agregó la de empresario, sea dueño de propiedades. Tenemos una actividad que puede colocarse en la clase alta, el industrial; cuatro que caben dentro del estrato superior de la clase media costarricense, los tres profesionales y el agricultor empresario, este por residir en una cabecera de provincia. Frente a ellos, tenemos los cinco cuyos padres se dedicaban a actividades de comercio en escala cantonal, y los cuatro que eran burócratas, públicos o privados, para un total de nueve en actividades propias de la clase media inferior. Finalmente, tenemos al de origen campesino que debe ubicarse en la clase baja.

De acuerdo con la ubicación asignada a esas actividades tendríamos los siguientes porcentajes:

Clase alta	:	6%
Clase media	:	87%
Alta	:	25%
Baja	:	62%
Clase baja	:	6%

Si limitamos la información a los miembros de la Corte Suprema de Justicia en servicio a la fecha del estudio e incorporamos a ella al ex-Magistrado retirado, tenemos un total de ocho, con las siguientes proporciones:

Clase alta	:	12%
Clase media	:	77%
Alta	:	27%
Baja	:	50%
Clase baja	:	0%

Por otra parte, si tomamos la división entre actividades urbanas y rurales tenemos, en la muestra completa, catorce cuyos padres se dedicaban a labores urbanas y dos a actividades rurales, sea

ocupaciones urbanas:	87%
ocupaciones rurales:	13%

Reducida la muestra a los ocho Magistrados tendríamos que para ellos siete corresponderían a labores urbanas y uno a ocupaciones rurales, sean

ocupaciones urbanas:	88%
ocupaciones rurales:	12%

La investigación realizada por Oscar Arias Sánchez está referida a los titulares del poder formal en Costa Rica en el período 1948-1970, sea a las personas que durante ese período ocuparon los cargos de Presidente de la República, Ministros de Gobierno, Diputados a la Asamblea Legislativa y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia. El total de éstos últimos fue de 36, de los cuales seis no contestaron el cuestionario.

Sobre origen social de los Magistrados se utilizaron cuatro variables: clase social del padre, nivel de educación del padre, condición económica del padre y número de hermanos. Esta última no me parece adecuada, dado que, en Costa Rica, el número de miem-

bros de la familia no siempre guarda relación con la condición social de las personas.

De los treinta Magistrados que contestaron la encuesta, cuatro contestaron que sus padres habían muerto, que su padre no pertenecía a ninguna clase o que ellos creían en la no existencia de clases sociales. Hay pues un total de veintitrés respuestas.

Sobre la clase social, 5 manifestaron que su padre pertenecía a la clase trabajadora, 15 que era de la clase media alta y 2 de la clase media baja, cuatro que de la clase alta y 4 dieron respuestas que deben tenerse como negativas a la identificación. Tenemos entonces los siguientes porcentajes:

Clase trabajadora	:	16.6%
Clase media	:	56.6%
Baja	:	6.6%
Alta	:	50.0%
Clase alta	:	13.3%
No responden	:	13.3%

La encuesta del Lic. Arias señaló tres posibilidades de respuesta sobre condición económica del padre: estrecha, mediana y acomodada. Las respuestas indicaron que 3 consideraron que su padre tuvo una condición estrecha, 11 que mediana y 12 que acomodada. Los porcentajes serían entonces:

Situación estrecha	:	10.0%
Situación mediana	:	36.7%
Situación acomodada	:	40.0%

Con respecto al nivel de educación, resultó que 11 padres de los encuestados sólo habían terminado la escuela primaria, 6 el cuarto año de secundaria, 2 el bachillerato, 1 ingresó a la Universidad pero no terminó la carrera y 10 tenían títulos universitarios, lo que en porcentajes da el siguiente resultado:

No ingresó a la escuela	:	0:0%
Terminó Primaria	:	36:6%
Terminó IV año de secundaria	:	20:0%
Bachillerato	:	6:6%
Ingresó Universidad	:	
sin terminar	:	3:3%
Graduados Universitarios	:	33:3%

Finalmente, por su ocupación, 6 de los padres eran abogados independientes, 1 un alto funcionario judicial (Juez o Secretario de la Corte, lo que supone que también era abogado), 1 médico independiente, 1 ingeniero civil, 1 de otra profesión de rango universitario, para un total de 10 profesionales. De los restantes, 6 eran empresarios agrícolas, grandes o pequeños, y cuatro empresarios comerciales, con el mismo criterio, para un total de 10 empresarios; 4 eran funcionarios de mediana o baja categoría, 4 obreros calificados, 1 maestro y 1 industrial.

Tenemos entonces los siguientes porcentajes:

Profesionales	:	33.3%
Empresarios	:	33.3%
Funcionarios	:	13.3%
Obreros	:	13.3%
Industrial	:	3.3%
Maestro	:	3.3%

Pueden verse algunas inconsecuencias sobre la apreciación realizada por los entrevistados respecto a la condición económica de sus padres, su ubicación dentro de una determinada clase social y su nivel educacional; v.g. el porcentaje de los que se estima pertenecían a la clase trabajadora, no coincide con los de condición económica estrecha, con los de nivel de terminación de estudios primarios ni con los que trabajaban como obreros. Igual sucede a los otros niveles. Parte de esas diferencias pueden ser resultado de apreciaciones de índole subjetivo, dados los límites de percepción que tiene toda persona sobre la condición de sus padres. Parte del problema puede surgir de la terminología empleada: las expresiones sobre condición económica, "estrecha", "mediana" y "acomodada", no permiten una diferenciación muy clara entre las dos últimas, como para saber cuál correspondería a ingresos de clase baja, media o alta. Igual sucede con la inclusión de los empresarios agrícolas y de los empresarios comerciales, grandes y pequeños, en una sola categoría cada uno de ellos. Sin embargo, si tomamos las variables de educación y ocupación del padre dentro del criterio dado con anterioridad de que las profesiones de nivel universitario corresponden a la clase media alta, vemos que coinciden en líneas generales con la ubicación dada por los entrevistados a su padre, en el más alto porcentaje, dentro de la clase media, y dentro de ésta, en la parte alta de ella.

Me parece entonces que el universo utilizado por el Lic. Arias —las personas elegidas a la magistratura en el período 1948-1970— revela una condición económica de los padres superior a la muestra de jueces entrevistados en el seminario. Sin embargo, esa diferencia es apenas la que va de clase media alta (estudio Arias) a clase media baja (muestra del seminario). Por lo tanto, la sugerencia original debería quedar modificada para señalar el predominio de origen de clase media de los jueces costarricenses, con diferencias sobre nivel dentro de ésta.

Con base en el mismo estudio de Arias es posible hacer la comparación entre la clase social a que consideran pertenecer los Magistrados y los abogados que han sido miembros de los otros poderes del Estado con el siguiente resultado:

Poder Ejecutivo:	Clase alta	Clase media
Porcentaje	35.0%	52.5%
Absolutos	14	21
Poder Legislativo:	Clase alta	Clase media
Porcentaje	26.7%	57.5%
Absolutos	32	69
Judicial:		
Porcentaje	13.7%	83.3%
Absolutos	4	25

Como puede verse, el número de miembros de la clase media es mucho más elevado en los Magistrados que en los abogados que han ocupado los cargos de Presidente, Ministro o Diputado.

Ello se confirma con los datos referentes al origen social del padre que para los otros dos poderes nos dan:

1ª Variable: Clase social del Padre:

	Poder Ejecutivo		Poder Legislativo	
	Absolutos	Porcentaje	Absolutos	Porcentaje
Clase trabajadora	1	2.5%	7	5.8%
Clase media	23	57.5%	64	53.3%
Clase alta	13	32.5%	30	25.0%

2ª Variable: Condición económica del Padre:

Estrecha	2	5.0%	8	6.7%
Mediana	18	45.0%	52	43.3%
Acomodada	19	47.5%	55	45.8%

3ª Variable: Nivel de educación del Padre:

No ingresó a la escuela	0		0	
Cursó primaria	6	15.0%	28	23.3%
Cuarto año secundaria	14	35.0%	36	30.0%
Graduado secundaria	3	7.5%	8	6.7%
Estudios Univ. parciales	2	5.0%	7	5.8%
Graduados Univ.	15	37.5%	35	29.2%

La comparación de esos números con los de los Magistrados indican claramente la circunstancia de proceder ellos de estratos sociales inferiores.

En un estudio realizado por Ronald Scheman en Brasil,⁽³²⁾ uno de los pocos llevados a cabo sobre la condición social de los jueces en América Latina, encontramos que un 17% de los jueces estudiados provenían de clase alta, un 62% tenían su origen en la clase media y un 4% habían nacido en familias de clase baja. En esa encuesta, la ubicación se hizo por los propios interesados, al contestar el cuestionario que les preguntaba sobre el estrato social al que consideraban pertenecer por su origen. En las conclusiones de dicho estudio se lee:

“pese a que la clase media no es extensa en el Brasil, la magistratura es una institución preponderantemente de clase media, que tiene sólidas ligas con los niveles superiores de la antigua jerarquía social, y una ligera pero creciente representación de la clase media que ha surgido en épocas recientes”.⁽³³⁾

Si los números obtenidos en el seminario mío de 1970 pudieran confirmarse para el universo de los jueces de Costa Rica, y asimismo se confirmara la generalizada creencia del excesivo con-

(32) Revista Jurídica Interamericana, Volumen IV, 1962, “El Origen Social y Económico de los Jueces Brasileños”, ps. 81-82.

(33) Ibid., 92.

servadurismo e interpretación estricta de la ley, que no se evidenció en los ejemplos seleccionados para el seminario, es posible que lo uno podría constituir una explicación de lo otro. Al constituir la carrera judicial un vehículo de movilidad social, dentro de la clase media, que le permite a personas del estrato inferior ascender en la escala de salarios y en la consideración de su semejanza, es de suponer en ellos una actitud de mayor valoración de las ventajas obtenidas por el propio esfuerzo, que en aquellos a quienes los adquirió por nacimiento como por haber llegado a ellos con menor esfuerzo. La observación de ese fenómeno es tan universal que Aristóteles, utilizando conceptos de Platón en "La República"⁽³⁴⁾ nos dice en su *Ética a Nicomaco*:

"Generalmente el hombre es más generoso, cuando no es el mismo el que ha adquirido la fortuna que posee, sino que la ha recibido de otros por herencia"⁽³⁵⁾

Por otra parte, que, en una sociedad donde es innegable la existencia de jerarquías sociales que no por disimuladas son menos reales, la composición de los estratos superiores del Poder Judicial sea diferente a los del Poder Ejecutivo y Legislativo, pareciera indicar un menor prestigio social de la Magistratura frente a las posiciones de Diputado o Ministro, que vienen a constituir sus equivalentes dentro de los otros Poderes del Estado. En estos otros, el predominio de los componentes que en ellas han tenido los miembros de determinadas familias ha llevado a Samuel Stone a hablar de una "clase política"⁽³⁶⁾, mientras que no parece ser igual la situación que ocurre en el Poder Judicial. Es innegable que un estudio sobre la relación de esas variables habrá de iluminar en mucho la comprensión de los procesos y actitudes de los jueces costarricenses.

Resulta por ello interesante no sólo examinar el origen social de los jueces en Costa Rica sino compararlo con el que se da en otras naciones como los Estados Unidos de América, donde el juez

(34) Libro I.

(35) Libro IV, Capítulo I, "De la Liberalidad".

(36) Revista de Ciencias Jurídicas, Nº 13, junio 1969, "Los Cafetaleros" ps. 167-217; y Nº 17, junio, 1971, "Algunos Aspectos de la Distribución del Poder Político en Costa Rica" ps. 105-13; y Suplemento al Nº 17 de la Revista de Ciencias Jurídicas.

constituye el centro de la vida del derecho, "un héroe cultural", como lo llama John Henry Merryman.⁽³⁷⁾ En la literatura sociológica, política y jurídica norteamericana nos encontramos con bastantes estudios y con afirmaciones como la hecha por Robert Carr, según el cual "es enteramente posible que un cuidadoso examen de las personalidades y el origen social y económico de los ochenta hombres que han servido en la Corte Suprema podría probar ser un enfoque tan realista y valioso para explicar la Constitución de los Estados Unidos como el enfoque más corriente de las escuelas de derecho que ponen tanto énfasis en el estudio de los casos, la regla de *stare decisis* y de los principios jurídicos fijos".⁽³⁸⁾ John R. Schmidhauser, quien se refiere a los miembros de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos y considera que "la ocupación paterna ha sido aceptada como el más confiable indicador para determinar el origen social"⁽³⁹⁾ nos da las siguientes cifras sobre origen social de los miembros de la Corte Suprema:

"A través de toda la historia de la Corte Suprema, sólo un puñado de ellos fueron de un origen esencialmente humilde. Nueve individuos, seleccionados en períodos ampliamente separados comprenden el total. Los restantes ochenta y dos (90%), no sólo fueron de familias en circunstancias económicas confortables sino escogidos de manera preponderante de las clases altas con prestigio social e influencia política durante el final del siglo XVIII y principios del siglo XIX, y de la parte superior de la clase media con formación profesional, a partir de entonces. Un gran número de magistrados (54 que representan 59% del total) previno de familias activas políticamente. Las familias políticamente activas eran esencialmente aquéllas que tenían una situación social alta (99% de la actividad política estaba concentrada en familias de alto nivel social)"⁽⁴⁰⁾

En un estudio similar de Robert Heiberg, que sigue los planteamientos del realizado por Schmidhauser, pero refiriéndolos a los Magistrados de la Corte Suprema del Estado de Minnesota, encontramos una situación parecida. Para el último período de aqué-

(37) Ver supra Nº 27, p. 35 de la obra original, p. 66 de la traducción al español.

(38) Citado por John R. Schmidhauser en "The Justices of the Supreme Court". A Collective Portrait", Midwest Journal of Political Science, Volume III, número 1, febrero 1959, p. 1-2.

(39) Ibid, p. 6.

(40) Ibid, ps. 6-7.

llos los que divide la existencia de esa Corte, 1931-1968, de 60, un total de 33 (55.0%) provenían de grupos sociales de alto nivel (Comerciantes, industriales, banqueros, agricultores ricos, profesionales), los padres de 22 (36.7%) tenían una ocupación social humilde y los de 5 (8.3%) habían sido de ocupación desconocida.⁽⁴¹⁾

Pareciera por ellos existir una relación entre el prestigio social de la posición de juez y el nivel social del que provienen sus ocupantes.

2ª sugerencia. La mayoría de los jueces costarricenses proviene de cabeceras de provincia:

Si examinamos el lugar de nacimiento de los jueces entrevistados encontramos que nueve nacieron en ciudades cabeceras de provincia, cinco en la ciudad de San José o en zonas que actualmente se encuentran incorporadas a esa ciudad, y dos en cabeceras de cantón.

La situación es similar si las referimos a los miembros de la Corte Suprema incluidos en la muestra, dado que de ellos, cinco son nacidos en cabeceras de provincia, tres en San José y uno en la cabecera de un cantón menor.

En el estudio del Lic. Arias, el número de los nacidos en la ciudad de San José es 13, los nacidos en las otras cabeceras de provincia son también 13, hay 2 nacidos en cabeceras de cantón, sea en distritos rurales con características urbanas, 1 en un distrito rural y 1 en el extranjero. Tenemos entonces los siguientes porcentajes de comparación:

	Seminario	Estudio Arias
Ciudad capital	31.2	43.3
Cabeceras Provincia	56.3	43.3
Ciudades menores	12.5	6.6
Rurales	—	3.3
Extranjero	—	3.3

En ambos casos, el porcentaje proveniente de las ciudades cabeceras de provincia es muy elevado, si se compara con un estu-

(41) "Social Background of the Minnesota Supreme Court Justices", Minnesota Law Review. Volume LIII, 1968-1969, p. 910.

dio hecho en 1968 por Marco Vinicio Tristán y Ernesto Morales de acuerdo con el cual el 78% de los estudiantes de Derecho resultaron ser procedentes de la ciudad capital.⁽⁴²⁾

Estudios similares hechos con relación al total de estudiantes de la Universidad de Costa Rica señalan que más de un 50% de ellos provienen del Area Metropolitana.⁽⁴³⁾

La situación presenta algunas diferencias con la que se da en los jueces brasileños en el estudio de Schemen, quien nos dice:

"En grado pronunciado la judicatura es una carrera más atractiva para los hombres jóvenes nacidos en el interior del Estado en comparación con las ciudades capitales. El 75% de las personas que respondieron al cuestionario indica que su origen se encuentra en el interior de los Estados, pauta uniforme para todas las regiones geográficas".⁽⁴⁴⁾

Por otra parte, nos encontramos con que, según nos dice José Juan Toharia, "tanto en Italia como en España los jueces parecen provenir, de modo claramente mayoritario de las zonas rurales más atrasadas". Cita Toharia a Giuseppe di Federico, según el cual, en Italia, el 60% de los jueces en ejercicio en 1968 provenían del sur y de las islas, sea de las zonas más deprimidas económicamente, y agrega que en España, Madrid en 1960, sólo el 15.85% de los jueces existentes provenían de Madrid, Barcelona, Vizcaya y Guipuzcua, las cuatro provincias de mayor desarrollo industrial y menor actividad agrícola, pese a que ellas tenían el 21.88% de la población. En cambio, las provincias con un porcentaje de más de un cincuenta por ciento de actividad agrícola tenían un 52.28% de los jueces, mientras su población era un 30.30% del total.⁽⁴⁵⁾

Esa comparación podría servir para dos explicaciones: una reconocería que si bien los jueces costarricenses provienen en un número más alto de centros de población de segunda importancia, no se encuentran en igual condición de origen que los de Brasil,

(42) Encuesta de Trabajo, 1968. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

(43) Estadística Universitaria, 1968-1969. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, 1972.

(44) SCHEMEN, op. cit., p. 77.

(45) TOHARIA, José Juan: Cambio Social y Vida Jurídica en España 1900-1970. Tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, por publicar. pp. 178-179 de la versión en mimeógrafo, obtenido por cortesía del autor.

Italia o España, donde vienen de las regiones de menor desarrollo. En Costa Rica, al darse su origen en las zonas colocadas en segundo plano tan sólo a la ciudad capital, ello les daría una ubicación más cercana a las áreas de mayor desarrollo.

Pero dicha explicación tiene un obstáculo, cual es el de que la educación universitaria en Costa Rica no llega sino muy ocasionalmente a las personas provenientes de sectores rurales. Dado el requerimiento del título de abogado para los puestos de juez y admitiéndose sólo en los casos de inopia, que dichos cargos puedan ser servidos por quien carece de él, resulta casi imposible pensar que pueda presentarse un alto número de personas de origen rural en la judicatura. Podría entonces considerarse que, de acuerdo con la composición de los miembros de la profesión legal en Costa Rica, que en su casi totalidad está formada por personas provenientes del Área Metropolitana y de las ciudades cabeceras de provincia, se dedican a la Judicatura los que proceden de estas últimas.

Lo que no hay duda es que si relacionamos dichas circunstancias con la tesis de la judicatura como vehículo de movilidad social y la de menor prestigio de ésta con otras funciones del Estado, un estudio de profundidad podría encontrar una serie grande de aspectos de importancia para la comprensión del medio social original como factor influyente en las concepciones de los jueces de su papel social.

3ª Sugerencia: La judicatura constituye en Costa Rica una verdadera carrera, a la cual se ingresa muy temprano en la vida y a la cual se dedica el funcionario de manera permanente.

Doce de los jueces entrevistados por los estudiantes de mi seminario (75%) iniciaron su carrera judicial antes de haber terminado sus estudios de Derecho, ocupando posiciones de empleados de los tribunales, posiblemente con uso de la autorización contenida en la Ley Orgánica del Poder Judicial para que uno de los empleados de cada tribunal pueda ser estudiante de Derecho. Tres de ellos (18%) comenzaron su carrera judicial después de graduarse, uno de ellos (6%) no había estudiado Derecho sino que llegó a ser Alcalde de un cantón menor por nombramiento en funcionario o no letrado, al no existir candidatos al cargo que tuvieran la condición de profesionales.

Únicamente dos de los jueces salieron del Poder Judicial después de haberse iniciado en esa carrera y ejercieron la profesión de abogado. Uno de ellos lo hizo por espacio de veinte años y el otro durante seis años. Dos de los jueces (uno de los cuales está comprendido en la situación anterior) sirvieron por un período de pocos años en la Procuraduría General de la República. Fuera de ellos, ninguno de los otros había llevado a cabo actividad ocupacional distinta a la carrera judicial. Es así cómo seis de ellos habían servido en el Poder Judicial por más de treinta años, cinco entre veinte y treinta años, tres entre diez y veinte años y dos de ellos por menos de diez años.

Todo ello ocurre pese a que, según lo dispone la Ley Orgánica del Poder Judicial, los jueces y alcaldes son elegidos por períodos de cuatro años y los Magistrados de la Corte Suprema lo son por períodos de ocho años. Ocurre ello también en un país donde la burocracia de la Administración Pública no comenzó a adquirir una institucionalización sino en 1953, al aprobarse la Ley N° 1581 de 30 de mayo, que estableció el servicio civil y sólo para los funcionarios del Poder Ejecutivo. Con anterioridad a esa fecha esa burocracia estaba regida por el principio del "botín político", que todavía mantiene vigencia en ciertas ramas de la Administración Pública.⁽⁴⁶⁾ Pese a que los funcionarios del Poder Judicial no se encuentran cubiertos por el sistema de servicio social, pareciera que en realidad, adquirió un grado de institucionalización muy alto, con anterioridad a otras ramas del servicio público. La circunstancia de que en 1948, después del movimiento revolucionario triunfante que tuvo lugar en ese año, se destituyera a la Corte Suprema de Justicia, pareciera no haber afectado el proceso de institucionalización de la burocracia judicial.

Pareciera entonces cierta, para nuestro país, la descripción de los jueces de los países que pertenecen al sistema jurídico continental europeo hace John Henry Merryman, cuando dice:

"... en el mundo del sistema jurídico continental europeo, un juez es... un servidor público, un funcionario. Aunque existen variantes muy importantes, la pauta general es como sigue: la carrera de juez es una de las varias posibilidades que tiene un estu-

(46) GARITA, Luis: *Análisis de la Burocracia en Costa Rica y su capacitación*. Tesis de grado, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1972, ps. 1-18.

dianter que se gradúa en la escuela de derecho de una universidad. Poco después de su graduación si quiere seguir la carrera de juez, tendrá que sustentar un examen oficial para aspirantes a jueces y si tiene éxito será designado como asistente de juez. Poco tiempo después, estará fungiendo como juez en un puesto inferior en la jerarquía de los tribunales. A su tiempo ascenderá en la escala según su capacidad y su experiencia práctica. Le aumentarán el sueldo según escalas pre-establecidas y pertenecerá a una organización de jueces que tiene como objetivo principal la mejora de los sueldos, condiciones de trabajo e inamovilidad judiciales.

“El ingreso a la carrera judicial sin empezar desde abajo es raro. Aunque esté prevista en algunas jurisdicciones del sistema jurídico continental la designación de abogados distinguidos o profesores, a los altos tribunales, la gran mayoría de los puestos judiciales, incluso los de más alto nivel, se llenan de entre las filas de los jueces profesionales”.⁽⁴⁷⁾

Si eliminamos la organización de jueces, que en Costa Rica no existe, y, en lugar del examen de ingreso colocamos el concurso de antecedentes que se lleva a cabo cada vez que ocurre una vacante, los resultados obtenidos de la muestra parecieran confirmar esa descripción. Ella es válida aún para los miembros de la Corte Suprema, dado que sólo dos de los componentes de ella que encontramos en la muestra, llegaron a Magistrados sin que fueran jueces en ejercicio, aunque ambos lo habían sido en el pasado. Como queda dicho, sin embargo, en los últimos años esta última política pareciera haber sido variada por la Asamblea Legislativa.

El grado de institucionalización burocrática que posee el sistema judicial costarricense queda expresado en la muy indicativa circunstancia de que, en aquellos casos en que los entrevistados eran jueces de rango inferior, fue manifiesta la preocupación que sentían por lo ocurrido a los fallos que fueron dados como ejemplo, cuando fueron conocidos por un superior.

Ejemplo de dicha preocupación es un juez que reveló que mantenía una estadística personal del criterio de los tribunales superiores respecto a sus fallos, según la cual tenía un promedio de 90 a 95% de confirmaciones. Otro señaló con satisfacción que todas

(47) Ver supra nota 27, p. 36 en la obra original, p. 68 de la traducción.

las sentencias dadas en su primer año como juez sólo una le fue revocada; un tercero afirmó su preocupación porque “los Superiores” pudieran corregirlo y revocar su criterio; un cuarto, ya Magistrado puso énfasis en su independencia de criterio, diciendo que nunca le había preocupado que le confirmaran o revocaran sus sentencias, cuando era juez de primera instancia. Tres de los jueces, al indicar al entrevistador las sentencias ejemplo de su desempeño en la carrera, incluyeron en la historia lo ocurrido en el tribunal de segunda instancia o en la Sala de Casación. Si se piensa que el aspecto de confirmatoria o revocatoria de la sentencia no se encontraba en las preguntas, el hecho de que siete de dieciséis, casi un 44%, haya orientado la entrevista a ese punto adquiere una gran significación, cuando se relaciona con el hecho de que “Los Superiores”, sea los componentes de la Corte Suprema de Justicia no sólo conocen de los fallos en alzada sino que además tienen la facultad de nombrar o revocar el nombramiento.

Dado ese grado de institucionalización cabría finalmente preguntarse en qué medida la identidad creada entre los jueces al sentirse pertenecer a una organización influye en sus fallos.

Stanford, California, julio 1972 *

* El presente artículo fue escrito mientras trabajaba en la Escuela de Derecho de la Universidad de Stanford en el diseño de un estudio sobre Derecho y Desarrollo. El ambiente académico, la excelencia de las bibliotecas y la oportunidad de concentración en la tarea investigativa hicieron posible, entre otras actividades, la redacción de este artículo con fundamento en el material recogido antes. Conste mi agradecimiento a todos los que hicieron posible esta tarea.

EL MUNDO ROMANO Y SU INFLUENCIA EN EUROPA

SEGÚN ORTEGA Y GASSET

ROSITA GIBERSTEIN DE MAYER

SUMARIO:

Herencia romana de Europa: organización de sus instituciones según el derecho y la ley. El derecho romano como base del derecho europeo. Julio César y los antecedentes del Estado Moderno. Desarrollo del cristianismo en Roma que llegará a ser guía de Europa. Trasmisión a Europa del Concepto de "legitimidad" basado sobre la creencia que el que gobierna lo hace por la gracia de Dios. Grecia y Roma son los dos pilares sobre los que se apoya culturalmente Europa.

La historia del Imperio Romano es ya el primer extracto de la historia de Europa y no sólo un precedente como la historia de la República o la historia de Grecia.⁽¹⁾

La originalidad de la cultura romana siempre atrajo a José Ortega y Gasset. Antes del año 1914, Ortega cree sin embargo, ver en el pueblo romano poca iniciativa creadora e incluso poca inteligencia. Considera incluso que hasta el derecho lo importó Roma de Grecia. Pero en 1914 cuando Ortega vuelve a examinar la cultura griega con un espíritu más crítico y maduro y comienza a hacer objeciones a su filosofía porque la considera limitadora de la vida, y muchas veces en contradicción con sus propias ideas, histórico-raciovitalistas que a partir de esta fecha comienzan a perfilarse. Su valoración de Roma se hace cada vez más positiva. Y entonces Ortega reconocerá lo que Roma legó a las naciones europeas: sentido del mando y poder organizador que los griegos no tuvieron.

En el estudio que hará Ortega sobre el mundo Romano se pueden distinguir claramente dos aspectos. Por una parte la valoración funcional, es decir el darle importancia a algunos aspectos que considera fundamentales desde un punto de vista aunque estos mismos aspectos sean despreciables si los analizamos desde otros puntos de vista. Y por otra parte la simpatía o antipatía que algunas de sus creaciones despiertan cambiando así la valoración.

Sin embargo conforme Ortega penetra más profundamente en la historia de Roma y conforme su espíritu se hace más científico, este segundo aspecto va relegado a segundo plano y la objetividad reemplaza la simpatía y la antipatía.

Siguiendo las líneas generales del pensamiento orteguiano sobre Roma, y su historia analizaremos a continuación a grandes rasgos lo que fue Roma en el mundo antiguo y lo que su apogeo de antaño significó y significa aún para Europa, porque el pasado nunca muere completamente para el hombre. El hombre, en este caso el europeo, bien puede olvidarlo momentáneamente, pero quiera o no lo guarda siempre en sí. Si quiere darse la molestia de conocerse y descende al fondo de su alma encontrará allí las diferentes épocas de la humanidad que lo formaron y lo que cada una de ellas dejó en él.

(1) Ortega y Gasset, VI Vol. pág. 53.

Origen de Roma

a) En sus orígenes encontramos una leyenda, la de Eneas y un libro que exalta a este personaje: La Eneida. Ya Homero nos hablaba de Eneas, venerado como un dios por el pueblo y uno de los preferidos de Júpiter, Virgilio lo consideraba como el salvador de los dioses troyanos. El tema eje de la Eneida es precisamente el transplante de los dioses de Troya a Roma.

Fustel de Coulanges al referirse a Eneas nos dirá "... que no se trata de un guerrero o de un héroe romano. El poeta nos muestra a un sacerdote. Eneas es jefe del culto religioso, hombre sagrado, el divino fundador cuya misión es salvar a los dioses Penates de la ciudad... su cualidad dominante debe ser la piedra y el epíteto que el poeta le aplica es el que más le conviene. Su virtud debe ser una fría impersonalidad que haga de él, no un hombre sino un instrumento de los dioses... —y unas líneas más abajo refiriéndose al sueño de Eneas, punto de partida de la leyenda, continúa diciendo Fustel de Coulanges— Héctor se le aparece en sueño, "Troya —le dice—, te confía sus dioses, busca una ciudad..." "este sueño no es un ornamento situado allí por la fantasía del poeta. Es al contrario el fundamento sobre el que apoya, el poema entero, ya que es por él lo que Eneas se convierte en el depositario de los dioses de la ciudad y es por ese sueño que la santa misión le es confiada".⁽²⁾

Sería muy tentador entretenerse más con la leyenda de Eneas así como referirnos también a otra leyenda que también se refiere a la fundación de Roma; la de Rómulo y Remo, pero el tema de nuestro trabajo no nos lo permite y nos vemos obligados insinuar tan sólo las fuentes de los orígenes de Roma.

En la vida del pueblo romano, ya sea por la influencia de la leyenda de Eneas o por la herencia del mundo griego, lo más probable es que sea por las dos cosas a la vez, el acto religioso es de una importancia capital, la religión el culto a los dioses regulaba la vida en todos sus dominios. El calendario mismo establecido por los sacerdotes de la ciudad era una sucesión de fiestas religiosas. En sus inicios, Roma es un pueblo de agricultores donde las normas de sembrar y recoger los frutos están íntimamente liga-

(2) Ortega y Gasset, VI Vol. pág. 53.

dos a los actos piadosos, ya que . . . habrá impiedad en ofrecer a los dioses una libación con vino de una viña mal tallada".⁽³⁾ Roma en sus inicios dirá Ortega y Gasset "... es un pueblo de campesinos guerreros. Combaten para ganar tierras sus dotes geniales de mando y batalla dan frutos tan superlativos que pronto campos conquistados exceden a las fuerzas para labrarlos".⁽⁴⁾

Ahora bien, estos campesinos guerreros impregnados de un profundo sentimiento religioso crean su primera autoridad estable y con ellos un poder permanente representado en la figura del director de los ritos religiosos. Este recibe el nombre de *rex*, que quería decir rector de las ceremonias sagradas.

Aquí tenemos ya establecida aunque en forma imprecisa la realeza romana. Esta especie de sumo sacerdote tiene múltiples funciones: es al mismo tiempo juez, legislador, general de ejército y padre espiritual del pueblo. El *rex* es lo que es, porque tiene derecho. El pueblo cree que lo tiene porque así lo han querido los dioses que además lo han honrado, así como también a su familia de poseer una sangre especial que da eficacia a los ritos. Es así como el título del rey desde su origen es legítimo porque proviene de la gracia de los dioses. Es así como nace el concepto de la **legitimidad**, ligado desde sus orígenes al concepto de la monarquía. Esa legitimidad prototipo pasará luego al mundo europeo donde el rey es rey por la gracia de Dios. La venerable y mística institución de la realeza se infiltra en la cultura europea y determina casi toda su historia aunque se vaya perdiendo lentamente el carácter místico y religioso de la misma.

Será el cristianismo que florece en Roma quien tomará en sus manos la guía religiosa de los pueblos dejando al rey la tarea de legislar.

La monarquía romana pronto hará crisis y será sustituida por la República. Cerca de los latinos en un lugar llamado Etruria y también Toscana vivían los Etruscos que probablemente procedían del Asia Menor. Dominan a los latinos y fuerzan . . . a algunas de sus tribus a que se reuniesen formando una ciudad a la

(3) Coulanges, Fustel (de), *Ibidem* pág. 184.

(4) Ortega y Gasset, II Vol. pág. 538.

cual dieron el nombre de Roma que es vocablo etrusco.⁽⁵⁾ Fustel de Coulanges, considerado como uno de los especialistas autorizados de la Historia Romana nos dice al hablar de los orígenes de la palabra Roma, lo siguiente: Según unos Roma era una palabra troyana, según otros, una palabra griega; hay razones para creerla latina pero algunos antiguos la creían etrusca.⁽⁶⁾ Sea cual sea el origen del término, el pueblo latino es invadido por los Etruscos y los reyes latinos de las diferentes tribus son sustituidos por un rey etrusco. El pueblo romano reconoce su legitimidad por considerarla de origen divino. Estos reyes extranjeros abusaron en forma tiránica de sus derechos y los romanos terminaron por expulsarlos. Pero el odio inextinguible que a partir de ese momento sintieron por la Monarquía hizo que implantaran lo que se ha llamado **La República** que representa la segunda gran etapa del Estado Romano.

b) La República Romana

La república, establecida en 500 a.c. elimina solamente a los reyes pero sigue casi idéntica a la monarquía. Su innovación consiste en dividir la institución en dos. La república romana desde sus primeros años tuvo dos cónsules que ejercían las funciones del antiguo rey, aunque tuvieron que contar para establecer las leyes primero con el senado y luego con el pueblo. Es posible que esto se haya debido a que hubo largas y sangrientas luchas para desembarazarse de los etruscos y para ello fue necesario el concurso de todos los varones de Roma cualquiera que fuera su clase social. De ahí la palabra **Populus** que designaba a los hombres que componían el ejército. De la palabra *populus* se originó luego el vocablo *publicus*. Es así como los senadores se ven obligados a hacer concesiones al *populus* y es así como más tarde el Estado romano tomará la forma de *Senatus Populusque* de donde saldrán los reyes que regirán la vida romana.

A pesar de todo dirá Ortega "... no se atrevieron a romper radicalmente con la legitimidad de la realeza. Lo hubieran sentido como sacrilegio y tuvieron que conservarlo por lo menos en su lado religioso creando el *rex sacrorum* encargado de esta relación

(5) Dujone León, La concepción de la Historia en la obra de Ortega y Gasset. Col. Rueda Filológica Buenos Aires, 1968, pág. 155.

(6) Coulanges, Fustel (de), *Ibidem*. pág. 426.

más inmediata del pueblo con los dioses. Pero a la vez temerosos de que en ella pudiera rebrotar la odiada monarquía, estatuyeron que el *rex sacrorum* no pudiese jamás ocupar cargo alguno político o militar, lo que hizo siempre difícil hallar personas dispuestas a semejante renuncia". En realidad este *rex sacrorum* no era sino el resultado de la nostalgia que siempre tuvieron los romanos por sus antiguos reyes. Esta nostalgia no impidió al romano considerar ahora el senado como el representante de la legitimidad ya que el senado así como antes el rey lo era por la gracia de Dios, "... el pueblo romano creía en el derecho trascendente, como sobrehumano, del senado a ejercer su autoridad".⁽⁷⁾

La legitimidad romana, es decir, esta creencia compacta que tiene el latino de que los que ejercen el poder están autorizados para ello por Dios y por su sangre, es considerado por Ortega como segunda y deficiente, en el momento en que el senado se ve obligado a permitir que el *populus* intervenga en sus legislaciones.

La línea divisoria en la historia romana es para Ortega la victoria sobre Cartago en el año 204 a. de C. La considera como decisiva porque representará el paso de la legitimidad a la ilegitimidad y poco después de ella comenzará el notorio cansancio y el progresivo envilecimiento del hombre latino y por lo tanto de su cultura. La vida de Roma cambia después de las guerras púnicas.

La vida del romano había estado apoyado hasta entonces, hasta Escipión el Africano, vencedor de Aníbal, en la disciplina y en el cumplimiento de las leyes. El hecho de ganar batallas no despertaba en el general victorioso pretensiones de tener más derechos que los demás habitantes de la *civitas* y después de ganar batallas solían integrarse de nuevo en el cuerpo social al que pertenecían. En el momento en que el romano pide para sí prerrogativas diferentes a las de los demás y agregando a ello el hecho de que la legitimidad del antiguo senado por estar ahora también en manos del *populus* no es ya la creencia casi religiosa de que el senado gobierna por gracia de Dios, la legitimidad se resquebraja y se desvanece. El proceso de la pérdida de la legitimidad fue lento". Se le quebrantó, se la fue triturando día por día desde

(7) Ortega y Gasset. IX Vol. pág. 115.

el año 200, tal vez desde 225, que es cuando Roma conquista a Grecia y el contacto con aquellas más antiguas y mucho más ricas e inquietas vida y cultura inicia la desintegración del bloque compacto que era la creencia total común romana"⁽⁸⁾ Ortega no critica la intervención del *populus* en la vida del senado su cristianismo, no tiene que ver con la nobleza de sangre sino con la del espíritu. Si la intervención del *populus* fue entre otras cosas el motivo del derrumbe de la legitimidad romana eso se debió a la creencia religiosa del romano que el poder viene de Dios.

Al hablarnos de la república nos dirá al contrario que "Ella representa los siglos céntricos, normales y ejemplares de Roma, lo cual no quiere decir tranquilos... la forma de gobierno romano, ese reparto de poderes, de soberanía entre los cónsules el senado y el *populus* ha sido la excepción, una de las más sólidas que nunca han existido."⁽⁹⁾

Para tener una representación aunque sea muy a grandes rasgos de lo que fue Roma falta que nos refiramos aún a la gran figura de César, la mayor fantasía de la antigüedad dirá Ortega.

Julio César y su Ideal Político

César fue sin lugar a dudas el mejor político que tuvo Roma, que supo ver con claridad en uno de los momentos de mayor confusión que ha vivido la cultura latina. Sin embargo, no fue entendido. "La cerrazón imaginativa del romano, representada por Bruto, se encargó de asesinar a César...".⁽¹⁰⁾

César a diferencia de Aristóteles no se entretuvo en escribir textos sobre política sino que la hizo él mismo, no nos queda más que ponerle nombre a sus acciones.

La conquista de las Galias fue una de sus hazañas más importantes y para realizarla tuvo que rebelarse contra el Poder constituido. Y constituían el Poder, los republicanos que no querían descentralizar el poder y seguían fieles a la *civitas*, a Roma. César se da cuenta que los problemas que tiene que afrontar la república se deben fundamentalmente a su excesiva expansión. La

(8) Ortega y Gasset. IX Vol. pág. 118.

(9) Ortega y Gasset. IX Vol. pág. 114.

(10) *Ibidem* pág. 253.

República en los tiempos de César es ya un monstruo gigantesco que se parece solo en el nombre a la otra República, gobernada por sólo el Senado y los cónsules.

Después de tanta guerra, porque la República no es precisamente época de paz, Roma no puede dar abasto por sí sola en el gobierno de tantas naciones anexadas por las victorias y las nuevas conquistas son prácticamente atentadas contra su supervivencia.

La solución de los conservadores que están en el Poder, es eternizar el presente estado de cosas. César propone continuar las conquistas pero dirigiéndolas hacia nuevos pueblos bárbaros de Oriente, romanizarlos y para evitar la disolución de las instituciones existentes propone "un *principis civitatis, un rector rerum publicarum, un moderator*".⁽¹¹⁾

César se adelanta a su tiempo, es quizá el único romano que tiene visión del futuro en esto su mentalidad es ya casi europea. El europeo siempre mira hacia el futuro y sabe que es éste la parte más esencial del tiempo. El después es siempre más importante que el antes. Por eso a veces, cuando miramos la vida de los antiguos griegos y romanos, porque también el griego quiere eternizar el estado de cosas presentes, nos parecen anacrónicos.

Muchos historiadores, incluso los biógrafos antiguos ven en César la continuación de Alejandro, quizá porque ellos mismos miran hacia atrás. Pero para comprender verdaderamente a César debemos ver en él la actitud contraria a la del macedonio. Tan solo el afán de crear un reino universal los asemeja. Pero mientras Alejandro mira hacia el pasado, hacia Oriente, César prefiere el futuro que está en el Occidente inexplorado. No se contenta con solo un reino universal. "Quiere un imperio romano que no viva de Roma, sino de la periferia de las provincias y esto implica la superación absoluta del Estado— ciudad un estado donde los pueblos más diversos colaboren, de que todos se sientan solidarios. No un centro que manda y una periferia que obedece, sino un gigantesco cuerpo social donde cada elemento sea a la vez sujeto pasivo y activo del Estado. Tal es el Estado Moderno y ésta fue la fabulosa anticipación de su genio futurista. Para ello suponía

un poder extrarromano, antiaristócrata, infinitamente elevado sobre la oligarquía republicana, sobre su príncipe que era sólo un *primus inter pares*."⁽¹²⁾

En efecto en la concepción de César vemos ya los gérmenes de lo que será un Estado moderno y de lo que debe ser una democracia universal ya sea bajo la forma de República o de Monarquía. Pero este sueño de César era excesivo, las mentes latinas no pudieron ponerse a la altura de César y dar junto con él un salto tan grande. El romano no podía entender como se podía formar un Estado con hombres que no vivían en una ciudad. Este género de unidad será comprendido varios siglos más tarde.

Para la mentalidad occidental es ya evidente que el Estado es un proyecto a realizar en colaboración, determinado programa de vida y que el Estado se inicia cuando comienzan a convivir grupos de orígenes diferentes. "El Estado —dirá Ortega— no es consanguinidad ni unidad lingüística, ni unidad territorial, ni contigüidad de habitación. No es nada material, inerte, dado y limitado. Es un puro dinamismo —la voluntad de hacer algo es común— y merced a ello la idea estatal no está limitada por término físico ninguno".⁽¹³⁾

Quizá sea demasiado aventurado considerar que César tuvo ya un concepto claro de lo que es Estado en el sentido moderno del término. Quiso resolver el problema de la República decadente y tenía eso sí conciencia muy clara de lo que era la ley y el derecho. No fue entendido, pero su suerte no impidió la formación del Imperio es bien posible que lo acelerara incluso ya que era la única forma de que Roma siguiera siendo la cabeza del mundo antiguo. Los pueblos bárbaros de Occidente eran un peligro constante que amenazaba el predominio de Roma, no había pues más remedio que integrarlos a ella y latinizarlos.

Hemos dicho que Julio César tenía ideas muy precisas de lo que es derecho, de lo que es ley. En general Roma se caracteriza por su tradición jurídica superior, y por su admiración y por su pasión por la ley. El derecho es el gran aporte que legará Roma a los futuros países europeos. Veamos pues en qué consiste.

(12) Ortega y Gasset O.C. IV Vol. págs. 257-258.

(13) Ortega y Gasset. IX V. pág. 258.

(11) *Ibidem* pág. 256.

d) El Derecho Romano y el aporte de Roma a Europa

Es difícil para hombre de nuestro tiempo entender cómo es que el derecho pudo ser la pasión primordial de un pueblo. Esto se debe sin duda a que vivimos en un tiempo en que el derecho depende de la conveniencia de los gobernantes. Además el concepto de justicia del romano dependía del derecho. Tenían del derecho una idea diferente a la del europeo, por lo menos a la idea que tiene de él el europeo de los últimos siglos "... para el romano el derecho no es derecho porque es justo sino al revés, que lo justo es justo porque y cuando es derecho".⁽¹⁴⁾ Habíamos visto ya como Roma, situada en el Monte Palatino, fue en sus orígenes un pueblo de agricultores y pastores. Vimos también como la ciudad se va agrandando para convertirse en la ciudad de las siete colinas que será el orgullo de los romanos. Antes incluso de que Roma agrande sus dominios para asegurar su propia supervivencia, más que por ambición el derecho de propiedad comienza a tener cabida en sus instituciones. La idea de propiedad privada forma parte de su religión misma. Cada hogar romano poseía sus dioses familiares que sólo podían ser adorados por los miembros de la familia y que constituían su propiedad privada.

Aunque la idea del derecho de propiedad nos viene de los antiguos, los principios que ellos fundaron no son los mismos nuestros. Solamente si tenemos presente que el derecho romano tiene fundamentos diferentes al derecho posterior europeo, podemos llegar a comprender el de ellos. Estos dioses familiares exigen vivienda fija ya que es difícil trasladar de un lugar a otro estatuas de piedra. Es así que cuando el Romano decide establecer su hogar será con la esperanza de permanecer siempre allí. El suelo juega un papel importante y se convierte en la segunda posesión del romano. El hogar implica pues la posesión de Dios y de la tierra. En efecto, ya que Cicerón la habitación de cada hombre es sagrada y por lo tanto inviolable.

Otro objeto sagrado para los romanos, era la tumba que hizo nacer en ellos el culto a los ancestros. Cada familia poseía una tumba común a la que dedicaban ceremonias especiales. Se consideraba como acto de impiedad enterrar a un muerto en lugar

distinto a la tumba familiar que se convierte también en propiedad privada que no puede ser tocada por un extraño.

Al principio al menos, de la vida de Roma era la religión la que garantizaba el derecho de propiedad, después la ley vino en su auxilio.

Poco a poco el derecho de propiedad así como el culto que le dio origen van a establecer el derecho de sucesión. Al morir el padre de familia sus hijos se harán cargo del hogar ya que este no debe desaparecer ni tampoco la tumba debe ser abandonada. "La religión prescribe —dice César— que los bienes y el culto de cada familia sean inseparables y que la realización de los sacrificios corresponda a aquel que lo merece por herencia."⁽¹⁵⁾

Todo el derecho de sucesión parte del principio de que el heredero está en la obligación de cuidar el hogar y de hacer ofrendas piadosas sobre la tumba de sus antepasados.

La herencia entre los romanos no debe entenderse en el sentido de la fortuna que pasa de padre a hijo, lo que pasa de padre a hijo es el derecho de continuar el culto y con ella toma posesión de la fortuna que es inmóvil.

El derecho de sucesión tiene varias ramas: la sucesión colateral, en el caso de que el padre de familia muera sin dejar hijos y entonces se busca entre la parentela más próxima a aquel que deberá continuar el culto; luego tenemos también el derecho de emancipación y adopción, en ambos casos se esiguen las reglas antes que las establecidas por el nacimiento. Tanto en un caso como en otro la herencia es indivisible y la tierra inalienable.

Vemos pues cómo en sus orígenes el derecho privado y el de sucesión no viene de la ciudad sino de la religión. Lo mismo sucede con la autoridad en la familia. La religión doméstica fijará las diferentes jerarquías dentro de los miembros de una misma familia. El padre de familia es al mismo tiempo el hombre fuerte que manda, el sacerdote y el heredero del hogar sin que nadie se atreva a dudar siquiera de su supremacía.

Lentamente la religión fue cediendo el paso a la ley. Cuando el romano sale de su estado tribal, cuando los hombres comienzan

(14) Ortega y Gasset. IX Vol. pág. 158.

(15) Citado por Fustel de Coulanges. *Ibidem* pág. 76.

a desconfiar de la buena fe del prójimo, cuando la vida se hace más compleja, entonces nace la ley para regular el trato entre los hombres.

Tito Livio vio ya lo que de inhumano tenía la ley cuando dijo: *Leges rem surdam, inexorabilem, esse, nihil laxamenti nec venial habere, si modum excesseris* ("Es la ley cosa sorda e inexorable, incapaz de ablandamiento ni benignidad ante la menor trasgresión").⁽¹⁶⁾

Son las leyes, duras e inflexibles, establecidas por las magistraturas hacen que el ciudadano romano se sienta libre, aunque esta libertad nunca podría ser comparada con las libertades que proclamó el liberalismo europeo siglos después.

Cuando Cicerón nos habla de Libertad entiende por ella el respeto a la Ley y el disfrute de derechos civiles y políticos. Salta a la vista la diferencia con la libertad entendida por el europeo. El hombre libre es el ciudadano romano; lentamente Roma extiende la ciudadanía a los soldados, a diferentes ciudades y a algunos pueblos también.

Todo ciudadano tiene al mismo tiempo como es natural derechos y obligaciones. El ciudadano paga impuestos y Roma se enriquece multiplicando las ciudadanías.

El derecho comienza a regir la vida entera del ciudadano ya que implica una forma de comportamiento de inexorable vigencia a la que todo latino podía atenerse porque conocía su inflexibilidad. Lo que de esencialmente romano había en ese derecho dirá Ortega y Gasset, es: "...el carácter formal de vigencia invariable de cuyo cumplimiento y permanencia al individuo podía estar seguro".⁽¹⁷⁾

Esa seguridad que el Derecho proporciona al ciudadano de Roma hace que éste pueda con firmeza y tranquilidad organizar su vida, aspirar a ser hombre digno desarrollando sus cualidades personales y formarse un carácter enérgico. Por eso Roma pudo ser el gran pueblo que fue. Es cierto que la ley tenía carácter absoluto y rígido pero ésto hizo que las instituciones romanas fueran tan poderosas. El verdadero sentido del Derecho en Roma es regular

(16) Citado por Ortega y Gasset. VI Vol. pág. 78.

(17) Ortega y Gasset. IX Vol. pág. 220.

al comportamiento humano, éste es el sentido además de todo auténtico derecho. De ahí se desprenden las demás instituciones, la propiedad, la herencia, la patria potestad, etc.

Del derecho nace también la famosa **Pax Romana** que es producto del equilibrio entre las fuerzas sociales y las instituciones vigentes. Roma vive de la concordia política que en última instancia es el acuerdo entre las diferentes clases sociales.

Las dos características fundamentales de Derecho romano son pues: en primer lugar su inmutabilidad, en segundo lugar, no ser la manifestación de alguna voluntad personal sino ser producto de lo establecido es decir, de la ley.

Ley inmemorial primero, de origen místico y religioso, luego ley estatutaria que surge de aquella anterior consuetudinaria y así sucesivamente surgen nuevas leyes inspiradas en las viejas pero sin que sean nunca órdenes de una autoridad personal. Para el romano, el Derecho es: "lo contrario del **imperium**, lo contrario de todo autoritarismo. El acto de **imperium** practicado por parte del magistrado judicial, interviene solo en los intersticios, en los huecos del Derecho, tales son los **decreta**, los interdictos, es decir la autoridad en cuanto autoridad e **imperium**, y no ley objetiva e impersonal, interviene solo allá donde el Derecho faltaba. Este era ley y la ley es lo establecido, es decir, lo que está ahí desde siempre. El Derecho, la ley es, pues propia y substantivamente **lex lata**, ley ya hecha, ley que ya estaba ahí, ley ya existente. Luego y solo luego, secundariamente, es **lex ferunda**, la ley nueva, la ley que se va hacer pero que se va hacer según una ley ya hecha antes, que ya existía y que estaba ahí antes y que determina el procedimiento".⁽¹⁸⁾

El romano considera el derecho casi como lo irreformable y por eso solo de vez en cuando introduce en él reformas y lo hace de mala gana. La lenta destrucción del derecho romano no podía producir otra cosa que el envilecimiento del hombre que al perder la tierra firme bajo sus pies hará desesperados esfuerzos por encontrar algo estable.

El aporte fundamental de Roma a Europa fue el derecho. El derecho europeo aunque diferente a aquel lo tomó como mo-

(18) Ortega y Gasset, IX Vol. pág. 222.

delo y lo adoptó a sus circunstancias particulares. Lentamente el Derecho positivo que es el contemporáneo, que es mudadizo por ser histórico, destituyó a aquel Derecho Natural que fue indiscutible y tuvo origen divino. Mil años de historia de Roma y varios siglos de dominación tuvieron que dejar huella en Europa. Es cierto que la unidad del derecho romano ya no tiene sentido en el pedazo de Europa que perteneció al extenso imperio. Pero quedó siempre, como un legado eterno, un cierto sentido de las relaciones humanas así como también **legout de la forme**.

Los siglos de historia no borran del todo las influencias recibidas y la parte de Europa romana recordará siempre, que fue romana, la historia de Roma se mezcla con la de ella misma y subsiste como recuerdo de glorias pasadas. La otra Europa, la que nunca fue Romana, recordará también el no haberlo sido.

IMPUESTOS SOBRE PAGOS AL EXTERIOR

WALTER ANTILLON

I.—FORMAS DE LA INVERSION EXTRANJERA Y SU RETRIBUCION

1. Es hoy perfectamente conocido cómo desde hace varios siglos y de un modo cada vez más intenso el mundo de los negocios va rebasando las fronteras políticas que separan a los pueblos y constituyendo una red tupida de relaciones de producción e intercambio.⁽¹⁾ También sabemos cómo en los últimos tiempos los estudiosos han podido constatar la existencia de dos clases de protagonistas de dichas relaciones: los países industrializados y los países subdesarrollados, cada uno de dichos grupos dotados de ciertas características estructurales y asumiendo ciertas actitudes típicas frente a los otros.⁽²⁾ No voy, naturalmente, a reproducir de nuevo aquí los datos correspondientes a esa problemática que todos hemos oído tantas veces, sino que me interesa destacar dos hechos fundamentales: a) que una de las características de los países industrializados es la de su proyección hacia el exterior en la forma de exportación de capital financiero e industrial hacia los países subdesarrollados o menos desarrollados; y b) que esa relación se ha intensificado en vista de que estos últimos han iniciado movimientos de integración económica regional y han ido subiendo aún más sus barreras proteccionistas derivando hacia tarifas externas comunes.⁽³⁾

Ahora bien, obviamente las empresas de países industrializados que realizan actividades económicas diferentes de la mera venta de sus productos a nuestros importadores son aquellas que

(1) Véase, entre otros: *Max Weber: Historia Económica General*, F.C.E. Méx. 196 y *H. E. Barnes: Historia de la Economía del Mundo Occidental*, UTEHA, Méx. 1955.

(2) En general véase: *Pierre Moussa: Las naciones proletarias*. Tecnos, Madrid, 1959; *Ragnar Nurkse: Problemas de formación de capital en los países subdesarrollados*: F.C.E., Méx. 1956.

(3) Por todos, véase: *Bela Balassa: Teoría de la Integración Económica*, UTEHA, Méx., 1964.

alcanzan cierto volumen en su país de origen, y emprenden la expansión internacional en busca de nuevos mercados o tratando de ampliar los tradicionales. Dichas empresas tienen muchas maneras de realizar esa actividad en nuestros países, pero podemos reducir las a dos grandes categorías: 1) El establecimiento, que consiste en trasladarse en Centroamérica fundando una sucursal o adquiriendo acciones de una empresa centroamericana en el número suficiente para influir en su marcha o directamente para dominarla; y 2) La inversión de capitales financieros, a través de operaciones de crédito, o la inversión de capital industrial en la forma de servicios gerenciales, adiestramientos, asistencia técnica, contratos para la utilización de patentes, derechos de autor, o maquinaria, o artefactos exclusivos, etc. Ya veremos la diferencia tan grande que existe entre estas dos maneras de emprender en la región Centroamericana en orden a las consecuencias tributarias que de cada una de ellas derivan según la modalidad que adopten.

En este trabajo voy a tratar de describir algunos de los problemas tributarios a que ha dado lugar esta relación entre operadores económicos locales y extranjeros, cuando de la misma resulta la obligación para nuestras empresas de enviar fuera del área Centroamericana sumas de dinero a título de retribución a favor de empresas extranjeras por todos los conceptos antes referidos. Para ello será necesario ilustrar brevemente la situación internacional y las soluciones que se han propuesto, para entrar después a un estudio comparativo de los regímenes centroamericanos de los pagos al exterior, y particularmente en lo que hace a las relaciones entre empresas norteamericanas o de capital norteamericano y empresas del istmo.

2. Aún antes de que se planteara en los términos de una relación entre países industrializados y países subdesarrollados, el problema de la relación entre empresas o empresarios domiciliados en países distintos había dado lugar a la meditación de los estudiosos, especialmente bajo el ángulo de la llamada doble imposición internacional, pero también desde otros puntos de vista tal vez de menor rango, que no obstante permitieron plantear dicho problema en sus justos términos. Las soluciones que desde entonces se ofrecieron tomaron la forma de convenios internacionales de estructura bilateral o multilateral, que establecía directamente una disciplina especial para el tratamiento de los distintos casos, o bien sentaba

las bases para que cada Estado dictara su propio régimen interno al efecto.

Los autores que estudian el Derecho Internacional Tributario nos han trazado los puntos salientes de la historia de dichos convenios hasta el presente, que abarcan modernamente desde los "informes sobre la superposición de impuestos" preparados por los expertos de la Sociedad de las Naciones en 1921, hasta la "reforma tributaria Kennedy" de 1964. Tal historia tiene sus precursores en el campo de la doctrina,⁽⁴⁾ que ya desde entonces planteaba los problemas a que daban lugar las combinaciones de sociedades de distintos países y sugería algunas medidas para su solución.

En la actualidad el Derecho Internacional Tributario alcanza una importancia sin precedentes debido particularmente a la aparición de los llamados "concernos" de sociedades y, en general, al enorme desarrollo que tiene la empresa internacional, cuyos recursos y posibilidades han puesto a prueba los dogmas tradicionales del Derecho Tributario y reclaman tratamientos adecuados.⁽⁵⁾

3. La situación internacional en esta materia ha estado con mucho dominada por los tratados sobre doble imposición. Ante el problema planteado por una empresa cuya actividad interesa simultáneamente al Fisco de dos o más países, o bien, lo cual es más bien raro, cuando dicha actividad no cae bajo la esfera tributaria de ninguno de los países afectados, se ha visto la necesidad de encontrar una solución que sea conforme con los principios fundamentales del Derecho Tributario: principio de la justicia tributaria; principio del estado de derecho; principio de la soberanía estatal, etc., y se ha tomado alguno de los siguientes caminos:

- a) La empresa tributa de modo exclusivo en uno de los países afectados, el cual es elegido de acuerdo con diversos criterios tales como el de establecimiento, el de residencia, el de origen, etc.
- b) La empresa tributa en uno u otro país según el impuesto de que se trate, aplicándose ya el criterio de la fuente, ya el de la residencia, etc.

(4) Recuérdese la monografía de P. Speiser: La prohibición de la doble imposición: Basilea, 1886; y antes aún la obra de Schreber, Van Muyden y Zürcher sobre el mismo tema, aparecida también en Basilea, en 1882.

(5) Consúltense sobre ello la bibliografía que recoge el Prof. Otmar Bühler en sus Principios de Derecho Internacional Tributario; E. D. F., Madrid, 1968, Pág. 369 y ss.

- c) La empresa tributa para cada impuesto a través de los establecimientos que tenga en los diferentes estados interesados, y de acuerdo con los hechos generadores realizados en cada uno de dichos Estados .

Naturalmente que el panorama internacional está muy lejos de presentar ninguna homogeneidad al respecto: los Estados Unidos e inicialmente también Gran Bretaña atenuaban su sistema de la renta mundial (criterio del domicilio) concediendo al contribuyente créditos por los impuestos pagados en el extranjero. Gran Bretaña ha abandonado ese mecanismo en su "Finance Act" de 1961, y ha adoptado el que se conoce como "crédito por impuesto ficticio" (fictitious tax credit as tax sparing), para armonizar con las políticas de exenciones tributarias llevadas a efecto por los países subdesarrollados; y en la actualidad siguen ese mismo criterio muchos otros países industrializados.⁽⁶⁾

Por su parte el panorama latinoamericano se caracteriza por una tendencia a presentar un frente común de bases convencionales fundadas esencialmente en la condición que tienen nuestros países de ser importadores de capitales, y en la necesidad de ofrecer estímulos para atraer a las empresas inversoras procedentes de los países desarrollados. Pero dentro de esa tendencia se ha oscilado entre diversas soluciones, desde aquella que consiste en no incentivar del todo las inversiones provenientes de países con renta mundial y crédito por impuesto pagado, hasta la que preconiza la suscripción de convenios bilaterales que consagren ya el sistema de la "tax sparing clause", ya el compromiso del Estado industrial de otorgar créditos impositivos a sus contribuyentes por las inversiones que realicen en países subdesarrollados.

4. Es un hecho que la mayor parte de las relaciones que tienen las empresas norteamericanas o de capital norteamericano. De ahí que conviene hacer un examen muy somero del sistema tributario norteamericano, limitadamente al impuesto sobre la renta (income tax), para situar en el mismo aquellos ingresos que provienen de inversiones en metálico, de concesión del uso de fórmulas,

(6) Confr. Ramón Valdés Costa: Problemas tributarios entre países desarrollados y países en desarrollo; CIET, Buenos Aires, 1970.

de servicios técnicos, etc., que las empresas domiciliadas en los Estados Unidos reciben de nuestros países.⁽⁷⁾

Todo contribuyente del impuesto norteamericano sobre la renta es gravado sobre todos sus ingresos, sea cual sea su fuente y el país donde se produzcan, dado que como vimos antes el sistema norteamericano se basa en el criterio del domicilio del contribuyente para determinar la sujeción tributaria de su ingreso. Tratándose de sociedades anónimas (corporations) el domicilio se determina por el lugar en donde la sociedad se organiza.

Por otra parte tenemos que la tarifa del impuesto sobre la renta de sociedades consta de dos escalones: el 26% sobre los primeros \$ 25.000.00 de base imponible, y el 48% sobre la suma excedente. Las ganancias de capital tienen una tarifa proporcional del 25% para las sociedades.

Ahora bien, cuando una sociedad domiciliada en Estados Unidos obtiene rentas del extranjero, tiene derecho de deducir del impuesto norteamericano un crédito del ciento por ciento de lo pagado en impuestos en el país donde obtuvo dicha renta. Tal crédito puede ser directo o indirecto; es directo cuando se otorga por el impuesto pagado sobre los ingresos que van a ser gravados en los Estados Unidos; es indirecto cuando se otorga por el impuesto pagado sobre los dividendos pagados al contribuyente norteamericano por su participación en la empresa extranjera.

Así las cosas se puede entonces concluir que la empresa norteamericana tiene derecho a un crédito directo en los casos en que reciba pagos por concepto de intereses, cánones arrendaticios, regalías, derechos de autor, etc., esto es, cuando obtiene el ingreso de inversiones que no implican participación en la sociedad extranjera productora de la renta; y tiene derecho a un crédito indirecto cuando reciba pagos a título de dividendos por su participación accionaria en la sociedad extranjera.

5. Como vimos al comienzo la intervención de empresas con domicilio en el extranjero puede producirse de dos maneras: a) el establecimiento; y b) el contrato.

(7) Confr. Jorge Guardia Quirós: Los incentivos fiscales y la inversión norteamericana en Centro América; Revista de Ciencias Jurídicas Nº 18, San José, 1971; y Richard A. Hoefs: El impacto de los impuestos de Estados Unidos en sus inversores en América Latina, y el de los impuestos latinoamericanos en esos inversores; AADF, Buenos Aires, 1964.

El establecimiento a su vez puede tener lugar de dos modos: o bien la empresa extranjera funda una filial en el país o bien participa en una empresa local independiente, a base de una adquisición de todas o parte de sus cuotas o acciones. Estas formas de intervención no provocan en sí mismas relaciones entre la empresa extranjera como tal y una empresa local, dado que en el primer caso (y salvo la inscripción registral de la filial como sociedad independiente) empresa matriz y filial forman un todo orgánico, de manera que la transferencia de fondos entre ambas viene a ser una operación interna, que podría decirse "interdepartamental", incluso cuando dichos fondos deben pasar de un país a otro.

Tampoco la participación accionaria de la sociedad extranjera en la local provoca para los efectos que aquí interesan, una verdadera relación de empresas, sino la conocida relación socio-sociedad que se desenvuelve también en el ámbito interno pero que, desde el punto de vista patrimonial (y particularmente en cuanto concierne al derecho del socio a participar en las utilidades) constituye una figura distinta de la mencionada arriba, aunque con similares consecuencias desde el ángulo de este estudio.

Por su parte las figuras contractuales implican sendas relaciones jurídicas de carácter externo entre ambas empresas y asumen una amplia variedad de formas, siendo las principales el mutuo (préstamo de dinero), la locación, la concesión en uso de bienes inmateriales (patentes, marcas, etc.) incluyendo en esta categoría los contratos de edición, representación y ejecución, la numerosa familia de los contratos de servicio y obra y el contrato de seguro. Estarían excluidos en cambio todos los contratos que conllevan la transmisión definitiva del derecho de propiedad sobre el bien, dado que en tales casos no se genera técnicamente una renta, sino que la prestación consiste en el pago de una suma a título de precio, es decir, que sustituye económicamente a la cosa misma.

6. La problemática general de los sistemas que prevén formas de gravar los pagos hechos por empresas locales a favor de empresas no domiciliadas incluye en primer lugar los temas relativos a la justificación y a la oportunidad de dichas imposiciones. Pero se origina especialmente en la circunstancia de que el contribuyente se encuentra fuera del alcance del estado que decreta el gravamen, y se haya entonces defendido por la distancia y la sujeción efectiva a su ordenamiento.

Pongamos entonces, en primer lugar, el problema de la justificación de estas modalidades de imposición. En efecto, se pregunta ante todo si es justo que se retenga en el país un porcentaje de la cantidad destinada por la empresa local al cumplimiento de una prestación contractual a favor de la empresa extranjera, y para ello se usa de varios argumentos: a) se dice que de esa manera, esto es, reteniendo una cantidad de la suma destinada al cumplimiento de una obligación, se impide técnicamente dicho cumplimiento, el cual ya no puede considerarse completo, puesto que siempre quedará un saldo por pagar, esto es, el tanto retenido a título de impuesto; b) se alega también que dicho gravamen contradice el principio de la fuente del ingreso que informa los ordenamientos tributarios del Istmo Centroamericano (con excepción de El Salvador), porque el bien productor de dicho ingreso (la suma de dinero prestada, la fórmula cedida, el servicio prestado) proviene del extranjero; y c) finalmente se dice que la empresa no domiciliada, que es la deudora del tributo, ya está obligada a pagarlo en el país de su domicilio, de modo que no resulta equitativo gravarla de nuevo.

- a) La primera objeción cede fácilmente ante la observación de que tanto el deber obligacional de prestación a favor de la empresa no domiciliada como el deber de retención del impuesto a favor del Estado, son vínculos que extraen su fuerza directa o indirectamente del ordenamiento jurídico a que está sometido el sujeto pasivo, de modo que la retención del impuesto antes que desvirtuar confirma el cumplimiento de la prestación obligacional que estaba a su cargo, porque significa que jurídicamente la empresa no domiciliada ha percibido la cantidad total a que era acreedora, y ha satisfecho el tributo en el tanto correspondiente a dicha cantidad.
- b) El argumento se ha usado especialmente para las regalías o royalties, diciendo que éstos son claramente remuneraciones por el uso de patentes, marcas, diseños, etc., que son bienes inmateriales de la empresa domiciliada en el exterior, de los cuales disfruta la empresa local por efecto del contrato. Siendo así las cosas, se argumenta que el ingreso hipotéticamente gravable proviene de la concesión para el uso del bien inmaterial,

el cual resulta así su fuente productora, por lo que dicho ingreso tendría que ser gravado en el domicilio de su titular.

Pero el equívoco se disuelve si se piensa que la regalía es el resultado de una prestación de la empresa local, gravable en cuanto representa un ingreso para la empresa extranjera, producto de sus negocios en el país. No se trata de un ingreso proveniente del bien en abstracto, sino de la disponibilidad del uso del referido bien por parte de la empresa local.

- c) Es cierto finalmente que la empresa acreedora de la regalía y, por ende, deudora del tributo, ya estaba obligada al impuesto debido en el país de su domicilio, pero de ahí no se desprende de ninguna manera que resulte inequitativo gravar aquel ingreso en el país de la empresa concesionaria, porque es en este último donde se realiza la prestación de la regalía y, además, porque normalmente (según la práctica extendida entre los países industrializados) aquella doble imposición vendría evitada concediendo un crédito por el impuesto pagado en el país fuente.⁽⁸⁾

7. Al examinar la oportunidad del módulo impositivo de que nos venimos ocupando lo primero que se plantea es el problema de la traslación de la carga impositiva a la empresa local. Porque, en efecto, los hechos están indicando que en la relación entre aquella y la empresa extranjera hay una parte más débil (la referida empresa local) que tiene normalmente mayor necesidad de la prestación de su contraparte, que ésta de la suya, de modo que puede verse abocada a soportar la traslación del tributo, bajo pena de verse privada de dicha prestación de su interés.

Lo anterior no es tan peligroso para empresas locales que reciban prestaciones de parte de las extranjeras domiciliadas en países en donde se reconoce a éstas un crédito por impuestos pagados (tax credit), como particularmente ocurre en los Estados Unidos; pero en cambio las dificultades vuelven a surgir cuando se trata de "empresas-base", es decir, aquéllas domiciliadas en los

(8) v. Enzo Capaccioli: La imposición de las regalías; Giuffrè, Milán, 1967.

llamados "paraísos tributarios", porque en tales casos la disminución sufrida por virtud del impuesto es al neto.

Así las cosas parece útil cuestionarse las ventajas efectivas de dicha imposición realizada a través de los módulos que examinaremos, puesto que la traslación del impuesto a la empresa local no es un efecto deseable, por mucho que también de esa manera se recauda el tributo o, al menos, la suma correspondiente al tributo. Porque, en efecto, al contrario de lo que se dice, el Fisco no puede ser indiferente a la proveniencia del dinero que recauda a título de impuestos, porque el fin del ordenamiento tributario no es meramente la percepción de fondos sino la equitativa distribución de las cargas entre todos los jurídicamente llamados a contribuir.

Por esto resulta motivo de justa preocupación que la empresa llamada a contribuir (puesto que ha realizado el hecho generador del tributo) imponga en el contrato con la empresa local, la obligación de ésta de asumir aquella carga, ya sea que dicha obligación se encuentre claramente estipulada en el contrato, o bien que se establezca un mecanismo para obtener un efecto equivalente, como por ejemplo el aumento de la prestación debida por la empresa local (traslación hacia adelante). Oportunamente examinaremos la posibilidad de evitar dicha traslación.

8. Vista la especial dificultad que presenta la concreta realización de los impuestos debidos por personas no domiciliadas que perciben ingresos por razón de los negocios que llevan a cabo en el país, es decir, la dificultad de evitar que dichas personas se sustraigan al pago del correspondiente impuesto gracias precisamente a su alejamiento del ámbito espacial de vigencia del poder del Estado, que de hecho garantiza su inmunidad, se ha buscado cuidadosamente el mecanismo que permita vencer esa dificultad y constituya una forma de tributación justa de acuerdo con las especiales características de aquella situación.

Sin embargo, esa atención sostenida sobre los instrumentos ha hecho frecuentemente olvidar la sustancia del asunto, centrada siempre en el examen de los criterios fijados en la ley para determinar el nacimiento de la obligación tributaria. ¿Cuál es, por ejemplo, el hecho generador de estos tributos? ¿En qué momento surge la obligación? ¿Cuál es el sujeto pasivo?, etc. Estas cuestiones deben ser dilucidadas primero y con vista de nuestro derecho po-

sitivo, y luego de establecidas dichas bases podremos examinar las relativas a los medios ideados para recaudar el tributo.

Al respecto se pueden hipotizar varios sistemas:

- a) Considerar que el hecho generador del tributo es el pago hecho al acreedor domiciliado en el extranjero, o lo que es igual, que el hecho generador es la acción de expedir la suma al extranjero.

Se trataría, de este modo, de un impuesto sobre la exportación de metálico, cuyo deudor vendría a ser el sujeto que hiciera el pago, quedando el sujeto que lo recibe como extraño a la relación tributaria.

La base imponible de dicho impuesto sería la suma bruta exportada según los comprobantes de la institución encargada de la remesa o de la venta de las divisas, cuando la remesa es hecha por el propio interesado.

Un sistema semejante tendría como objetivo poner la carga tributaria sobre el pagador y estimular la empresa extranjera inversionista, que no resultaría gravada por sus actividades lucrativas en el país, o bien desestimular en los empresarios nacionales el recurso al capital y la tecnología extranjeros. Por lo demás, resulta evidente que entre nosotros y en general en cualquier país subdesarrollado la tendencia sería lo primero y no lo segundo.

- b) Considerar que el hecho generador es la percepción de la renta por la empresa extranjera; y entonces el impuesto sería una modalidad del que recae sobre la renta, en que el deudor sería la empresa extranjera receptora del ingreso, y la base imponible vendría a ser la cantidad representativa de la obligación que se cancela.

Este sistema tiene tres modalidades, según sea el papel que se asigne al sujeto que realiza la retención o el pago:

- a) Si quien hace los pagos es un agente auxiliar del Fisco investido por ley de dicha calidad, sus actos se configurarían como ejercicio de una función pú-

blica que podría entonces ser jurídicamente descrita como un "poder-deber" de retener y enterar la suma debida por el contribuyente en el acto de su envío o en un momento anterior. Y a su vez la omisión de realizar aquella función se configuraría como mal desempeño o abandono de funciones, y acarrearía al omiso dos tipos de responsabilidad: penal-disciplinaria por incumplir un acto debido "en razón del cargo", y civil por los daños y perjuicios que dicho acto ocasionaría al Fisco. Por su parte, el deudor (sujeto no domiciliado) podría extinguir la obligación por cualquiera de los medios autorizados para ello, con lo que descargaría al agente del desempeño de aquella función.

- b) Si quien hace los pagos es un sustituto tributario, es decir, un sujeto que por disposición legal deviene obligado al pago del impuesto en lugar de otra persona (el sujeto no domiciliado) por hechos o situaciones referibles a ésta.

En tal caso la omisión de enterar la suma del impuesto no configuraría una falta a los deberes del cargo, sino simple incumplimiento de una obligación privada, que acarrearía únicamente responsabilidad civil, y la consiguiente posibilidad de que el acreedor pueda proceder por vía ejecutiva.

Aquí se daría el caso curioso de que jurídicamente el sustituto no podría pagar la obligación como deudor de la misma aunque así lo quisiera, sino que tendría que hacerlo en las condiciones en que un tercero está autorizado para ello, porque la ley no lo coloca en este caso en la posición de deudor (en la que ha sido sustituido) sino que nada más le atribuye una responsabilidad hacia el sustituto, consistente en reembolsarle las sumas pagadas.

- c) Si quien hace los pagos está sujeto únicamente a una carga, en el sentido de que el acto de pagar sería la carga que debería absolverse para obtener un be-

neficio determinado, que sería el poder deducir la suma remitida al exterior del monto de sus rentas brutas para los efectos de determinar la base imponible de su propio impuesto sobre la renta.

En este caso tenemos que el no cumplimiento de la carga no genera propiamente una responsabilidad civil por daños ni da lugar a la ejecución forzosa del crédito tributario: únicamente priva el incumplimiento de la ventaja de deducir aquel pago de su renta bruta.

Veremos enseguida cuáles de estas técnicas han sido empleadas en algunos de los países centroamericanos, y en particular cuál ha sido la evolución de nuestro propio sistema desde las leyes tributarias de 1916 (administración de don Alfredo González Flores) hasta las últimas reformas introducidas en la Ley del Impuesto sobre la Renta.

II.—TECNICAS DE IMPOSICION USADAS EN CENTROAMERICA

9. Los ingresos percibidos por empresas no domiciliadas en el país en donde se produjeron pueden ser captados a través de técnicas diversas, y en efecto los distintos Estados han adoptado para ello una serie de mecanismos que les permitan realizar una recaudación segura del tributo, previa determinación de su monto a través de un procedimiento que garantice la justicia de la medida.

En este trabajo no tiene tanta importancia la exposición comparativa de los sistemas vigentes en América Central, puesto que la poca atención que se ha brindado a esta materia y la recepción, en casi todos nuestros países (carezco de datos en relación con Honduras) de una fórmula que en lo esencial es la misma para todos ellos, nos relevan de un examen pormenorizado de cada uno, bastando al efecto mencionar lo siguiente:

- a) **Elementos comunes:** en Centroamérica se puede considerar comunes los siguientes elementos acerca de los módulos impositivos en estudio: 1) Que el tributo es una modalidad del impuesto sobre la renta; 2) Que la ley ha seleccionado como contribuyente a la empresa no do-

miciliada en el país; 3) Que la forma de recaudación es la retención (que realiza el pagador de la suma gravada) de una parte proporcional de ésta que separa y deposita en la tesorería del ente impositor. Varía en cambio la configuración jurídica del pagador.

- b) **Guatemala:** en este país se grava del modo dicho las sumas que las empresas locales deben pagar a las no domiciliadas por razón de los siguientes contratos: transportes, seguros, concesión en uso de películas cinematográficas, regalías, alquileres, comisiones, intereses y honorarios. En el caso de los contratos de transportes y seguros la retención produce el efecto de un pago definitivo del impuesto adeudado por la empresa no domiciliada, mientras que en los restantes se considera como pago a cuenta del impuesto que se señale en definitiva por la Administración Tributaria.

No están afectados por el impuesto las sumas pagadas a la empresa extranjera a título de intereses por préstamos de dinero o dividendos y participaciones producidos por la empresa local, y debidos a los socios extranjeros.

- c) **Nicaragua:** El Decreto Legislativo N° 55 del 16 de diciembre de 1952 y sus reformas, relativo al impuesto sobre la renta, prevé genéricamente como hecho generador del mismo la percepción de réditos "en el extranjero por no residentes si se deriva de bienes situados, servicios prestados o negocios llevados a cabo o que produzcan efecto en el país...", y "... autoriza a la Dirección del Impuesto a ordenar la retención del impuesto a todas aquellas personas que efectúen pagos a contribuyentes no residentes" (sistemas tributarios de América Latina: Nicaragua; Unión Panamericana, Washington, 1966, págs. 5 y 7), debiendo asimismo estos pagadores retener en todo caso el impuesto debido por los intereses que remesan a los no residentes, para poder deducir dichos intereses como gasto necesario para producir la renta.

No están gravados en Nicaragua, como se sabe, las ganancias de capital, las participaciones y los dividen-

dos de sociedades, cuando éstas hayan pagado ya el impuesto que les corresponde.

- d) **El Salvador:** el impuesto salvadoreño sobre la renta sigue el principio del domicilio como regla general, pero grava en ciertos casos las rentas obtenidas en el país por personas jurídicas o físicas que no hayan residido en el mismo o que lo hayan hecho por poco tiempo, tales como los accionistas de sociedades anónimas (fideicomisos, sucesiones, personas físicas o jurídicas) para los dividendos que perciban; y grava toda clase de renta obtenida por quienes hayan residido en el país de 31 a 270 días en el ejercicio fiscal.

En todos los casos se dispone que el pagador deberá retener a cuenta del impuesto un porcentaje que se establece, y cuando la tarifa de retención resulte mayor que la del impuesto que en definitiva corresponda, el contribuyente estará obligado a hacer una declaración dentro de los cinco meses posteriores a la conclusión del ejercicio fiscal, bajo pena de que las sumas retenidas sean consideradas como el impuesto definitivo. A través de este mecanismo quedan gravadas las remuneraciones por servicios personales, los premios ganados y los dividendos obtenidos por personas no domiciliadas o con una residencia menor de 30 días durante el ejercicio.

III.—HISTORIA DE LA FIGURA EN COSTA RICA

10. Al iniciar un breve panorama histórico del desarrollo de esta figura en Costa Rica debo recordar primero, como en términos generales lo señalé al inicio de este trabajo, que la misma crece y se va perfeccionando paralelamente al desarrollo industrial del país, de manera que su necesidad no se siente o apenas se presente durante la que pudiéramos llamar "etapa preindustrial" (que va desde la Independencia hasta la Segunda Postguerra), para ir después poco a poco asumiendo contornos cada vez más precisos. Quiero indicar en segundo término que no incluyo dentro de la figura estudiada aquellos impuestos que afectan indirectamente las transferencias de fondos al exterior, aunque su monto pudo ser considerable, tales como los pactados entre el Estado y algunas

empresas a través del régimen del contrato-ley, tan corriente en nuestro pasado y todavía con muestras importantes de supervivencia; en tales casos el objeto de la transferencia suele ser el dividendo debido a los socios extranjeros, que en sí mismo no estuvo nunca sometido a tributación en el país, aunque obviamente resultaba afectado por los tributos que recaían sobre la utilidad neta global de la empresa.

- a) **La Ley N° 73 de 18 de diciembre de 1926.** Ya desde la promulgación de esta ley, la primera en establecer el impuesto sobre la renta en Costa Rica, quedó previsto el caso de las personas no domiciliadas en nuestro territorio que sin embargo obtenían ingresos de cualquier fuente producidos en el mismo, en cuyo caso quedaban obligados a pagar el impuesto y a los restantes deberes formales establecidos para los habitantes de la República.

En realidad, como se sabe, la citada ley no pudo operar entre nosotros debido a la caída del régimen que la propugnaba y a las presiones que sucesivamente se hicieron sobre el Gobierno por parte de quienes se sentían más afectados por ella; de modo que no se pudo acuñar ninguna experiencia alrededor de la misma que nos permita su evaluación práctica desde el ángulo que aquí nos interesa. Y como quiera que sea tampoco puede decirse que contiene una distinción sobre el trato que debe recibir el receptor de ingresos domiciliado en el extranjero y el domiciliado en el país: a ambos les otorga el mismo trato incurriendo así en una generalización desafortunada, puesto que presupone ilusoriamente que nuestras autoridades tributarias poseen medios para constreñir a los deudores no domiciliados al cumplimiento de sus deberes formales (declaración, etc.) y materiales (pago de tributo).

- b) **Las leyes N° 40 de 14 de noviembre de 1931 y N° 837 de 20 de diciembre de 1946:** Tampoco previó la situación de los pagos al exterior la llamada Ley del Impuesto Cédular de Ingresos (N° 40 de 14 de noviembre de 1931), cuyo sistema fue igualmente inoperante, ni la versión inicial de la Ley del Impuesto sobre la Renta

Nº 837 de 20 de diciembre de 1946, que es la que nos rige en la actualidad, aunque considerablemente modificada.

En efecto, la Ley Nº 837 tornaba en esa primera versión a la vieja fórmula de la Nº 73 de 1916, porque su artículo 2 prevé la existencia de contribuyentes no domiciliados en el país, pero no aparece en el resto del articulado ningún mecanismo destinado a arbitrar una forma de determinación del correspondiente impuesto y a asegurar su oportuno pago. Y así volvía a ocurrir que el ente impositor se encontraba sin ninguna posibilidad material de recaudar los tributos adeudados por aquellos sujetos, con el agravante de que de todas maneras resultarían inaplicables a ellos las reglas comunes dispuestas para los contribuyentes domiciliados.

- c) El Decreto Ley Nº 516 de 3 de mayo de 1949: No es sino este decreto, emanado por la Junta Fundadora de la Segunda República, el que viene a crear un régimen especial de tributación sobre los pagos al exterior, aunque ello sea en la forma más empírica e irregular que cabe imaginarse.

En efecto, la disposición contenida en el Decreto citado venía a reformar el artículo 8 de la Ley Nº 837 citada, agregándole un inciso 7) con el siguiente texto:

Artículo 8.—La renta líquida proveniente de alguna empresa, explotación o negocio de aquellos a que se refiere el número 5) del artículo 5 se determinará deduciendo de la renta bruta las siguientes partidas:

... 7) Las remuneraciones o sueldos que se abonen a personas, miembros de directorios, consejos u otros organismos directivos que actúen en el extranjero y los honorarios u otras remuneraciones pagadas por asesoramiento técnico-financiero o de otra índole, lo mismo que lo pagado por uso de patentes, suministro de fórmulas, marcas de fábrica, privilegios, franquicias, regalías, las llamadas "Royalties", etc., a personas o entidades domiciliadas en el exterior. **Sobre estos importes corresponderá que la persona que los pague o acredite, retenga**

e ingrese el 15% con carácter único y definitivo, y será enterado lo retenido como impuesto, dentro de los quince días siguientes, en la Administración General de Rentas o en las Tesorerías Auxiliares, las cuales informarán a la **Tributación Directa sobre las sumas recaudadas por tal concepto.** (El subrayado es mío).

La fórmula contenida en el inciso 7) antes transcrito significó, repito, un claro progreso frente a la situación precedente de nuestro derecho positivo en materia, pues al menos establecía un mecanismo dotado de cierta eficacia para determinar y recaudar los tributos debidos por los contribuyentes no domiciliados en Costa Rica. Pero a la vez adolecía de varios defectos graves, a saber: a) no contemplaba todos los casos ni los más importantes de remesas de dinero al exterior; y b) su colocación dentro de un conjunto de normas dedicadas a disciplinar los modos de determinación de la renta líquida de los contribuyentes comunes no contribuyó a la nitidez de la nueva figura tributaria sino que, por el contrario, constituyó una fuente de dudas y controversias.

- a) En efecto, la fórmula de comentario no contemplaba las formas más importantes de remesas de dinero al exterior, pues ignoraba nada menos que las transferencias de intereses debidos por financiación externa, las de los dividendos enviados a los accionistas extranjeros de nuestras empresas, y las de los cánones adeudados por el uso de bienes corporales pertenecientes a personas no domiciliadas y entregadas a nuestros empresarios a título de arrendamiento. Podría haber otros casos pero los ilustrados bastan para mostrar la importancia de la laguna dejada por aquella reforma.
- b) También resultó desconcertante para los aplicadores de las normas citadas la colocación de la regla que estamos comentando dentro de uno de los incisos del artículo 8 de la Ley, dedicado a enumerar las erogaciones deducibles para determinar la renta líquida de los contribuyentes. Y la razón estaba a la vista, puesto que quien leyera el inciso 7) de aquel artículo pasaba, sin más transición que un punto y seguido, de la descripción de un gasto deducible para efecto de determinar la renta neta, a la disciplina de un mecanismo dirigido

al aseguramiento de un impuesto sobre ingresos percibidos por una persona no domiciliada, a través de ciertos deberes impuestos al pagador de dichos ingresos.

Con todo la nueva fórmula se mantuvo sin mayores variaciones por más de veinte años, hasta que fue modificada por la Ley de Reforma Tributaria Número 4961 de 10 de marzo de 1972.

En las páginas que siguen analizaremos la figura diseñada en el citado artículo 8, inciso 7) desde el punto de vista de los criterios normativos contenidos en dicho texto legal para configurar el tributo.⁽⁹⁾

11. A) **El hecho generador:** De nuevo el hecho del alejamiento entre ente impositor y contribuyente impone a este tributo sus especiales características, que veremos más adelante; pero debe aceptarse que su naturaleza es la de un impuesto sobre la renta, puesto que la obligación viene generada por razón de la percepción de un ingreso que la empresa local procura a la empresa extranjera en la forma de una prestación obligacional.

Ahora bien, no se trata evidentemente de la figura clásica del impuesto sobre la renta, en la que el sujeto que ha percibido ingresos durante un cierto período formula una declaración al ente impositor: se trata de una figura excéntrica del impuesto sobre la renta, dado que la recaudación se produce en un momento en que todavía el supuesto contribuyente no ha percibido el ingreso y, por ende, no ha devenido obligado al impuesto (al no haberse producido todavía el hecho generador de esta clase de tributos: percepción de

(9) Comentando un sistema postivo similar, dice el Prof. *Capaccioli* (op. cit., págs. 8 y 9):

"... A primera vista puede parecer que esa norma disponga ella misma, directamente, que cualquiera que paga a extranjeros cánones o regalías por la cesión o concesión en uso de patentes, fórmulas, etc., está obligado a practicar la retención..."

"... Pero realmente es sólo una primera impresión. Basta apenas pensar que se trata aquí de "retención" para darse cuenta de que la figura no puede tener autonomía. En efecto, la retención es por definición una modalidad de pago y, por lo tanto, la norma que la incluye puede indicar "cómo" se debe pagar un impuesto, pero no que éste se adeude..."

"... En efecto: 1) El mismo artículo habla de retención "a cuenta", subrayando así que se trata precisamente de modalidad de pago. Luego precisa: "a cuenta del impuesto debido por el perceptor"; de donde parece evidente que se trata realmente de una retención por cuenta, o sea, que no es un pago autónomo sino que se encuadra en una deuda de impuesto que ese pago presupone..."

"... Se trata en el fondo de observaciones perogrullas, pero es bueno considerarlas por que sirven para fijar en la mente que la retención no es practicada sólo porque se remitan regalías a un sujeto extranjero, sino porque y en cuanto ese extranjero adeude el impuesto porque percibe las regalías..."

la renta o ingreso). Esto no puede ser considerado una objeción de fondo sobre la naturaleza del mismo, sino que simplemente hay que ver en esta aparente inversión del orden temporal de los fenómenos jurídicos una cosa muy sencilla: por razones de comodidad y seguridad la empresa local deposita al Fisco la suma que corresponderá pagar a la empresa extranjera a título de impuesto sobre el ingreso que percibirá una vez que reciba la suma enviada por la primera. Una vez recibida la suma, esto es, una vez que se cumple el hecho generador del tributo, la retención hecha y depositada en las arcas del ente impositor adquiere eficacia satisfactoria y se aplica a extinguir, hasta donde alcance, el tributo debido.

B) **Parámetro de la base de cálculo:** También aquí se refleja la distancia que en esta figura tributaria existe entre el ente impositor y el contribuyente. En efecto, no puede pretenderse que una empresa no domiciliada en el país, de la que a veces se conoce sólo el nombre, quiera o pueda someterse a un examen acerca de las condiciones en que adquirió sus ingresos, a fin de que se considere los costos económicos de dicha adquisición y las circunstancias particulares del contribuyente capaces de influir en la base de cálculo. De ahí que la solución más corriente sea identificar la base de cálculo con la suma que la empresa local debe remesar a la llamada a contribuir. Veremos después los inconvenientes de este criterio, aunque no puede dejar de reconocerse su funcionalidad práctica.

C) **La tarifa:** Esta refleja igualmente la tantas veces apuntada circunstancia de la falta de contacto entre ambos sujetos (activo y pasivo) del tributo, puesto que siendo la base de cálculo la propia suma a remitir, no se cuenta con el dato del ingreso total del contribuyente, sino nada más que con aquel ingreso parcial. Así las cosas no tendría sentido establecer una tarifa progresiva, porque ello se haría prácticamente a ciegas, ignorando fatalmente si la aplicación de la misma armonizaría con la determinación del impuesto global llevada a cabo por la administración tributaria del domicilio de aquella empresa.

Esta última circunstancia no mejora por cierto si se adopta una tarifa proporcional, pero al menos ésta es más fácil de aplicar, eliminando toda incertidumbre al respecto, que sería un pesado lastre administrativo producido por las objeciones y dudas que pro- vocaría en el contribuyente.

Un hecho generador (percepción de un ingreso), un parámetro (la base de cálculo es la suma misma objeto de la prestación) y una tarifa (cierto porcentaje fijo de la base), extremadamente escuetos y simples, y la retención en la fuente como mecanismo de recaudación, constituyen las características más salientes de esta modalidad del impuesto sobre la renta.

En general no puede negarse que el sistema presentaba ventajas patentes desde el punto de vista del mero fin recaudatorio, pero es de temer que no resultara tan plausible desde otros puntos de vista igualmente importantes, y particularmente desde el ángulo de la justicia tributaria, porque si asumimos por hipótesis que la empresa no domiciliada va a soportar efectivamente la carga del tributo, debió éste revelársele justamente como inequitativo y demasiado oneroso, lo cual pudo constituir un desestímulo considerable a su relación contractual con empresas locales. Sin embargo, como la cuerda se revienta por lo más delgado, lo más probable que pudo ocurrir es que, como lo explico en el N° 7, la empresa no domiciliada trató de que su contraparte fuera quien soportara esta nueva carga impositiva con evidente injusticia, porque entonces estaba pagando un impuesto por cumplir una obligación contractual, que se sumaba a los que ya tenía que soportar.

IV.—EL SISTEMA VIGENTE

12. Por virtud de la citada Ley de Reforma Tributaria de 1972 se creó una norma nueva dedicada expresamente a regular las situaciones tributarias originadas en el envío de sumas de dinero hacia el exterior como retribución de prestaciones realizadas por empresas y entes no domiciliados en Costa Rica. Se trata, en efecto, de la norma contenida en el artículo 64 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, la cual viene a consagrar definitivamente, ahora de un modo más ordenado y claro, los principios que ya se encuentran en su hora dentro de la fórmula del artículo 8 inciso 7).

En efecto, la nueva disposición conserva un marcado parecido con la derogada en algunos aspectos importantes, pero también prevé una serie de cambios que mejoran notablemente el sistema. Veamos los más importantes, a saber: a) señalamiento expreso del deudor del tributo; b) diversificación del tratamiento tributario según sea la causa del pago remesado; y c) mecanismo de exoneración (mal llamada "exención" en el texto legal) a favor de ciertos grupos de preceptores de dividendos y de intereses.

a) El deudor del tributo.

La falta de una declaración expresa en el sistema del artículo 8 inciso 7) vigente antes de la reforma se reflejaba en ciertas incertidumbres que acusaba la jurisprudencia, particularmente la administrativa, al establecer quién era el deudor del tributo: si lo era el pagador precisamente en razón del pago (en cuyo caso ya no se trataría de un impuesto "sobre la renta"), o si lo era más bien el receptor del ingreso (en cuyo caso sí se trataría de una modalidad especial del impuesto sobre la renta); y aunque en los últimos años la segunda posición fue imponiéndose en una forma lenta pero muy segura, hacía falta una toma de posición del legislador que terminara definitivamente con la relativa incertidumbre que aún se mantenía sobre este punto.

Pues bien, el primer apartado del artículo 64 resuelve claramente el problema cuando dispone literalmente:

"Artículo 64.—Salvo lo dispuesto en el artículo 63 de esta ley, toda persona natural o jurídica que pague o acredite rentas de fuentes costarricenses a personas domiciliadas en el exterior, debe retener sobre el producto bruto las cantidades que resulten de aplicar los porcentajes que se indican a continuación, como impuesto único y definitivo que le corresponde pagar al perceptor de tales rentas..." (El subrayado es mío).

Es evidente, de acuerdo con el texto transcrito, que quien percibe las rentas es el deudor del tributo, pero además queda también claramente definido que el hecho generador es la percepción de las indicadas rentas, y que el impuesto en cuestión es una modalidad del impuesto sobre la renta. Y es claro que también antes de dicha reforma se podía arribar a idénticas conclusiones tal y como quedó demostrado cuando se analizó el régimen del artículo 8 inciso 7) antes vigente. Pero ello no estuvo exento de reparos mientras las cosas no fueron aclaradas en la forma del texto citado.

Ahora bien, si el deudor del tributo es la empresa o entidad perceptora del ingreso gravado, ¿cuál es la posición de la empresa domiciliada que remesa la suma correspondiente?

Todo parece indicar que el pagador asume en el nuevo texto legal la figura de un agente retenedor y que, por ende, responde solidariamente frente al Fisco por el impuesto no retenido, a tenor

del artículo 24 del Código Tributario. Así parece desprenderse tanto de primer apartado del citado artículo 64, que habla de "retener", como del inciso 3) del mismo artículo, que habla de la obligación de retener y pagar, y califica al pagador como un "agente de retención".

b) Diversidad de tratamiento tributario.

El vigente artículo 64 establece también tres tarifas distintas, según sea la causa que motiva el pago de la suma gravada: a) una tarifa del 20% con carácter general; b) una tarifa específica del 15% para los pagos o créditos por concepto de dividendos o participaciones sociales; y c) una tarifa del 10% para pagos o créditos por intereses y comisiones de préstamos, y para pagos hechos para retribuir a las empresas no domiciliadas por la concesión del derecho de exhibir películas de cine y televisión, videotapes, radionovelas, etc.

Desconozco las razones que militaron en pro de esta diversidad de tratamiento, pero supongo que la misma se debió fundamentalmente al temor de encontrar graves oposiciones si se pretendía unar el 20% como tarifa única, dado que los pagos por dividendos y por intereses no habían sido nunca gravados por razón del impuesto sobre la renta. Porque lo cierto es que si había alguna discriminación, ésta debió hacerse a favor y no en contra del grupo del 20%, que es en mi criterio el que se refiere de más cerca al desarrollo industrial y agrícola del país.

c) Mecanismo de exoneración.

Los incisos 2) y 3) del texto legal de comentario establecen ciertas dispensas de pago del tributo que en ciertos casos habría que calificar como exenciones, pero en otros se configuran como verdaderas exoneraciones. Y me interesa particularmente una de éstas: la facultad de exonerar del impuesto a las empresas no domiciliadas que perciban dividendos de sociedades domiciliadas en Costa Rica y que no podrían hacer valer como crédito tributario ante el Fisco del país de su domicilio el impuesto aquí establecido.

Esta exoneración vendría a establecer entre nosotros —aunque sólo parcialmente: para los dividendos y participaciones sociales— la regla consagrada en el Derecho Tributario interno e internacional, que proscribe la doble tributación por el mismo hecho generador.

“LA COSTUMBRE Y EL CONTRATO DE TRABAJO”

Lic. MANUEL FRANCISCO UMAÑA SOTO

PREAMBULO

El Derecho del Trabajo es el derecho de hoy y del futuro; carece del venerable pretérito y de la gloriosa tradición del Derecho Civil, ya que nace al final del siglo XIX; pero, en cambio, ha venido conquistando el apoyo de los estudiosos, de los grupos de avanzada, que no ven en esta disciplina nada de revolucionario, sino, por el contrario, el medio más efectivo hacia la consecución de la Justicia y la Paz Social. Estamos frente al conjunto de normas que ha transformado los principios que se creían inmutables de las ramas tradicionales del Derecho, y que se han constituido en un Derecho sui generis, de especialísima naturaleza, que se ocupa de problemas jurídico-sociales no resueltos por los poco elásticos moldes del Derecho Civil. Estamos frente a una ciencia moderna, ya que aún a principios del siglo XX muy pocos tratadistas se atrevían a pronunciar el nombre de Derecho del Trabajo. Hasta entonces había estado de moda el Derecho Civil, con toda su amplia gama de instituciones nacidas y desarrolladas desde el tiempo de los romanos, y que había deslumbrado el universo jurídico durante siglos. Pero con el nacimiento del Derecho del Trabajo nos asomamos al progreso; divisamos uno de sus frutos más perfectos, con una organización plena y auténtica, con toda la riqueza de la misma vida diaria, con su sencillez en el método para la creación de instituciones, derechos y obligaciones, todo lo cual incide en la producción de alimentos, de vestidos, de herramientas, de maquinarias y equipos, en el comercio y en la circulación de los bienes de intercambio.

Como una de las fuentes del Derecho del Trabajo encontramos “La Costumbre”, que no es ni más ni menos que la expresión espontánea y natural de la voluntad del grupo social, institucio-

nalizada en estructuras de comportamiento bien definidas, cuyo contenido se estima jurídicamente obligatorio.

Hemos decidido realizar este trabajo sobre "La Costumbre y El Contrato de Trabajo", porque encontramos del mayor interés señalar y determinar cómo la primera puede, dentro de ciertas circunstancias, modificar en forma sustancial lo que originalmente pactaron por escrito patrono y trabajador.

Estas breves sugerencias quizás tengan la virtud de dar idea de las riquezas que entraña el estudio del Derecho del Trabajo y de sus instituciones. Creemos que no encontramos en otra rama del Derecho un campo más vasto y más fecundo abierto a nuestras investigaciones, porque en él tenemos todavía mucho que aprender y descubrir.

I.—LA LEY Y LA COSTUMBRE COMO FUENTES DEL DERECHO.

La expresión "fuente" que ahora utilizamos, constituye una imagen exacta, toda vez que nos pone de inmediato en contacto con la idea cabal que deseamos exponer. En idéntica forma como remontarse a las fuentes de un río es llegar al lugar donde las aguas brotan de la entraña de la tierra para determinar el nacimiento de éste, indagar la "fuente" de una disposición jurídica equivale a averiguar el sitio en que emerge de la vida social a la superficie del Derecho. Asimismo, la palabra "fuente" puede utilizarse en el sentido de instrumentos o procedimientos que se usan para adquirir el conocimiento deseado sobre una rama del Derecho, o bien del Derecho en general.

Sobre el particular expone Recasens Siches:

"... El Derecho ha ido brotando concretamente en la historia merced a procesos sociales diversos: decisiones judiciales no basadas ni en norma legal ni en precedentes; costumbres; convicciones doctrinales (que obtienen aplicación por los tribunales); leyes; Derecho extranjero que es incorporado a la práctica judicial, etc.

Mas entre estas fuentes y todas las demás posibles, se destacan dos, por su constancia y permanencia y por su

poder de absorción con respecto a las otras. Son la ley y la costumbre..."⁽¹⁾

Mientras que en la ley encontramos una determinación lógica y un acto de imperio, en el que se refleja la voluntad del pueblo políticamente organizado, en la costumbre localizamos ciertas reglas que no son impuestas mediante ese acto de imperio determinado por el poder del Estado, sino que se trata de normas que a base de repetición constante reflejan las ideas que sobre la vida en común sostiene la mayoría de los sujetos que integra el grupo social.

De otra parte, se acepta sin mayores reparos que históricamente la costumbre es anterior a la ley, pues se establece que primitivamente la costumbre comprendía reglas éticas, religiosas y jurídicas. En cambio, es en época más o menos cercana cuando aparecen los primeros códigos; a partir de entonces se inicia el proceso legislativo.

Explican los hermanos Mazeaud:

"La ley es, en derecho francés contemporáneo, una fuente de importancia mucho más considerable que la costumbre.

Se define aquélla por sus caracteres esenciales: es obligatoria, emana de la autoridad pública, es general en su aplicación; en fin, es permanente ... de la conciencia popular es de donde brota lentamente el uso que, considerado poco a poco como obligatorio, se convertirá en regla de derecho: la costumbre.

La costumbre tiene la ventaja de ser flexible, maleable, de corresponder en todo instante a la voluntad popular, a las ideas, a los usos. Pero es imprecisa y no garantiza suficientemente la seguridad..."⁽²⁾

A todo lo antes expuesto agregamos que la costumbre jurídica es aquella que aparece reglamentada por el conjunto de normas que proceden de las formas en que actúa un pueblo, o por lo

(1) Vid. Luis Recasens Siches. "Filosofía del Derecho". Tomo 1, Pág. 275. Tercera Edición. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1946.

(2) Vid. Henri León y Jean Mazeaud. "Lecciones de Derecho Civil". Parte Primera. Volumen I, Págs. 115 y 117. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959.

menos la mayor parte de él, de manera constante y convencido de su absoluta necesidad jurídica.

II.—LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO DEL TRABAJO.

Deseamos precisar la idea del "Derecho del Trabajo" como un brazo de un caudaloso río que momentáneamente se separa del cauce madre para luego regresar al mismo, en vez de utilizar la metáfora que lo identifica como una de las "ramas" del Derecho, por cuanto ésta presupone que la "rama" se separa definitivamente del tronco y no regresa más a él.

Aceptada la autonomía del Derecho del Trabajo, debemos examinar cómo opera en él la costumbre. Para empezar, procede indicar que cuando se produjo el nacimiento del "Derecho Laboral" la costumbre y los usos desempeñaron papel destacado en el siglo XIX, porque entre la carencia de una legislación precisa y una reglamentación exhaustiva de las relaciones de trabajo, las prácticas seguidas corrientemente por los contratantes debían satisfacer las lagunas de la precaria legislación de entonces. En esa forma, los patronos y los trabajadores buscaron las posibles soluciones a sus conflictos, no en las reglas del Derecho Clásico, sino en las prácticas tradicionalmente observadas, que se apoyaban en los estatutos de las corporaciones y en los reglamentos de las manufacturas.

Hoy día, a pesar de la riqueza de la producción legislativa en materia de trabajo, la costumbre se afina propiamente en la forma como se desarrolla la relación laboral —no el contrato de trabajo—, de cada una de las profesiones y oficios, campo en el que se erige casi en estatuto particular de unas y otros. De esa manera opera en las labores agrícolas, en el trabajo de la gente de mar, en el del viajante de comercio, en el del servicio doméstico, en el contrato de trabajo a domicilio, etc. Puede afirmarse entonces, con toda propiedad, que la costumbre es nuevo Derecho que interpreta y deroga el ya establecido, con la inmensa ventaja de que no perturba el orden existente entre patronos y trabajadores, ni cercena o suprime derechos adquiridos.

Se discute, eso sí, como principio general, que la costumbre no priva frente a la ley, sino que se le acepta como subsidiaria de ésta, es decir "segundum legem" y "extra legem". Sin embargo,

se ha defendido la posibilidad de vigencia de la costumbre "contra legem" si ella es más favorable al trabajador, en aplicación de algunos de los principios básicos de nuestra disciplina, por ejemplo el principio "pro-operario", el de "la norma más favorable y el de "condición más beneficiosa".

Sobre el particular hay que determinar los casos en que la legislación de trabajo constituye derecho inderogable, y aquellos en que es tan sólo derecho dispositivo, porque es en este evento cuando la costumbre contra legem es admisible, ya que, propiamente, no va contra la ley, sino que se establecen reglas diferentes de las legales, porque ella así lo permite.

En relación con este tema, Juan D. Pozzo señala:

"... en derecho del trabajo no puede negarse el papel de la costumbre, sobre todo la costumbre profesional, es decir, la reiteración de procederes en determinados oficios o profesiones en la formación de normas laborales, que son aceptados, por cuanto existe entre los sectores interesados la convicción de su necesidad... Por último, cabe observar que si la costumbre constituye una fuente jurídica surgida de la convicción común acerca de su necesidad y aplicación, el derecho del trabajo que tiende a una normación de la comprensión y acuerdo de las partes interesadas, bien puede considerarla como fuente ampliatoria de las normas legales.

Dos problemas crea la aceptación de la costumbre como fuente normal del derecho del trabajo.

1) El problema de la prueba de los presupuestos de la existencia de la costumbre, especialmente la convicción de su necesidad jurídica entre dos grupos a quienes se aplica la norma: empleadores y empleados. Los medios de prueba son los comunes del derecho.

2) El problema de si la costumbre "contra legem" debe prevalecer sobre la misma ley, asunto que en general es preferible decidirlo negativamente, aun cuando en determinado momento la sanción legislativa sea opuesta al sector popular."⁽³⁾

(3) Vid. Juan D. Pozzo, "Manual Teórico Práctico de Derecho del Trabajo". Parte General. Derecho Privado del Trabajo. EDIAR, Sociedad Anónima, Editora Comercial, Industrial y Financiera. Segunda Edición, Págs. 124 y 125.

Mario L. Deveali afirma:

“Admitido el carácter de fuente del derecho, corresponde determinar su gravitación jerárquica en el ordenamiento positivo y su gravitación en el vínculo que emana de las relaciones laborales, frente a la ley.

En este sentido se plantean los tres aspectos siguientes:

- a) Cuando el uso o la costumbre actúa en modo concurrente con la ley... (secundum legem).
- b) Cuando el uso o la costumbre supera las disposiciones legales...
- c) Cuando el uso o la costumbre actúa contra las disposiciones de la ley, o sea modifica sus normas... (contra legem).

En general, las leyes del trabajo son de orden público y no admiten la renuncia ni la transacción en relación con sus disposiciones, por cuya circunstancia no podría admitirse la posibilidad de que el uso o la costumbre pretenda afirmar una norma que contravenga a la ley.

Pero frente a este planteo general, el mismo autor —refiriéndose a Barassi—, hace una distinción entre lo que denomina leyes imperativas y leyes dispositivas. Las primeras, por su naturaleza, no admiten ninguna posibilidad de derogación o modificación.

En cambio, en relación con las segundas, se ha pretendido admitir la posibilidad de una modificación... ”⁽⁴⁾

La Legislación Laboral costarricense expresamente establece que la costumbre es una de las fuentes del Derecho del Trabajo; el artículo 15 del Código de la materia señala: “Los casos no previstos en este Código, en sus Reglamentos o en sus leyes supletorias o conexas, se resolverán de acuerdo con los principios generales del Derecho del Trabajo, la equidad, la costumbre o el uso locales; en defecto de éstos se aplicarán, por su orden, las disposiciones

(4) Vid. Mario L. Deveali. “Tratado de Derecho del Trabajo”. Dirigido por Mario L. Deveali. Tomo I, Págs. 381, 382 y 383. La Ley, S. A., Editora e Impresora, Buenos Aires, 1964.

contenidas en los Convenios y Recomendaciones adoptados por la Organización Internacional del Trabajo en cuanto no se opongan a las leyes del país, y los principios y leyes del derecho común”.

En igual forma, la jurisprudencia del Tribunal Superior de Trabajo ha seguido un lineamiento coincidente en sus sentencias sobre esta materia, estableciendo en ellas aspectos que se reiteran frecuentemente. Se ha indicado, por ejemplo, que en virtud de la costumbre pueden llegar a crearse derechos a favor del trabajador superiores a los que consagra el Código de la Materia, aunque no haya convenio expreso sobre el particular.⁽⁵⁾

En otras de las sentencias de ese especializado Tribunal se sustenta el criterio de que la costumbre no puede estar reñida con las disposiciones legales respectivas, todo en resguardo de los derechos del trabajador.⁽⁶⁾

Pero, no obstante lo anterior, debemos señalar que no siempre la costumbre es fuente de obligaciones, toda vez que para ello es necesario que reúna determinados caracteres, los que de faltar le restarían el carácter de fuente productora de derechos. Estos caracteres han sido concretamente puntualizados por el Tribunal Superior de Trabajo, siguiendo al maestro mexicano J. Castorena.

Veamos:

“1. Un largo y constante uso. Claro que nadie podría decir qué término se necesita para que una costumbre pueda ser obligatoria; basta con que el término sea suficientemente largo para que se considere admitida o aceptada por los interesados. El que sea constante quiere decir que haya sido aplicada la costumbre sin interrupción. Tampoco se podría exigir que se dijera qué número de actos ha regido la costumbre, para que se pueda considerar obligatoria; basta con que su empleo haya sido constante, es decir, que no haya sido contrariado por otro uso o por otras costumbres, para que el intérprete tenga obligación de tomarla en cuenta para decidir la controversia que se le ofrece.

2. La costumbre necesita, además, ser notoria, es decir, que sea conocida por los interesados a quienes se apli-

(5) y (6) Sentencias del Tribunal Superior de Trabajo de 16:10 horas del 23 de enero de 1946 y 15:15 horas del 21 de julio de 1959, respectivamente.

ca. El conocimiento, sin embargo, no es una cosa subjetiva que tenga que comprobarse respecto de cada interesado en particular; el conocimiento es, o expresa, por mejor decir, el hecho de que la costumbre se haya aplicado en forma ostensible, públicamente.

3. La costumbre debe tener el carácter de ejercicio de un derecho subjetivo, que contiene la expresión de un derecho objetivo".⁽⁷⁾

Todo este conjunto de ideas viene a reiterar el principio no cuestionado de que la legislación laboral constituye un acervo de garantías mínimas en favor de la clase trabajadora, y de que sobre ese mínimo el patrono puede otorgar mayores beneficios por medio de convenios explícitos, o en virtud del ajuste de voluntades tácito que se objetiviza por intermedio de la costumbre.

Para concluir este acápite recordamos las palabras de Saavedra Fajardo:

"Las costumbres son leyes no escritas en el papel, sino en el ánimo y memoria de todos y tanto más amadas cuanto no son mandadas. La fuerza de obligar de la costumbre radica en la convicción de que su observancia corresponde a una necesidad jurídica".

Finalmente, procede anotar que la costumbre debe ser objeto de prueba en toda controversia o litigio, no significando ello que se trate de un hecho, sino simplemente de un derecho que hay que probar, en la misma forma como debe probarse una ley extranjera en los tribunales, cuando ésta es invocada por alguna de las partes. Lo anterior en razón de que por la cantidad y variedad de costumbres, resulta casi imposible para el juez conocerlas; y aún en el evento de que las conozca, no debe aplicarlas si no han sido objeto de prueba, ya que por el no uso pueden ser derogadas.

III.—EL CONTRATO CIVIL Y EL CONTRATO DE TRABAJO.

Para los efectos que se persiguen con este estudio, indicaremos sucintamente, que la denominación "contrato" presupone y equivale a un acuerdo de voluntades, libremente expresadas, entre

(7) Sentencia N° 780 del Tribunal Superior de Trabajo de 16:30 horas del 15 de octubre de 1953.

dos o más partes —(los contratantes)—, manifestado en forma legal para su eficacia, y que tiene por objeto la creación, modificación o extinción de una relación jurídica. En términos más breves aún: "Contrato es el convenio de dos o más personas para constituir una obligación entre ellas", tal y como lo describe Brenes Córdoba.⁽⁸⁾ O bien, como lo define Heinrich Lehmann: "Contrato es la declaración de voluntad coincidente de dos (o más) partes que se enfrentan, para producir una consecuencia jurídica unitaria. Está integrado por declaraciones intrínsecamente diferentes, pero que se corresponden entre sí y han de coincidir en la obtención de una consecuencia unitaria."⁽⁹⁾

La existencia legal de los contratos requiere la concurrencia de diversos elementos, los cuales se han agrupado en "esenciales" y "formales". Los elementos que se denominan esenciales comprenden la capacidad, consentimiento, objeto y causa; y los segundos se refieren a las formalidades que exige la ley para su validez.

Realizado el preámbulo anterior, señalamos a continuación que la expresión "contrato de trabajo" no figura en los códigos civiles del siglo pasado, que legislaron sobre las relaciones de trabajo denominándola "arrendamiento" o "locación de servicios".

La designación "contrato de trabajo" proviene, caso curioso, de los economistas belgas, y fue adoptada por la legislación de marzo de 1900. Posteriormente, Francia y Suiza la incorporan a su Código de Trabajo, y a su Código Federal de las Obligaciones, respectivamente.

Es claro que la expresión "arrendamiento de servicios" remonta a las vetustas concepciones que no comprendían las modernas ideas de libertad humana, de independencia de los trabajadores, y de que la esencia misma del contrato de trabajo está revestida de la dignidad humana ínsita en la fuerza de trabajo del hombre.

El contrato antes llamado "arrendamiento de servicios" conquistó su autonomía, se desligó de las ataduras del Derecho Civil, y se convirtió en el "contrato de trabajo" propiamente dicho, desig-

(8) Vid. Alberto Brenes Córdoba. "Tratado de las Obligaciones y Contratos". Pág. 303. Imprenta Trejos Hermanos, San José, 1923.

(9) Ver Heinrich Lehmann. "Tratado de Derecho Civil". Vol. I., Parte General, Pág. 337. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956.

nación que ya no rememora el arrendamiento de cosas. Los servicios que ofrece y suministra una persona no pueden reglarse con la misma medida que se utiliza para determinar los servicios que prestan las cosas.

Podemos anotar que el contrato de trabajo es el instituto jurídico en virtud del cual una persona física —denominada trabajador—, presta a otra —llamada patrono—, sus servicios materiales o intelectuales, en forma subordinada, a cambio de una remuneración económica y bajo su dirección y dependencia. Esta definición, acorde con la tendencia de nuestro Código de Trabajo, incluye los elementos primarios o esenciales del contrato de trabajo, a saber: prestación personal de servicios, subordinación jurídica, remuneración y dirección.

El artículo 18 del Código de la Materia lo define así: “Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es todo aquel en que una persona se obliga a prestar a otra sus servicios o a ejecutarle una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de ésta, y por una remuneración de cualquier clase o forma...”.

La autonomía del contrato de trabajo, tema tan discutido y origen de las más variadas polémicas y tesis, ha sido exhaustivamente estudiado en el Instituto del Trabajo de la Universidad del Litoral de la Argentina, entidad que ha resumido así las circunstancias en que se fundamenta la autonomía de dicho contrato:

a) Por las especiales características jurídico-sociales que informan el contrato de trabajo;

b) Por las características de los factores que intervienen en el mismo y el predominante carácter humano con que debe conceptuarse el trabajo;

c) Por los principios de orden público que predominan en su estructura legal;

d) Por la finalidad que debe orientar el proceso de la actividad profesional;

e) Por la valoración conceptual del trabajo como actividad de carácter social, ajena en su contenido al de una mercancía;

g) Porque sus principios jurídicos no constituyen excepciones del Derecho Privado, desde que integran una rama autónoma del Derecho;

g) Porque no habría correlación entre los principios básicos del Derecho Común y los del Derecho del Trabajo dentro del mismo cuerpo de leyes, lo que afectaría a su interpretación jurisprudencial y desnaturalizaría la institución jurídica;

h) Por el grado de vinculación y de subordinación del contrato de trabajo con respecto al convenio colectivo, circunstancia que supone un desplazamiento de la voluntad individual y privada por la de carácter social”.⁽¹⁰⁾

Una nota característica del contrato de trabajo deriva de su frecuencia, toda vez que es el contrato que más a menudo se celebra, y el que le permite vivir a la mayoría del género humano. Esta nota obliga e impone rodearlo de especial dignidad, radicalmente distinta de la categoría en que se sitúan los restantes contratos.

De otra parte, mientras que en el contrato civil no todas las mutaciones de los hechos y las circunstancias autorizan los cambios en las responsabilidades de las partes, ni permiten pedir la disolución del contrato, en el de trabajo la flexibilidad y elasticidad propias de él sí facilitan cambios en algunos aspectos básicos del mismo, tales como funciones que ejerce el trabajador, salario que recibe, jornada de labores, beneficios extra-salario derivados de la relación obrero-patronal, indemnizaciones, etc.

Indicado lo anterior, creemos de la mayor utilidad y de gran importancia ubicar y determinar las notas que caracterizan la “relación de trabajo”, instituto que puede, o no, ser coincidente con los términos pactados en el “contrato de trabajo”.

Ocurre con harta frecuencia que el trabajador inicia la prestación de sus servicios y la desarrolla efectivamente sin haber expresado su voluntad, mediante acuerdo con la del patrono, en un contrato; y se agrega que a veces el obrero trabaja sin saber quién es su verdadero patrono, pues ni siquiera ha conversado con él. Este

(10) Vid. Guillermo Cabanellas, “Compendio de Derecho Laboral”. Tomo I. Pág. 319. Bibliografía Omeba. Buenos Aires, 1968.

es un fenómeno que aparece definido con sigular claridad en una institución que es propia del Derecho Laboral, cual es "el enganche". Este consiste en la posibilidad que tiene el obrero de ingresar al servicio de la Empresa y desarrollar sus labores sin haber discutido previamente las condiciones básicas en que ha de prestar su fuerza de trabajo. En síntesis, se trata de un acto de adhesión a un reglamento pre-establecido, que excluye la expresión del "contentimiento", a pesar de que las concepciones tradicionales del "contrato", especialmente las civilistas, incluyen a éste dentro de los elementos esenciales.

Se sostiene entonces que la "relación de trabajo" se determina por una situación de hecho, y dura mientras subsista la misma. Dentro de este cuadro, el empresario, limitado por el Derecho Positivo, fija las condiciones en que deberá cumplirse la prestación laboral, y el trabajador se limita a asentir, incluso a veces sin palabras, a la regulación existente.

En un substancioso e importante estudio, Mario de la Cueva, citado por Alfredo J. Ruprechet, expone:

"... al celebrarse el acuerdo de voluntades entre el patrono y el obrero, es decir, el contrato de trabajo, no nace ni el deber de obediencia ni la facultad de mandar. En cambio en el momento en que el trabajador da cumplimiento a la obligación que contrae, surge la subordinación, con las consecuencias mencionadas, es decir, las obligaciones para ambas partes."⁽¹¹⁾

Lo anterior nos lleva necesariamente a distinguir entre el contrato y la relación de trabajo.

Todo lo antes expuesto se vitaliza con el hecho de que a veces, salvo el caso de los altos empleados de la compañía, el empresario casi nunca interviene en la contratación de los trabajadores, a quienes, en muchas ocasiones, ni llega a conocer, toda vez que son sus empleados los que se encargan del "enganche" o "enrolamiento" de los obreros.

Se nota fácilmente que lo importante no es propiamente "el contrato", sino "la relación" de trabajo, concebida ésta como EL

(11) Alfredo J. Ruprechet. "Contrato de Trabajo". Principios Generales y Legislación Comentada. Bibliografía Omeba, Buenos Aires, 1960.

CONJUNTO DE CONDICIONES EN QUE EFECTIVAMENTE SE PRESTA EL SERVICIO, para cuya existencia sólo es indispensable la voluntad del trabajador; consiguientemente, la concurrencia de la voluntad del patrono no es necesaria para la formación de la relación, siendo ésta la que determina la aplicación del Derecho del Trabajo. Se advierte así una clara declinación del "contrato de trabajo".

En el mismo sentido apuntado Rafael Caldera expone:

"La idea que se ve dominar en la doctrina es la de atribuir mayor importancia, dentro de la vida jurídica laboral, a la "relación de trabajo" que al contrato de trabajo.

En los primeros tiempos parecía desprenderse de los textos doctrinarios y legales la idea de que la relación jurídica establecida entre patronos y trabajadores era siempre una relación contractual. Pero, en los mismos esfuerzos hechos para diferenciar el contrato de trabajo de otros contratos vecinos suyos dentro del Código Civil, como la venta y el arrendamiento, se hacía énfasis en dos circunstancias que le daban fisonomía especial frente a las demás figuras contractuales: en el carácter "personal" del trabajo, que no permite considerarlo como una mercancía, y en su trascendencia "social", que no admite su abandono a la voluntad de particulares.

Por otra parte, había una circunstancia fácil de señalar, la de que en el hecho de la prestación del trabajo, y no en el simple acuerdo de voluntades (que en sí basta para perfeccionar el contrato) reside el supuesto de aplicación de una serie de normas protectoras de la Ley; pago de salarios mínimos, descansos, vacaciones, participación en los beneficios, reparación de infortunios y otros aspectos de la Seguridad Social. Más aún, ese "hecho" alcanza a producir efectos jurídicos, lo mismo cuando deriva de un contrato, que en los casos, mencionados atrás, en que la prestación de servicios no proviene de una negociación contractual... La solución se encontró en la distinción entre la "relación de trabajo" y el "contrato de trabajo". Autores alemanes, especialmente Potthoff, Siebert y Nikisch, dieron forma a esta distinción, según la cual la "relación de trabajo", que co-

múnmente se origina en un contrato de trabajo, puede no tener fuente contractual: es ella, vale decir, la relación jurídica surgida entre el trabajador y el patrono por el hecho de la incorporación o "instalación" en la empresa, la que pone en funcionamiento el mecanismo protector consignado en la legislación de trabajo".⁽¹²⁾

En el mismo orden de ideas, Ernesto Krotoschin apunta lo siguiente:

"La relación individual que se establece entre un patrono y un trabajador dependiente es, por regla general, un contrato de trabajo. La teoría sobre el contrato de trabajo ha planteado una serie de problemas; a algunos de ellos se ha hecho referencia ya en los párrafos anteriores, pero es preciso profundizar su estudio. Debe aclararse en primer término cierta distinción que en doctrina se hace entre el contrato y la relación de trabajo (en sentido específico) ... Pero esta última surte también efectos que no derivan del contrato sino que, con independencia de éste son consecuencia de ciertas normas legales cuyo objeto es, principalmente, la protección del trabajo en sí, y la del trabajador que lo ejecuta. Esta circunstancia ha contribuido a que se conciba de modo distinto la llamada relación de trabajo. Este nuevo concepto de la relación de trabajo se refiere únicamente a la relación que nace de la ejecución del trabajo, de su prestación, y prescinde de su origen que tanto puede ser contractual como no contractual."⁽¹³⁾

Para concluir este apartado, traemos a este trabajo la opinión sobre el particular de Juan D. Pozzo, quien advierte:

"En los países que respondieron a las teorías totalitarias, especialmente en Alemania antes de la Segunda Guerra Mundial, ciertos autores llegan a negar el carácter contractual de la relación de trabajo.

Para estos autores la simple circunstancia de hecho de hallarse una persona trabajando bajo la dependencia de

otra, crea independientemente del vínculo contractual, una relación laboral que es regulada por el derecho del trabajo ...".⁽¹⁴⁾

IV.—LA COSTUMBRE LABORAL.

Siguiendo el lineamiento pre-establecido para el desarrollo de este estudio, debemos referirnos a continuación a "la costumbre laboral", con la doble finalidad de precisar este concepto, y de segregarse esta modalidad de la institución de la costumbre como fuente del Derecho, que es el género de aquélla.

La costumbre puede ser, desde el punto de vista "territorial", general o local, predominando la última sobre la primera. Por "las personas" se clasifica la costumbre en la de aplicación general, y la particular, con primacía de ésta sobre aquélla.

Según lo señalado, en el Derecho del Trabajo, la costumbre de una profesión determinada rige sobre la que es general de los trabajadores de una localidad, región o país, por cuanto la que hemos citado en primer término incluye una serie de elementos no contenidos en la costumbre general, la que en esta forma queda derogada.

Manuel Alonso García propone varias clasificaciones de "la costumbre laboral"; de ellas escogemos las siguientes:

"A) DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SU FUNCION:

a. **Interpretativa**, que no cumple misión de norma aplicable, sino que actúa como elemento o instrumento auxiliar para mejor entender el sentido de la norma existente; y

b. **Normativa**, que actúa ya como auténtica regla del Derecho objetivo, y que supone, o bien ausencia de norma legal, o bien norma legal que remite expresamente a la costumbre.

B) POR SU AMBITO O EXTENSION:

- a. **Local o territorial;** y
- b. **Profesional o industrial.**

⁽¹⁴⁾ Op. Cit., Pág. 172.

⁽¹²⁾ Vid. Rafael Caldera. "Derecho del Trabajo", 2ª Edición. Tomo I, Págs. 262 y 263. Librería El Ateneo, 1960.

⁽¹³⁾ Ver Ernesto Krotoschin. "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo". Vol. I, Págs. 161 y 162. 2ª Edición. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1968.

C) POR SU EFICACIA FRENTE A LA LEY:

a. *Extra legem*, reguladora de situaciones sobre las que la ley no ha dictado precepto ninguno, y cuya admisión, en derecho, no ofrece duda, como podemos advertir en todos aquellos supuestos en los que la regulación se refiere, en defecto de la ley, a los usos y costumbres, o en aquéllos otros en los que expresamente la remisión se hace ya al uso o costumbre de la localidad.

b. *Secundum legem*, que se da cuando ya existe norma legal aplicable al punto de que se trate, y en el mismo sentido que aquélla, con lo cual queda bien claro que la costumbre según la ley tiene un valor meramente interpretativo para facilitar el conocimiento del verdadero significado de la norma legal; y

c. *Contra legem*, que regula una determinada situación jurídica, no sólo de manera distinta, sino en contradicción con lo que, respecto de esa situación, la norma legal impera".⁽¹⁵⁾

En todo caso, la costumbre laboral ha tenido una fuerza inicial radicada en su mismo valor de precedente; su importancia dentro del Derecho de Trabajo estriba en que éste, legislativamente concebido, es bastante joven aún, y para llegar al momento actual de desarrollo legislativo ha sido necesario superar la etapa en que las relaciones laborales se regulaban por normas civiles, o se guiaban, en su vigencia y efectos, por los usos y costumbres comúnmente admitidos que era la expresión de la práctica cotidiana de la relación de trabajo.

V.—LA COSTUMBRE EN EL DERECHO LABORAL COSTARRICENSE.

El Código de Trabajo de Costa Rica emplea indistintamente los términos "uso" y "costumbre", lo que, en nuestro criterio, es correcto, toda vez que una eventual e hipotética diferenciación, de conformidad con dicha legislación, no tendría repercusiones de especial resonancia y eficaz aplicación en nuestro Derecho.

(15) Cfr. Manuel Alonso García. "Curso de Derecho del Trabajo". Segunda Edición, Págs. 136 y 137. Ediciones Ariel, Barcelona.

En el precitado cuerpo de leyes la costumbre observa las siguientes direcciones:

- A) La costumbre es fuente del Derecho del Trabajo. (Ver artículo 15).
- B) El uso o la costumbre opera como fuente reguladora del contrato de trabajo, en defecto de la ley. (Ver artículo 19).
- C) Nuestro Código utiliza, indistintamente, los términos "uso" y "costumbre".
- D) La costumbre rige tanto en el ámbito nacional, como en el local, y, además, en el profesional para referirse a determinadas obras y servicios.
- E) En nuestro criterio la costumbre "contra legem" tiene plena vigencia en virtud de la aplicación de los principios que operan en el Derecho del Trabajo denominados "de norma más favorable", "de condición más beneficiosa" y "pro-operario", en concordancia con las disposiciones del Artículo 21 del Código de la Materia que señala que las garantías y derechos que otorgan a los trabajadores dicho Código y sus leyes conexas o supletorias representan un mínimo, lo que significa que cuando la costumbre comporte condiciones más beneficiosas para el trabajador que las fijadas por la ley o por el contrato de trabajo deberán prevalecer sobre las estipulaciones contenidas en el respectivo contrato o en la ley.

VI.—CONCLUSIONES.

De nuestro estudio derivamos la conclusión de que en virtud de la costumbre, reiterada en el tiempo, conocida y aceptada por las partes interesadas en el juego de intereses obrero-patronales, es perfectamente factible que se produzca una radical transformación de lo que, originalmente, pactaron empresario y trabajador. Así por ejemplo, si al iniciarse dicha relación convinieron en que éste laboraría como guarda de la empresa, y con el transcurrir del tiempo resulta que, poco a poco, la prestación de servicios deviene hacia otras funciones, supongamos las de chofer-repartidor, es cla-

ro e innegable que de hecho y de derecho se producen sustanciales variantes en relevantes aspectos tanto dentro de la vigencia misma de la relación laboral, como posteriores a su eventual terminación. Creemos que se alteran renglones como: salario, que podría ser mayor; jornada de trabajo, que resultaría inferior en número de horas laborables; beneficios fundamentados y calculados en el salario base; clasificación de puestos dentro de la empresa; también se vería afectado un posible pago de prestaciones legales; y, finalmente, una hipotética remuneración por concepto de indemnizaciones con motivo de impedimentos para el trabajo.

Como corolario de este ensayo, reflexionamos sobre el problema de la aplicabilidad o inaplicabilidad de la costumbre en el Derecho del Trabajo, y al llegar a la ineludible conclusión de que, en última instancia es al Juez de Trabajo a quien compete resolver ese problema, rememoramos las palabras de Wilhelm Herschel, citado por quien en vida nos distinguió con su amistad: Héctor Genoud:

“El Derecho del Trabajo tiene un color especial por la fuerte acentuación de lo humano, en estrecho contacto con lo técnico y económico... Unicamente los que penetran en el espíritu del Derecho del Trabajo, y no solamente con la cabeza sino también con el corazón, pueden comprender su esencia, y la del trabajo personalmente dependiente”.⁽¹⁶⁾

Y nuestra fe está totalmente puesta en el intelecto y en la sensibilidad de los jueces del trabajo de Costa Rica.

(16) Vid. Héctor Genoud. "EL JUEZ DEL TRABAJO". Págs. 89 y 90. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1968.

ESTRUCTURALISMO Y DERECHO

Dr. FERNANDO MORA

I.—CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Hay términos —afirma Vittorio Frosini—⁽¹⁾ cuyo uso sirve para caracterizar todo el modo de pensar de una generación desde que consiente en poner en crisis los problemas tradicionales y presentar una serie de nuevas soluciones —o al menos, reconquistar el sentido íntimo de esos problemas, y renovar el sentido de la vida. Tales términos, en efecto, pertenecen no sólo al lenguaje de los doctos, sino que se convierten también en posesión de la conciencia del hombre común: cuando terminan por ser empleados corrientemente, establecen más bien el puente de unión entre la alta y la media cultura.

Para Frosini un ejemplo de tal fenómeno es el término “naturalaleza”, en la segunda mitad del siglo XVIII que “gracias, sobre todo, a la obra de Juan Jacobo Rousseau” llegó a ser “una especie de moneda ideal, de larga circulación intelectual” con la que se entró a revalorar concepciones y convenciones “hasta entonces aceptadas”.

Un fenómeno similar encontramos hoy en día, especialmente a partir de la post guerra, con el término “estructura”. “He aquí, —repite Frosini— a propósito de la formación de un nuevo gobierno, un articulista político de un gran diario hablar desde el titular, de la estructura del gobierno; y he aquí a otro invocar... reformas de estructura; y a un crítico teatral presentar observaciones con respecto a objetos, de estructura en la composición de un espectáculo”.

Evidentemente **estructura** ha entrado de lleno en nuestro vocabulario y particularmente en aquel relacionado con una problemática social así como se ha introducido recientemente en las ciencias del hombre.

(1) *Il concetto di struttura e la cultura giuridica contemporanea*, "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", II - III, 1959, pág. 167.

Sin embargo, el término es de uso más antiguo en las “materias de orden teórico”, como la ingeniería, o en la economía en la que el marxismo habla de estructura (económica), super-estructura (jurídica y política), que en las dichas ciencias del hombre. Debo anotar que Frosini⁽²⁾ insiste en el uso mecanicista que Marx hace de los términos “estructura” y “superestructura”. No entraremos a decidir si es acertada o no tal afirmación pues no es fundamental en este análisis.

En todo caso podríamos decir que “estructura” puede tener dos sentidos: el sentido mecánico de las ciencias técnicas (o de la economía marxista); estructura como parte fundamental o no, que puede separarse de las otras, a las que está unida según leyes físicas que gobiernan el mundo de la materia inerte”. “El mismo Marx —dice Frosini— aunque haya empleado el término en el campo del análisis social, lo usó en forma análoga”.

Por otra parte, se entiende la “estructura” en un sentido orgánico como “unidad profunda de una forma viviente: representa, por así decirlo, la forma interna de un organismo...”⁽³⁾

Estructura es orden, ordenamiento, ordenamiento según ciertas reglas, pero es también, para decirlo con A. Jacob⁽⁴⁾ la “dependencia entre los hechos de un sistema” o como lo expresa Frosini para la ciencia jurídica⁽⁵⁾, si el derecho es el conjunto de formas en que se objetiva la acción y forma “la entendemos no como lo opuesto a “contenido” o “materia”, sino como forma interna de la acción misma, estructura es esa forma interna de la acción. Este último, al menos, es el sentido que deberíamos darle a “estructura” en el campo de la ciencia jurídica como veremos al finalizar este desarrollo.

La estructura entonces es esa armazón interna cuyo equilibrio, además, en un momento dado depende de la permanencia de sus elementos, íntimamente trabados entre sí e interdependientes y que, en caso de desaparecer o ser eliminados implican un cambio total de la estructura misma.

(2) Op. cit., p. 168.

(3) Frosini, op. cit., p. 168.

(4) *Sur le structuralisme*, “Les études philosophiques”, 1969, Nº 2, p. 175.

(5) *La struttura del diritto*, Giuffrè, Milán, 1968, p. 12.

II.—EL DERECHO COMO CIENCIA DE ESTRUCTURAS

El Derecho es una ciencia de estructuras; no quiero con ello decir que sólo el Derecho lo sea. La ciencia en general, funciona a base de estructuras. Sólo que esto último no podríamos descubrirlo sino cuando empezamos a usar el término con un contenido particular.

Lo que afirmo es que el Derecho es un fenómeno necesariamente de estructuras. Lo será la norma, individualmente considerada; lo son las instituciones jurídicas, particularmente consideradas, y dentro de un Código; lo son los códigos; los sistemas de Derecho Público y de Derecho Privado; lo es el Derecho todo.

El jurista, sin meditar sobre ello, ha estado haciendo ciencia fundamentalmente de estructuras. En un sentido metodológico, ha sido siempre un estructuralista. La única diferencia es que hoy en día ha ampliado el campo de la estructura, esencialmente cambiándola, al comprender que hay todo un proceso dialéctico, de interacción, entre comunidad y norma, en el que se debe basar fundamentalmente la investigación científica, como veremos adelante.

La mejor demostración quizá se dé en casos como el reconocimiento de la sociedad de hecho, o del matrimonio de hecho; en el caso del reconocimiento de hecho de hijo natural, al asumir el padre, por ejemplo, sus gastos (posesión notoria de estado).

Cierto: algunos de estos fenómenos existen ya antes de la nueva tendencia en la investigación jurídica. Diríamos que son las nuevas estructuras, que empiezan a aflorar en la regulación de la conducta. Posteriormente el jurista sabrá por qué se desarrolló así la institución al descubrir la superación del mero formalismo normativista y encontrar que el Derecho no es sólo norma sino la interacción dialéctica entre norma y comunidad o, como veremos en otra parte de este trabajo, acción humana objetivada en la norma pero siempre actuante.

“De modo que —dice Frosini—⁽⁶⁾ parafraseando el título de una obra del filósofo inglés Bernard Bosanquet, que definía la lógica como una “morfología del pensamiento”, se puede decir que en la más iluminada investigación contemporánea el derecho hoy

(6) *Il concetto* ... cit., p. 176.

se manifiesta como una "morfología de la acción", como un desarrollo de estructuras, que constituyen la lógica de la acción humana en la vida social".

Creo que así ha trabajado el jurista desde siempre. El biólogo trabaja sobre los fenómenos de la vida y estudiándolos descubre las estructuras internas de los fenómenos. Lo mismo diríamos en el caso de otras ciencias. El ingeniero trabaja con estructuras, pero estructuras mecánicas y no orgánicas. El jurista en cambio no trabaja con nada distinto de las estructuras mismas, en sentido orgánico. Es más: su quehacer cotidiano se refiere a esas estructuras normativas. Dentro de un momento lo veremos más claro.

Releyendo mis notas para este trabajo me encuentro de nuevo con la siguiente afirmación: "Sin embargo, quisiéramos observar que Rawlins y Weidlé y algunos otros, han dirigido su atención, al valerse del método de interpretación morfológica, a las obras de arte figurativas y literarias; es decir, a productos de la actividad estética, en las que la forma interna no emerge con la claridad con que se impone en el caso de la música".⁽⁷⁾ Como se ve, el autor insiste en las grandes posibilidades del método estructuralista aún en ramas de la actividad humana como las estéticas, menos evidentes en su "forma interna" que otras. Y me digo ¡qué posibilidades inmensas abre el método morfológico a la ciencia jurídica! cuando el mismo autor, en otra obra suya⁽⁸⁾ afirma que "el derecho se puede definir en efecto como el conjunto de las formas en las que se objetiva la acción", agregando que el significado de forma debe entenderse no ya como opuesto al de contenido o materia, es decir como figura abstracta de la realidad o substancia de la acción, sino como forma interna de la acción misma como su estructura, que asegura la salvación y la certeza de la acción, rescatándola de su vitalidad efímera para conferirle una estabilidad y sobrevivencia, un carácter sagrado, merced a un proceso de alienación de la voluntad psicológica del agente; la ley es un efecto, una acción ejemplificada, un paradigma de la acción, conforme al cual se puede conjugar el actuar".

Permitaseme hacer este parangón: la conducta informe viene a obtener una significación social en el momento en que una

(7) Frosini, *Il concetto . . .*, cit., p. 174.

(8) *La struttura . . .*, cit., p. 12.

estructura, una forma interna le insufla sentido: como el significado pleno que adquiere la masa informe o carente de significado propio de un balón cuando se le insufla aire, y cada uno de sus elementos recibe la ubicación y grado de tensión necesarios para llegar a ser un gato, o un perro, o cualquier otra figura.

Ahora bien, si esto es el Derecho, creo justificado insistir en que el Derecho es una ciencia de estructuras puesto que, fundamentalmente, trabaja con ellas y no con ninguna otra cosa.

No debemos olvidar que Derecho es un sistema dentro del que las partes no adquieren significación ni son definibles sino "en función del todo coherente". Parafraseando a Frosini,⁽⁹⁾ un ordenamiento jurídico total es una estructura, es decir "un organismo ideal viviente", apercibido de caracteres de autorregulación y de continuidad dinámica (recordemos que el Derecho tiene sus propios sistemas de cambio, formal o empírico).

OPOSICIONES BINARIAS.

El derecho es una estructura que funciona sobre oposiciones binarias: "estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo de forma y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del Derecho positivo. En cuanto a la oposición entre Derecho público y privado tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas".⁽¹⁰⁾

Debo aclarar que en la teoría anterior a Kelsen, derecho objetivo y derecho subjetivo no son nociones propiamente opuestas, sino que se refieren a fenómenos diversos: al Derecho subjetivo, se suele decir, se opone el deber jurídico, afirmación poco feliz. En todo

(9) *Il concetto . . .*, cit., p. 173.

(10) Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, Eudéba, Buenos Aires, 1960, p. 113. Naturalmente, es sabido que Kelsen precisamente, trata de demostrar cómo todas estas oposiciones son artificiales y superfluas. Pero la ciencia jurídica post-kelseniana, insiste en su carácter esencial, natural y ha intentado revigotizarlas.

caso, para Kelsen, por ejemplo, si son nociones que vienen presentadas como opuestas. "Valiéndose de una ingeniosa imagen, Georges Gurwitsch ha comparado la relación que media entre ambas a la existencia entre las superficies convexa y cóncava de un cono hueco; la última encuéntrase determinada por la otra, que le imprime su forma peculiar, mas no se confunde con ella".⁽¹¹⁾

Kelsen en cambio, puede afirmar que son nociones opuestas identificando precisamente la norma con el deber jurídico.⁽¹²⁾ Lo anterior es a su vez posible mediante la inversión que hace entre norma que prescribe una conducta y norma que sanciona la violación de la primera. Bien sabemos que para Kelsen la norma sancionadora es la primaria y en consecuencia la secundaria es la norma que impone un deber jurídico, cuya violación provoca la aplicación de la norma primaria sancionadora. "Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado".⁽¹³⁾

Aclarado el por qué Kelsen ejemplifica la estructura binaria del Derecho aún con el ejemplo de la oposición entre Derecho objetivo y Derecho subjetivo, digamos que quedan fuera del elenco de las oposiciones básicas del Derecho dos ejemplos fundamentales: uno en el microcosmos del fenómeno: la norma y otro en el macrocosmos: las grandes dicotomías históricas del Derecho, eminentemente dialécticas.

Prestemos nuestra atención al fenómeno microcósmico: a la norma jurídica.

Dentro del sistema jurídico, la norma tiene una estructura lógica: es decir, está constituida por ciertos elementos invariables, que la componen y que permiten, precisamente diferenciarla, de otros tipos de normas no jurídicas (morales, religiosas, del trato social).

En primer término toda norma contiene de modo más o menos explícito, una hipótesis y una disposición.

(11) *L'idée du Droit Social*, Paris 1932, p. 49, cit. por Eduardo García Maynez, *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1969, p. 37.

(12) *Teoría pura del Derecho*, cit. p. 121.

(13) Op. et loc. cit.

La norma parte de un juicio hipotético de cuya realización en la vida real depende el nacimiento de consecuencias determinadas por la norma.

Ese primer aspecto de la norma es la llamada hipótesis o supuesto jurídico.

Dado, en la realidad, el supuesto, entra en acción la segunda fase en la estructura lógica de la norma: la disposición o efecto jurídico de la realización de la hipótesis.

"Si A luego B", $A \rightarrow B$. Por ejemplo: "Artículo 467 C. de C. El vendedor quedará obligado, en toda venta, al saneamiento."

Lo anterior nos lleva a otro aspecto —el que nos interesa— de la estructura lógica de la norma. La norma jurídica implica siempre un sujeto activo y un sujeto pasivo: el primero es el derecho-habiente, el segundo el obligado, el primero es el titular de un derecho subjetivo, el segundo el obligado por un deber jurídico. Frente a un sujeto activo derecho-habiente, habrá siempre un sujeto obligado.

Este fenómeno de bilateralidad que en derecho se describe siempre con el símil de las dos caras de una moneda, es uno de los elementos esenciales que nos permiten diferenciar el orden jurídico de los demás órdenes normativos, pero a su vez nos obliga a reconocer, en primer lugar que la norma es una estructura en la que el elemento esencial es la bilateralidad es decir la eterna oposición entre derecho subjetivo y deber, entre derecho habiente y obligado, entre sujeto activo y sujeto pasivo. Es sobre la base de esa oposición binaria que el Derecho no solamente funciona, sino que es Derecho. Sin esa eterna oposición de dos términos no tendríamos norma jurídica, sino norma moral, o religiosa, o de trato social.

Pasemos al aspecto microcósmico.

Hay en la estructura del Derecho una dicotomía perenne: aquella que produce el concepto de equidad enfrentado al de legalidad. La equidad es una dichosa rectificación de la justicia, dirá Aristóteles⁽¹⁴⁾ entendiéndolo justo como lo legal o como "lo justo legal" y la equidad como esa necesidad de conformar lo legal a lo real para no caer en lo que los juristas romanos describirían más claramente con la expresión: "summum ius summa injuria".

(14) *Ética a Nicomaco*, V, 10.

La intervención de la "aequitas" en el concepto del Derecho, en todo caso, ha producido la coexistencia, durante largos períodos, de dos sub-estructuras jurídicas dentro de la estructura del Derecho.

El fenómeno se ha producido siempre como consecuencia de los formalismos excesivos del Derecho común o de base, o a causa de la fosilización de éste, y se caracteriza por un concepto en el que la equidad no es según la entendemos hoy en día, "justicia del caso concreto" o "regla de un derecho social en contraposición al estatal", sino "surgimiento, primero limitado y, luego, históricamente siempre más amplio, de nuevas valoraciones y nuevos principios, invocados al principio "supplendi vel corrigendi gratia" el Derecho tradicional, después de modo siempre más amplio, hasta que, en el desarrollo histórico, reglas en un principio llamadas excepcionales y luego sistematizadas como derecho especial "no llegan jamás a integrarse en el Derecho general y común y frente a las que éste termina a veces por adquirir la fisonomía de rastro histórico".

Aclaremos sin embargo, que el valor de la dicotomía consiste precisamente en que, en un momento histórico determinado, encontramos subsistiendo, el uno junto al otro, dos sistemas jurídicos que resuelven los mismos problemas de modo diverso, inspirados en principios diferentes. Y la subsistencia de esas dicotomías es la que ha, en buena parte, enriquecido el Derecho.

En la historia del Derecho hemos podido localizar al menos cuatro grandes etapas caracterizadas por esa dicotomía:

I) *ius civile* y *ius honorarium* en el Derecho Romano. "La división del Derecho privado romano en *ius civile* y *ius honorarium* tiene, en el sistema de la compilación justiniana, un mero valor de dato histórico. En cambio, durante toda la época clásica, tal dualismo tiene primordial importancia. Son dos grandes sistemas jurídicos distintos por la manera de originarse, por los efectos que producen e incluso desde un punto de vista formal.

"*Ius honorarium* es el que está integrado por aquella masa de normas jurídicas que provienen de los edictos de los magistrados jurisdiccionales "pretore y ediles curules" y se da en el edicto: no es jurisprudencia. "*Ius civile* es una expresión que no tiene en los textos romanos una significación constante, sino que se emplea

con distintas acepciones, según el término a que se la contraponga. Como opuesto al derecho introducido por los magistrados en la dicotomía *ius civile ius honorarium*, es Derecho civil todo el Derecho que nace de otras fuentes: *ius civile est quod ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, decretis principum auctoritate prudentium venit*".⁽¹⁵⁾

Acaparado poco a poco el poder legislativo por los emperadores, la misión innovadora del Derecho honorario cesa y en la compilación justiniana el dualismo se ha fundido en una masa unitaria de cuya disparidad de origen queda sólo el recurso histórico".⁽¹⁶⁾

II) La "common law" y los fueros locales: "La Carta Magna", de 1215 es el compromiso más célebre habido en la historia de Inglaterra entre los intereses de los señores feudales y las pretensiones reales". A través de él las cortes reales aceptan no crear nuevos "writs" (breves) y mantener el *status quo* lo que produce, durante dos siglos y medio la coexistencia de una *comune lex* con los derechos locales. Al final de la Edad Media estos han desaparecido.

III) *Common Law* y *equity law*. La historia termina por imponer la "common law". Sin embargo, ésta se basaba fundamentalmente en un sistema restringido de writs (las acciones de la ley y la fórmula del Derecho romano) que no permitió al Derecho adecuarse al múltiple crecimiento de las relaciones jurídicas, ni adaptarse a los cambios conceptuales: "los sentimientos de interés social, de justicia" propios del Renacimiento no encuentran apoyo en un Derecho anquilosado y víctima de sus propios frenos.

Al igual que en el período anterior, la idea de que en caso de no encontrar adecuada solución al problema se puede recurrir al rey, originó la intervención del Canciller, entonces consejero y confesor del rey, por delegación de éste. Este sacerdote-juez inició la aplicación de conceptos más cristianos, "equitativos", y procedimientos del derecho canónico, más efectivos, y originó la "equity law".

En 1616, al término de un nuevo conflicto entre las cortes del "common law" aliadas al Parlamento y las cortes reales, se vuelve a crear una situación basada en el *status quo*.

(15) Arias Ramos, *Derecho Romano*, Editorial Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1954. I, p. 35.

(16) Arias Ramos, op. cit. I, ps. 35-36.

Aún hoy en día subsisten aspectos de la estructura dualista del Derecho inglés.

IV) El mismo fenómeno dicotómico encontramos en la Edad Media con respecto al **Derecho Comercial**. Hemos visto cómo la intervención del pretor permitió la flexibilización del formalista “derecho civil” o *ius quiritarium* y la creación de una normatividad rica y variada, en Roma.

Este fenómeno hizo innecesaria una diferenciación jurídica.

Sin embargo, caído el imperio, resquebrajado el Estado, lo primero que desaparece son los engranajes políticos de la estructura estatal y las instituciones de Derecho público: desaparece el pretor.

En consecuencia, el renacer del comercio en los burgos medioevales y principalmente el de las ciudades marineras italianas (Amalfi, Génova, Pisa, Venecia) se encuentra con un Derecho común incapaz, por la ausencia de elementos flexibilizadores, (el pretor) de dar una normativa a un desarrollo económico creciente. Un ordenamiento jurídico nutrido en la vida estática del agro no responde a las necesidades de las veloces transacciones mercantiles.

Y así, por un proceso que no interesa aquí relatar, nace un sistema jurídico paralelo al derecho común, creado por mercaderes, para ser aplicado entre ellos por mercaderes (cónsules), *mercaturae causam*. Durante un largo período una masa importante de relaciones jurídicas permanecieron sujetos a dos órdenes normativos: el Derecho Común y el *ius mercatorum*. Epocas posteriores verán desaparecer esta dualidad.

Ciertamente, como se puede fácilmente constatar, un sistema jurídico imperante se ve superado por un orden nuevo, basado en procedimientos más flexibles o en normas sustantivas más acordes con la realidad imperante y en resoluciones jurisdiccionales más equitativas. Sin embargo, lo interesante del fenómeno radica en que, si bien se trata de un fenómeno dialéctico, visto en un plano diacrónico, sincrónicamente, hay en el derecho un larguísimo período en que el sistema jurídico se fundamenta en esa dicotomía marcocrósica: por siglos ambas normativas subsisten y coexisten.

Lo que nace “*supplendi vel corrigendi gratia*”,⁽¹⁷⁾ se impone paulatinamente, por la fuerza de su lógica, o de su equidad, o de

(17) Ascarelli, *Corso di diritto commerciale*, Giuffré, Milano, 1962, p. 2.

su flexibilidad, elabora una base cada vez más amplia de “nuevas valoraciones y principios”, y llega a constituirse en uno de los términos de la gran oposición del sistema.

“Esta dicotomía puede parecer ilógica a un observador preocupado de simetrías sistemáticas, quien podrá preguntarse si la distinción entre *hereditas* y *bonorum possessio* o la posibilidad de conceder en “*equity*” una cierta ejecución específica que es insostenible en *common law* no constituyan inútiles complicaciones.

Pero a quien observa más atentamente no escapará cómo la dicotomía realiza una profunda función conciliadora de la rigidez (que por otra parte es certeza) del derecho con su eterna exigencia de elasticidad, de adecuación. La distinción dentro de un sistema tradicional, en instituciones que compiten con las del primero, permite precisamente conciliar la adopción de nuevos principios con un camino lento y experimental, que permita ensayarlos, introduciéndolos primero en algunos sectores y después en otros, admitiéndoles, en vía abstracta, su general aplicabilidad y fuerza de expansión pero también aplicándolos inicialmente ahí donde son más necesarios. Es así el tiempo el que permitirá la lenta expansión de principios que podemos históricamente llamar especiales —precisamente porque su aplicación está limitada a un ámbito determinado, si bien son, en línea de principio, aplicables en un ámbito general —que más tarde se estabilizan y extienden su alcance terminando luego por fundirse en el sistema general”.⁽¹⁸⁾

De modo que a la lista de dicotomías fundamentales en el Derecho citada por Kelsen (aunque lo hiciera para demostrar que no existían): derecho objetivo \leftrightarrow derecho subjetivo; derecho público \leftrightarrow privado; Estado \leftrightarrow Derecho, debemos agregar como básicas la oposición constante que nace de la tensión interno-estructural de la norma y la de las grandes dicotomías históricas del Derecho.

El jurista sabe, cualquier jurista lo sabe, que el Derecho funciona según ese sistema binario fundamental, esencial a la naturaleza del Derecho mismo.

(18) Ascarelli, *op. et loc. cit.*

Creo que ha quedado claro que la base de la ciencia jurídica, su material de trabajo, su objeto es, prácticamente, una típica constante y necesaria oposición binaria: la norma: esto es, el juego derecho-deber; sujeto activo-sujeto pasivo; derecho habiente-obligado. Además están todos los demás juegos de oposiciones.

Ahora bien. Me parece que también se ha dado una cierta base que permite afirmar que la norma no adquiere sentido, sino dentro de una estructura más desarrollada: la institución (como ejemplo citemos: la familia, la compraventa, el orden sucesoral). En cierto sentido el Derecho es un conjunto de instituciones a su vez constituidas por normas. Claro, las instituciones se agrupan, por razones prácticas y didácticas en Leyes y Códigos (que no son sino leyes de espectro más amplio que las corrientes, o conjuntos de leyes pertenecientes a una misma "familia" de problemas jurídicos).

Y entre todos esos sistemas se establece una cierta jerarquía, que, como veremos, para unos (Kelsen) será de tipo mecanicista: las normas de menor rango adquieren validez jurídico-formal porque se fundan en otras de rango superior, hasta llegar a la Primera Constitución o "norma fundamental"; que no es sino una hipótesis básica de la construcción de una teoría Pura del Derecho.⁽¹⁹⁾ La norma fundamental no es "puesta", sino "supuesta" y de ella se deriva, en el descenso del rango, una jerarquía de normas que, para usar la expresión de Kelsen, no constituyen "un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas",⁽²⁰⁾ sino una "estructura jerárquica" cuyas normas "se distribuyen en diversos estratos superpuestos".⁽²¹⁾ "La unidad del orden —dice Kelsen— reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto".

Para otros, en cambio, la jerarquía entre las normas jurídicas, en los diversos órdenes o sistemas es más bien orgánica. "El

(19) *Teoría Pura del Derecho*, cit. ps. 138 y 55.

(20) Op. cit. p. 147.

(21) Op. loc. cit.

reino de los códigos y de los artículos de la ley es un reino de símbolos, con propio significado precisamente en cuanto signos, signos que nos reenvían a los signos expresivos de la realidad de la acción; el problema es ciertamente, el de establecer en primer lugar la máxima coherencia posible entre el significante y el significado (la norma debe interpretar de la mejor manera posible la acción), y en consecuencia también entre los signos mismos de una totalidad de la oración, del discurso, reconociendo en tal coherencia la expresión de una implícita exigencia de estructuralidad".⁽²²⁾

Pero, independientemente, de la forma en que sea analizada la estructura jurídica (mecánica u orgánica) nos encontramos con que el jurista, al trabajar en su laboratorio, lo hace siempre siguiendo ciertas pautas: sea para crear las normas de una institución, sea para indagar el verdadero significado normativo de la institución ya existente. Tales pautas son impuestas por la materia misma con que se trabaja: la norma.

Si la norma jurídica es bilateral por definición, como una moneda: con dos caras, la única forma científica de trabajar con el Derecho (y así fue siempre) es separar los elementos, en cabeza de un titular, similares, es decir, sus derechos y por otra parte separar sus opuestos en cabeza del otro titular. Este es el procedimiento más provechoso y fructífero si se quiere investigar el Derecho a fin de saber, por ejemplo cuáles son los deberes y derechos del comprador y cuáles los del vendedor, en la compraventa.

Ahora bien: si lo que se pretende investigar es la compraventa en dos ramas del Derecho (la civil y la mercantil) el método consiste en localizar sus elementos similares para luego localizar los elementos diferenciadores.

Lo interesante es que, la naturaleza estructural del Derecho nos lleva, necesariamente a emplear un método discursivo; es decir, la descripción de los derechos del comprador no se puede hacer sino a través de una relación sintagmática en la que cada derecho no se explica sino en relación con otro y el conjunto forma una cadena de derechos (podría serlo de deberes) íntimamente entrelazada y cada uno de cuyos elementos no adquiere inteligibilidad sino en el conjunto.

(22) Frosini, *La struttura del diritto*, cit., p. 31.

Desearía dar un ejemplo, pero es difícil, porque el fenómeno es sumamente complejo: creo que es evidente para un jurista: no puede no serlo puesto que la base de su ciencia, metodológica, es precisamente esa. Por otra parte me atrevería a adelantar que el Derecho es una inmensa cadena sintagmática: un sistema jurídico no se divide en "ramas" sino por razones prácticas y pedagógicas. Pero lo cierto es que es un grande e inmenso discurso, desde cualquier ángulo que se le vea. El problema fundamental sería —y ya lo dijimos— establecer la máxima coherencia entre significativo y en consecuencia también entre los signos mismos de la totalidad del discurso, reconociendo en tal coherencia la expresión de una implícita exigencia de estructuralidad.⁽²³⁾

En todo caso, un ejemplo práctico de un corte en la gran cadena sintagmático-jurídica podría ser el siguiente:

Código Civil:

Artículo 485.—Por la ocupación puede adquirirse el dominio de las cosas muebles que no pertenecen a nadie.

Artículo 488.—Por la caza o pesca se adquiere el dominio de los animales fieros o salvajes . . .

Artículo 489.—Se puede cazar o pescar en los terrenos o aguas públicas, conformándose con los respectivos reglamentos. En la propiedad particular no se puede cazar o pescar sin el permiso del dueño.

Artículo 490.—La ocupación por medio de la caza y de la pesca se regirá por los reglamentos especiales y por las siguientes bases.

Artículo 491.—El cazador se hace dueño del animal que caza, por el acto de apoderarse de él. Se considera cogido el animal que ha sido muerto por el cazador en el acto venatorio, y también el que está preso en sus redes.

Artículo 492.—Si la presa herida muriere en terreno ajeno, el propietario o quien le represente deberá entregarla al cazador o permitir que entre a buscarla.

Artículo 493.—El propietario que no cumpliere con la prevención del artículo anterior, pagará el valor de la fiera; y el cazador perderá ésta si entra a buscarla sin permiso de aquel.

En todo caso es responsable el cazador de los daños que cause y cuando haya más de un cazador, serán todos solidariamente responsables.

Artículo 494.—Los animales feroces que escapen del encierro en que les tengan sus dueños, podrán ser destruidos por cualquiera y podrán también ser ocupados desde que el dueño deje de perseguirlos.

No creo necesario explicar en este caso tan claro cómo es que en la porción transcrita de la gran cadena sintagmático-jurídica, hay una relación íntima y constante entre todos sus elementos que, por otra parte no adquieren plena significación sino en el discurso total.

Por otra parte, si lo que se pretende no es ya localizar los derechos o los deberes de un sujeto en una institución sino determinar las "relaciones" entre "instituciones" es decir, qué elementos comunes tienen instituciones diversas que las pueden hacer formar parte de organismos mayores, y más complejos, el procedimiento es otro: es un procedimiento básicamente "asociativo": en este caso el jurista intenta localizar las "relaciones asociativas" o "cadenas paradigmático-asociativas": aquellas cuyos elementos pueden ser agrupados en función de elementos comunes: sean de forma o de sentido, o de ambos a la vez.

Así, una cadena paradigmática con base en la forma la encontraríamos en la similitud entre dos contratos, por ejemplo compraventa y permuta (quizá dación en pago).

Podría ser un ejemplo de paradigma de sentido el caso de una donación realizada mediante la forma donación o mediante la forma simulatoria denominada compraventa o mediante la fórmula simulatoria de garantía real con el subsiguiente remate y adjudicación o mediante dación en pago.

Casos de asociación de contenido y forma las hallamos en las relaciones entre compraventa civil, mercantil, administrativa.

(23) Frosini, op. cit. p. 31.

Naturalmente, si pasamos al Derecho comparado, la ejemplificación podría ser más rica: trust-fideicomiso, por ejemplo. Es precisamente en el ámbito del derecho comparado en donde, según los autores, puede un método estructuralista dar sus mayores frutos,⁽²⁴⁾ pues “el estructuralista es necesariamente y por esencia un comparatista”.⁽²⁵⁾ Pasemos ahora a otro problema.

Diacronía y sincronía.

La investigación jurídica ha sido tradicionalmente “sincrónica”: un replegarse sobre el Derecho objetivo; estudiar la norma en sus implicaciones estáticas; el significado de sus términos, para explicarla en función de principios jurídicos también considerados inmutables en cuanto básicos, lo cual, como opina Frosini⁽²⁶⁾ ha sido un lastre para el desarrollo del Derecho. La acción se refleja en sí misma “objetivándose en forma que regula y rige la acción, frena su impulso, la obliga a replegarse sobre la propia estructura jurídica”.

En cambio, se podría decir que la tendencia nueva es ampliar el campo de la estructura jurídica reconociendo dentro del ámbito de la misma no solamente la “acción objetivada” en la norma sino también, todo el fenómeno que nace de la interacción entre la acción a secas y la acción objetivada, es decir la norma. Por otra parte, la tesis originaria ha llevado al derecho a un análisis sincrónico de sus fuentes: puesto que “concebida bajo el perfil normativo, toda fuente de producción de Derecho (en un sistema continental) no puede sino reducirse a la “fons fontium”, que es la ley en la que se compendia y se realiza toda la vida de los sistemas jurídicos, y en la que vienen a coincidir tanto la fuente de cognición del Derecho, cuanto aquella de calificación jurídica (de formación) porque sólo la ley tendrá el poder de conferirles una validez objetiva “erga omnes”.

Estamos aquí en el nuevo formalismo jurídico, en el más puro formalismo jurídico que nos reconduce a la “Grund norm”, a

(24) Lamsdorff - Galagane, *Estructuralismo en la filosofía del derecho*, Porto, Santiago de Compostela, 1969.

(25) A. J. ARNAUD, *Structuralisme et Droit*, “Arch. de Phil. du Droit”, 1968, (13), 283 ss., p. 284, cit. por, LAMSDORF op. cit.

(26) *La Estructura*, cit. p. 79.

la norma madre, a la norma fundamental. En cambio, otras tesis, por ejemplo la nueva posición de Santi Romano o de Capograssi supera la etapa del formalismo kelseniano y encuentra lo jurídico no sólo en la norma sino también (o más bien) en la acción, en la vida humana.

El derecho objetivo no es sino la “acción objetivada”, la vida humana objetivada (Recasens Siches). Es más, el derecho objetivo no obtiene su verdadera afirmación sino cuando la norma es cumplida o violada. Trasladado este fenómeno al ámbito de la colectividad, el Derecho objetivo, no obtiene su verdadera afirmación sino desde el momento de su eficacia o validez material: es decir, cuando la comunidad reconoce la norma, la acepta, la cumple, o cuando la incumple con plena conciencia de que rompe un precepto legal (la comunidad, no el individuo). Claro que la comunidad no ignora la norma de modo caprichoso sino cuando la norma no responde a la necesidad que se supone debe proveer.⁽²⁷⁾ La jurisprudencia simplemente constata el hecho: las partes no emplearon el sistema prescrito porque no responde a la realidad. En ese campo de ideas es en donde cabe la “consuetudo” como fuente normativa. ¿Por qué? Porque, si la fuente única fuera la ley, el Derecho debería ser siempre una manifestación de voluntad (la del legislador) concepto dentro del cual no cabría la costumbre que no es sino un proceso colectivo inconsciente, no voluntario:

La “opinio iuris seu necessitatis” será “creencia, sentimiento, convicción, pero nunca voluntad, ni de un individuo ni de la colectividad”.⁽²⁸⁾

Se podría objetar que la costumbre es siempre un acto de voluntad del legislador, que la reconoce. Como afirma Santi Romano⁽²⁹⁾ la costumbre, “es fuente involuntaria del Derecho, no sólo respecto a aquellos entre quienes surge, sino también frente al legislador; es un hecho normativo, entendida esta expresión en un sentido contrapuesto al de acto normativo, del todo autónomo, y por ello, ejemplo típico pero no exclusivo, del *ius involuntarium*. Lo mismo se podría decir de los principios generales como fuente

(27) Ej. Derecho de la navegación costarricense: ver cas. Burche Vs. Flota Mercante Gran Colombiana y otros. II, Sem., 1967, p. 777.

(28) Santi Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 66.

(29) *Frammenti . . .*, Cit., p. 66.

del Derecho, que no están compilados, ni redactados, ni implícitos en él, pero que se “deducen de la estructura esencial de las instituciones en las que se concretan”. (29 bis)

Todo lo dicho nos propone el siguiente interrogante: el verdadero derecho es el objetivo o el subjetivo?⁽³⁰⁾ Subjetivo en el sentido visto. Creo que la respuesta se inclina por el segundo criterio. El Derecho es el conjunto de acciones realizadas por los individuos en acatamiento o violación de las normas objetivas, que no son sino conducta objetivada. Tal afirmación nos lleva a esta otra. El Derecho es un fenómeno dialéctico producto de la interacción entre el Derecho Objetivo y el Derecho Subjetivo, es el producto de normas y comunidad en acción.

Con todo ello desembocamos en un estructuralismo eminentemente diacrónico. La etapa jurídica de un estructuralismo sincrónico ha sido superada. Lo que queda es un desenvolvimiento dialéctico en el tiempo.

III.—EL ESTRUCTURALISMO JURIDICO-FORMAL.

El estudio de la realidad jurídica puede ser considerado desde tres ángulos: como norma, como relación, como ordenamiento.⁽³¹⁾ Más bien digamos que, fundamental e históricamente, el estudio de la realidad jurídica ha sido proyectado en alguno de esos tres ángulos: norma, relación, ordenamiento. Trataremos ahora de ver la estructura jurídica normativa y la del ordenamiento. Evidentemente el más completo planteamiento de la “teoría normativa”, también llamada “pura”, del Derecho, ha sido el de Kelsen. Pura en el sentido de científico-jurista, es decir, ajeno a todo elemento político, sociológico, psicológico o biológico, moral o teológico.

“¿Qué es una teoría pura del Derecho”, se pregunta Kelsen al inicio de su Teoría pura del Derecho, y se responde:

“La teoría pura del Derecho es una Teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho en particular. Es una teoría general del Derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.”

(29 bis) Op. et loc. cit.

(30) Croce, cit. por Santi Romano, op. cit. p. 67.

(31) Frosini, *La struttura . . .* cit., p. 61.

En tal sentido, Kelsen elabora una estructura que comprenda cualquier sistema jurídico positivo, actual o pasado, y pretende cubrir cualquiera futuro. “Quiere mantenerse como teoría —sigue diciendo Kelsen— y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse”. Así, como axiología, la axiología jurídica según Kelsen es una axiología positiva, que se funda en un derecho positivo. “Una ciencia del derecho —insiste— o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva”.⁽³²⁾ Como consecuencia el Derecho es ajeno a toda valoración ética y lo que es más importante: “si comprobásemos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y mediante ella, con el hecho que la ha creado”.⁽³³⁾

Como se ve, la estructura que de tal concepción nazca es una estructura cerrada, ajena a toda imputación externa, puesto que, conforme Kelsen, posee sus propias normas internas de creación; la ley jurídica no es pues, una ley causal, sino una norma de imputación, pero además, es una ley perteneciente a una estructura con sus propias leyes de creación, leyes también de imputación, no causales, internas. De ahí que el derecho pueda ser estudiado desde un punto de vista estático y desde un punto de vista dinámico: como norma o como proceso creador de normas.

Si consideramos en bloque todo lo dicho se evidencia el fondo de las afirmaciones: “La presentación de la norma como forma, pero como forma externa de la acción” puesto que el aspecto dinámico nada tiene que ver con lo externo al fenómeno jurídico sino que es un dinamismo interno, perteneciente al mismo sistema formal. Forma —dice Frosini— pero “separada netamente de su contenido político”.⁽³⁴⁾

Quizá el problema más serio que tal posición plantea es el relativo a la costumbre como fuente de derecho, que ya antes analizaremos. Coherentemente con lo dicho, Kelsen sostiene que el

(32) Op. cit. p. 18.

(33) Op. cit. p. 19.

(34) Op. cit. p. 63.

Derecho como teoría estática es un conjunto de normas determinantes de la conducta humana; y como teoría dinámica es un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. Sin embargo, hay que apuntar a Kelsen lo siguiente:

“Como en el orden de la naturaleza no se puede separar —decía Goethe— la pulpa de la cáscara que la reviste, así sucede en el mundo de la praxis, que es una naturaleza del hombre”;⁽³⁵⁾ no podemos válidamente separar la forma del contenido. “La forma jurídica⁽³⁶⁾ no constituye simplemente el revestimiento externo, la cáscara que se aplica sobre el núcleo vivo de la acción . . . ; la forma jurídica, en cuanto a forma formada, es decir, definida, objetiva, es la que es porque consiste en la cristalización de un proceso de la praxis; entre la forma y el contenido puede que no haya correspondencia, pero hay ciertamente un condicionamiento recíproco, porque tanto la una como el otro se refieren a la estructura de la praxis, considerada desde el punto de vista de la acción individual o bien desde el punto de vista de la forma de la acción”.

Pero volvamos a Kelsen. En este “estructuralismo” kelseniano en que la forma es la forma externa a la acción, el derecho se convierte en una simple técnica de control social, es decir, “artificialidad”, “instrumentalidad”, “mecánica de la coacción.”⁽³⁷⁾ Estáticamente dirá Kelsen, la norma determina la acción humana, dinámicamente, el derecho es el conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La conducta humana pasa a segundo término: la norma, formalmente considerada, emanada del órgano con capacidad para dictarla, es lo importante y lo único que el jurista debe tomar en consideración, lo cual, en el fondo equivale a renunciar, la ciencia jurídica, a la propia responsabilidad civil,⁽³⁸⁾ a la responsabilidad de ver en el Derecho, no una instrumentalidad, como fin en sí misma, sino una instrumentalidad como medio de garantizar la convivencia.

Ciertamente, como estructuralismo jurídico, el más perfecto sin duda es el de Kelsen: en él cualquier “variante” o “variación” o “transformación” de la estructura, se explica por el sistema

(35) Frosini, *La struttura* . . . p. 64.

(36) Frosini, op. cit. p. 64.

(37) Frosini, op. cit., p. 65.

(38) Frosini, op. cit. p. 66.

mismo: cualquier derecho positivo, pasado o presente, puede ser reducido a la “pirámide jurídica” de Kelsen. Pero es aquí también en donde, una vez más falta el “estructuralismo” kelseniano: puesto que “un orden jurídico para el ius —filósofo vienés— no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura —dice Kelsen— expresamente jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos.”⁽³⁹⁾ Ciertamente, este planteamiento es el que permite, como lo afirma Recaséns Siches,⁽⁴⁰⁾ “Hacer del derecho una ciencia fácilmente formalizable en lenguaje lógico-matemático . . .”, pero evidentemente, es un planteamiento que deja —a propósito es cierto— por fuera, los problemas que Kelsen llamó “metajurídicos” pero esenciales a la Filosofía del Derecho; “¿Cómo se explica, en general, que haya transformaciones en el Derecho?, tiende, en general, el Derecho por el mero hecho de serlo, hacia algún fin determinado?, ¿por qué, en general, existe Derecho?”⁽⁴¹⁾

La teoría pura del Derecho nos niega una respuesta.

Formalismo jurisprudencial. Por otra parte ninguna diferencia existe, substancialmente, entre quien hace ciencia jurídico-formal con base en la norma y quien lo hace sobre la jurisprudencia, es decir como crítica de la razón jurídica en el sentido de razón teórica y no como razón práctica pues éste ignora también que el Derecho no puede ser la norma vacía de contenido, la mera razón teórica, ni tampoco la sola acción actuante —valga el pleonismo— es decir la mera razón práctica, sino una acción que de alguna manera vivifica “la forma de la acción”, es decir, la norma dándole contenido: al cumplirla o al violarla.

“El derecho está constituido, en realidad del conjunto de comportamientos de los individuos, para quienes las reglas jurídicas consisten en otros tantos paradigmas, conforme a los cuales pueden conjugarse las varias formas de la acción.”⁽⁴²⁾ Pero dejemos este aspecto para el próximo capítulo.

(39) Kelsen, op. cit., p. 147.

(40) *Filosofía del Derecho*, Porúa, México, 2 ed., 1961, ps. 292-293, cit. por LAMSDORFF-GALAGANE Vladimiro *Estructuralismo en la Filosofía del Derecho*, Ed. Porto, Santiago de Compostela, 1969, p. 91.

(41) LAMSDORFF G. op. cit. p. 92.

(42) Frosini *La struttura* . . . p. 26.

IV.—HACIA UN NUEVO ESTRUCTURALISMO.

La estructura jurídica del ordenamiento.

Al formalismo viene a oponerse el “realismo” jurídico o “realismo” institucional.

El nuevo desarrollo parte de la teoría de la institución y de la fundación, de Hauriou. Para Hauriou la “institución” es una “idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social; para la realización de esta idea se organiza un poder que le procura órganos; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de la idea, se producen manifestaciones de comunión dirigidas por los órganos de poder, y reglamentadas por procedimientos”.

Según, pues, la teoría de la institución, a partir de una idea de obra, idea común, se forma un organismo. Un organismo orientado no simplemente a un fin sino con vistas a la acción, lo que lleva a la creación de un plan de acción y de una organización. De la interacción viva de todos estos elementos: la idea de empresa, la organización de un poder y la producción de órganos que permiten llevar adelante la acción, la labor que los órganos de poder desempeñan y la reglamentación procedimental de la conducta de los miembros del grupo social que dan origen a la institución, que la fundan, nace un ordenamiento jurídico.

Esta teoría, desemboca, en vista del pluralismo institucional, en la pluralidad de los ordenamientos jurídicos (Santi Romano) pero no es eso lo que nos interesa para nuestro desarrollo.

Lo que llega a revestir trascendental importancia es la derivación de conclusiones que podríamos sintetizar con la expresión “ubi societas, ibi jus”. Es el fenómeno de agrupación con fines inmediatos organizativos y normadores tendientes a fines mediatos lo que origina un ordenamiento jurídico. Podemos identificar esta postura en la iusfilosofía hasta antes de la obra de Santi Romano, “Frammenti di un dizionario giuridico”.⁽⁴³⁾ En esta obra Romano cambia “institución” por “estructura” (es decir, en lugar del término institución, usado en sus escritos anteriores, emplea sistemáticamente el término “estructura”) e invierte los términos “ubiso-

cietas, ibi jus” por “ubi jus, ibi societas”: “el derecho es él mismo, fuerza organizativa de la sociedad, y es, por ello en las formas concretas de la vida jurídica que podemos reconocer las articulaciones de la vida social”.⁽⁴⁴⁾

Leyendo los “Frammenti” resulta verdaderamente inspirador el siguiente párrafo de Santi Romano:

“La existencia de un “jus involuntarium”, con una extensión y una importancia mayores de lo que generalmente se cree (el autor se está refiriendo a un problema que ya tratamos principalmente centrado en la costumbre como fuente de derecho, de difícil ubicación en un sistema formal) aparece más evidente si, en vez de la teoría llamada normativa, o, mejor, como integración de ella, se acoge la así llamada institucional. Entonces cada ordenamiento jurídico considerado en su aspecto no solamente más amplio y comprensivo, sino también más decisivo para comprender su naturaleza, se revela, no en un complejo de normas más bien como un producto y una derivación, sino como un ente social, poseedor de una propia organización y, por tanto, de una vida que se identifica con el espíritu jurídico que la anima y que no puede separarse de la estructura del ente, así como el espíritu vital no puede separarse del cuerpo viviente sino mediante pura abstracción”.

Es interesante apuntar cómo Frosini afirma, sin demostrarlo, que tales orientaciones del pensamiento iusfilosófico obedecen a las influencias de la “institutional theory”, de los Estados Unidos, empleada en el análisis económico de la primera postguerra, y de la trasposición de esta teoría en el ámbito de la lingüística operada en la segunda postguerra.⁽⁴⁵⁾

Posiciones más desarrolladas de la escuela institucionalista italiana afirmarán no ya que “el derecho es una estructura del cuerpo social” (Santi Romano) sino que es “la profunda estructura interna de la acción, el rico y profundo contenido vital de ella”,⁽⁴⁶⁾ misma idea contenida en esta otra afirmación:

“... lo que es característico —el “quid saliens” del asunto— es que este sistema de órdenes se inserta de modo imprescin-

(44) Frosini, op. cit. p. 73.

(45) Frosini, op. cit. p. 76.

(46) Capograssi, *Analisi dell'esperienza comune*, citado por Frosini, *Il concetto di struttura...*, cit., p. 176.

(43) Giuffrè, Milano, 1953.

dible, sistemático, connatural, en la órbita y en la acción del sujeto".⁽⁴⁷⁾

De lo expuesto podemos concluir que:

A) la naturaleza del derecho es praxis: consiste precisamente en la misma acción humana alienada de la subjetividad, objetivada en formas . . . "

B) estas formas, gracias a las cuales llegan a instaurarse y a mantenerse relaciones jurídicas entre los sujetos, encuentran expresión en las normas, es decir en ciertas palabras o símbolos".

C) la praxis es jurídica en cuanto puede ser relacionada con una acción en sentido jurídico, la que es condición y medida para la valoración de una acción singular, concreta".

D) para que una acción sea jurídica es necesario que sea definida no por sí misma sino en relación a un organismo de la acción, a una estructura completa, a una morfología de la praxis".

La acción jurídica es tal, en cuanto inserta en un tejido práctico, coordinada a otras acciones, que se condicionan recíprocamente en la actuación. En tal sentido . . . el derecho es una realidad de hecho, o sea una realidad práctica, de la que la norma no es sino un símbolo técnico; ella permite en efecto la identificación y la relación de una acción entre las acciones; en tal sentido el derecho es una disciplina de las acciones, fundada sobre el respeto de sus formas, es decir sobre el deber".⁽⁴⁸⁾

La anterior concepción estructural del derecho, dirá Frosini⁽⁴⁹⁾ se puede llamar "morfológica" para distinguirla de la doctrina formalística, en cuanto a la concreticidad de la praxis; podría también llamarse "naturalística", para diferenciarla del positivismo jurídico, que reduce el derecho a técnica de mando o control social.

Creo que en este momento la imagen ha cambiado con respecto a qué cosa sea estructuralmente el derecho hoy en día. El paso fundamental se da en el momento en que se supera el formalismo imperante en la primera mitad del siglo presente, que eleva la norma como forma al lugar más alto (forma entendida como externa

a la acción, vacía de contenido, identificada con la palabra de la normal) y se pasa a una concepción dinámica del derecho en que la norma es siempre forma pero en sentido de estructura viva: el contenido es uno solo con la forma y todo no es sino la acción misma del sujeto, del sujeto determinado. El derecho no es entonces sino una "morfología de la praxis", como lo afirmó Frosini.

De lo anterior el paso es rápido hacia una concepción dialéctica en que derecho no es, ni puede serlo, lo que el orden normativo expresa, sino, cómo la comunidad entiende la norma y la convierte en "praxis", y cómo, a su vez, la praxis da contenido y hace inteligible la norma. El fruto de una tal concepción ha sido el enriquecimiento de la investigación jurídica en que el objeto a investigar no es ya sólo la norma en su letra muerta, sino la norma actuante en la comunidad y la comunidad actuante en la norma. Y no es que la dogmática jurídica no sea importante. Al contrario, nos permite ver en la aparente desorganización de las normas la unidad profunda que hace su organismo y su subsistencia⁽⁵⁰⁾ y nos ayuda a comprender que esa unidad obedece a la existencia, en el sistema del derecho, de un "conjunto de principios básicos" en los que el ordenamiento total se funda y que existen en la praxis misma. Pero se va más allá de una dogmática jurídica.

El derecho, en definitiva viene a ser "un complejo de estructuras de la acción, cada una de las cuales viene así a constituir una relación dinámica entre diversos elementos, una sucesión coherente entre diversas fases de desarrollo"⁽⁵¹⁾ y "significa atribuir al derecho mismo un carácter de experiencia común, fundamental y compleja del hombre; en cuanto vive en comunidad civil".⁽⁵¹⁾ Todo ello, insiste Frosini, "implica reconocer en el comportamiento jurídico un carácter de naturalidad en el mundo de los hombres".

No voy a explotar esta última afirmación, pero es evidente el rico filón que representa en un replanteamiento de las tesis ius-naturalistas.

En todo caso, una tal concepción ha llevado, por otra parte, a abrir las puertas a todo un mundo de investigación, hasta entonces desconocido por el jurista y que será la materia de nuestro próximo capítulo, aunque sea sólo en forma sintética.

(47) Capograssi, "Analisi dell'esperienza comune", Opere, II, Giuffrè, Milano, 1959, p. 246.

(48) Frosini, *La struttura* . . . cit, p. 76 y ss.

(49) Op. cit. pág. 77.

(50) Capograssi, op. cit., p. 258.

(51) Frosini, *La struttura* . . . , cit. p. 16.

(51 bis) Op. et loc. cit.

V.—CONSECUENCIAS O EFECTOS DE UNA NUEVA CONCEPCIÓN ESTRUCTURAL EN EL DERECHO.

La cadena evolutiva acerca de la naturaleza del derecho que va desde la concepción institucional de Hauriou, pasando por la teoría de los ordenamientos plúrimos de Santi Romano, hasta llegar a las tesis de Capograssi y Frosini (cito por supuesto, a los más conspicuos representantes de esa evolución) del derecho como "morfología de la praxis", ha tenido trascendentales consecuencias en la interpretación del derecho: **principalmente ha elevado el rango de las situaciones de hecho** obligando cada vez más al legislador a incluirlas en la estructura normativa, desde que son una realidad en la estructura plena del ordenamiento jurídico, y obligando al Juez a reconocerlas más fácilmente, con menos obstáculos formales.

En el derecho de familia, legislación y jurisprudencia hacen menos resistencia a la "legalización" del matrimonio de hecho y de la filiación de hecho, facilitando su reconocimiento pleno, si no siempre por medio de la norma expresa, a través, al menos, de la declaración judicial.

En el derecho comercial, legislación y jurisprudencia abandonan el esquema formal-normativo de la personalidad jurídica de los entes colectivos, lo superan y detectan la realidad de un esquema mucho más amplio, verdadero substrato que para fines ilícitos o defraudatorios a veces se ampara tras el biombo de estructuras jurídico-formales. Las consecuencias de tal "superación de la personalidad jurídica"⁽⁵²⁾ son trascendentales en el derecho tributario y en el laboral, así como en el comercial mismo.

Sin embargo, creo que la mayor importancia de la nueva concepción estructural del derecho es quizá el haber abierto los ojos al investigador jurídico, obligándole a ver cómo el derecho no puede ser sólo el conjunto normativo sino el conjunto normativo actuante en una comunidad concreta o más bien interactuante con ella. Recién empiezan en nuestro país a abrirse campo las investigaciones empíricas del derecho, rechazadas hasta ahora por el jurista por su carácter eminentemente sociológico pero principalmente, rechazadas por seguirse creyendo que el ordenamiento jurídico es única y exclusivamente el formal-normativo, a la manera de Kelsen.

(52) SERICK Rudolf, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, Ariel, Barcelona, 1958; VERRUCOLI Piero, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capital*, Giuffarè, Milano, 1964.

No quiero cerrar este trabajo (y este capítulo, en particular), sin antes volver a algo ya afirmado: un estudio estructuralista del derecho (ya sea con una concepción formal o con una morfológica) es una vena inagotable para la investigación comparatística del derecho, porque el estructuralismo, como cité antes, "es necesariamente y por esencia" un método comparatista.

VI.—CONCLUSION.

"Con estos antecedentes no es aventura afirmar, a modo de conclusión, que nadie que aspire hoy a realizar labor científica, dentro del campo de alguna de las ciencias del espíritu, podrá prescindir de la concepción estructural de su objeto de conocimiento, si es que desea estar a la altura del saber de su tiempo. Es ingenuo pretender —como lo hacen algunos— que la estructura es una de tantas modas intelectuales, más o menos pasajeras. Se trata nada menos que de la expresión filosófica del ansia por entrar en un contacto inmediato con la realidad, con las cosas mismas tal como se nos ofrecen, que acucia al hombre contemporáneo".⁽⁵³⁾

(53) AFTALION GARCIA OLANO-VILANOVA, *Introducción al Derecho*, La Ley, Buenos Aires, 8ª ed., 1967, p. 33.

BIBLIOGRAFIA

- AFTALION-GARCIA OLANO-VILANOVA, *Introducción al Estudio del Derecho*, La Ley, Buenos Aires, 8ª ed., 1967.
- ARIAS RAMOS J., *Derecho Romano*, Rev. Der. Priv., Madrid, 1954, I.
- ASCARELLI Tullio, *Corso di Diritto Commerciale*, Giuffré, Milano, 1962.
- BARTOLOMEI Giangaetano, reseña a *Lo strutturalismo nella lingua moderna*, de Ernest Cassirer, "Filosofía" (rev.), 1970, IV.
- BELIC Oldrich, *Les principes méthodologiques du structuralisme esthétique Tchecoslovaque*, "La Pensée" (rev.), 154, 1970.
- BOBBIO Norberto, *Dell 'uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto*, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, 2, 1970.
- CAMMARATA Angelo Ermanno, voz "Formalismo giuridico", *Enciclopedia del diritto*, Giuffré, Milano, 1968, XVII.
- CAPOGRASSI Giuseppe, *Opere*, Giuffré, Milano, 1959, II.
- CASTBERG, Fred, *La philosophie du droit*, Ed. Pedone, París, 1970.
- CORVEZ Maurice, *Le structuralisme de Jacques Lacan*, "Revue philosophique de Louvain", 90, 1968.
- DAVID René, *Les grands systemes de droit contemporains*, Dalloz, París, 3ª Ed., 1969.
- DENNINGER E. — FROSINI V., A propósito de "La struttura del diritto" di V. Frosini (estudio crítico), "Riv. Intern. Filos. del Diritto", 1, 1970.
- DESPOTOPULOS K. I., *Il sistema del diritto*, "Riv. Intern. Filos. del Diritto", 3, 1963.
- FROSINI Vittorio, *La struttura del diritto*, Giuffré, Milano, 1968.
- FROSINI Vittorio, *Il concetto di struttura e la cultura giuridica contemporanea*, "Rev. Intern. Filos. del Diritto", 2-3, 1959.
- FROSINI Vittorio, *La critica italiana a Kelsen*, "Riv. Intern. Filos. del Diritto", 2-4, 1961.

- HELLER Herman, *Teoría del Estado*, F. C. E. México, 6ª Ed., 1968.
- JACOB ANDRE, *Sur le structuralisme*. "Les études philosophiques" (Rev.), 2, 1962.
- KELSEN Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1960.
- LAMSDORFF-GALAGANE Vladimiro, *¿Estructuralismo en la filosofía del derecho?*, Ed. Porto, Santiago de Compostela, 1969.
- MANTOVANI G., *Sul marxismo strutturalista di Althuser*, "Rev. di Filos. Neoscolástica", 6, 1967.
- MATHIEU Vittorio, *Sistemi logici e sistemi giuridici*, "Riv. Intern. Filos. del Diritto", 2, 1970.
- MAURO VAIANI Luisa, *Alle origini del metodo strutturale: corso di linguistica generale di Ferninad de Saussure*, Riv. Filos. Neo-clasica, 2-3, 1968.
- MOUCHET Y ZORRAQUIN, *Introducción al derecho*, Perrot, Buenos Aires, 6ª ed., 1967.
- PACI Enzo, *Vico, le structuralisme et l'encyclopédie phénoménologique des sciences, les études philosophiques* (rev), 3-4, 1968.
- REALE Miguel, *Fondamenti della concezione tridimensionale del diritto*, "Riv. Intern. Filos. del Diritto", 2-4, 1961.
- ROMANO Santi, *El ordenamiento juridico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.
- ROMANO Santi, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffré, Milano, 1953.
- SAUSSURE Ferdinand, *Curso de lingüística general*, Losada, Buenos Aires, 1955.

INDICE

CAPITULO I.—

Consideraciones introductorias.

- a) estructura mecánica.
- b) estructura orgánica.
- c) concepto de estructura: sus elementos.

CAPITULO II.—

El derecho como ciencia de estructuras.

- a) oposiciones binarias en el derecho.
- b) cadenas sintagmáticas y paradigmáticas.
- c) diacronía y sincronía.
- d) signo, signifiante, significado.

CAPITULO III.—

El estructuralismo jurídico formal.

CAPITULO IV.—

Hacia un nuevo estructuralismo jurídico.

CAPITULO V.—

Consecuencias o efectos de una nueva concepción estructural en el derecho.

CAPITULO VI.—

Conclusión.

BIBLIOGRAFIA.

EL DERECHO DEL TRABAJO EN LOS PAISES SUBDESARROLLADOS

Por ALFONSO CARRO ZUÑIGA *

I.—POLITICA Y DERECHO.

Consideramos necesario aclarar ciertos aspectos sustanciales de este ensayo, que tienen que ver directamente con el autor. Al realizar nuestros estudios en España para obtener el Doctorado en Derecho, sometidos a la sabia dirección del Profesor Eugenio Pérez Botija, se abrieron para nuestro futuro dos sendas paralelas: la jurídica y la política. Hemos transitado por ellas al mismo tiempo, tanto en el claustro universitario como en la vida profesional; sin embargo, hemos de confesar, para que se comprenda la naturaleza de estas cortas páginas, que la acción y el pensamiento políticos han predominado sobre los quehaceres jurídicos.⁽¹⁾

Esa manifestación de nuestro espíritu ha sido conscientemente propuesta y lograda. Aceptamos que el pensamiento jurídico tiene una función capital que cumplir, en cualquier tipo de sociedad. Pero, sobre todo en las sociedades subdesarrolladas, tenemos la firme convicción de que la Política tiene una misión aún superior. Desde luego que hablamos de una Política fundamentada en el pensamiento filosófico y científico de la época (ideas sobre el hombre, la sociedad, el mundo; Economía, Derecho, Historia), y diri-

* El autor ocupó el cargo de Ministro de Trabajo y Bienestar Social en Costa Rica, entre 1962 y 1966. En 1965 escribió este artículo, como homenaje al eminente profesor español Dr. Eugenio Pérez Botija, al ocurrir el fallecimiento de este gran maestro del Derecho del Trabajo, artículo que no llegó a ser publicado. Posteriormente fue incluido como Exposición de Motivos del proyecto de ley que remití a la Asamblea Legislativa, en mayo de 1966, para sustituir el auxilio de cesantía regulado por nuestro Código de Trabajo. Al mencionado artículo agregué el articulado del proyecto de ley, que también se publica en esta oportunidad. Considero de gran interés publicar este proyecto, porque desde hace varios años se discute en Costa Rica sobre la necesaria sustitución del auxilio de cesantía, sin haberse aprobado hasta el presente ningún plan en ese sentido.

(1) En efecto, tenemos a nuestro cargo la Cátedra de "Teoría del Estado" en la Universidad de Costa Rica, desde 1955; y hemos tomado parte activa en la vida política del país también desde hace más de diez años.

gida hacia la satisfacción de un conjunto dinámico y poderoso de aspiraciones populares.⁽²⁾

La política es ciencia o acción. Como ciencia, busca determinar la verdad objetiva del mundo político; como acción, representa la actividad humana, básicamente institucionalizada, que organiza, regula, orienta y dirige a la sociedad, entendida ésta como una realidad total. Desde el pensamiento político griego, sobre todo con Aristóteles, se afirma que a través de la Política se logra el perfeccionamiento de la vida social del hombre. En nuestros días, hay una corriente científica que señala al Estado, como máxima realidad política del mundo occidental, la función social específica de crear un "status vivendi", que representaría ese perfeccionamiento de la vida colectiva a que hacían mención los griegos. Esa situación política se caracteriza por la coexistencia armónica de los intereses, deberes, derechos y libertades de los diversos grupos humanos, y de todos los hombres individualmente considerados, que integran una sociedad. Insistimos en la idea central de que, en el tiempo presente es el Estado quien, con fundamento en su poder político adopta las decisiones básicas y las ejecuta a través del Derecho.

II.—EL DESPERTAR HISTORICO DE LOS PAISES SUBDESARROLLADOS.

Desde hace varios años, el mundo está convulsionado por el despertar de un gigante: la sociedad subdesarrollada, que comprende en su seno más de las dos terceras partes de la humanidad.⁽³⁾ Es, sin lugar a dudas, el fenómeno político más trascendental del siglo XX. Reconocemos que en nuestro siglo han acontecido cambios políticos profundos; además, consideramos de suma importan-

(2) Entendemos por mundo político, aquél en que se adoptan y ejecutan las decisiones fundamentales sobre el modo de vida de una sociedad; su organización, su regulación, su orientación y su dirección. Esas decisiones, de carácter autónomo (en principio, no se adoptan con base en normas jurídicas previas) son, en nuestro tiempo, creadas y ejecutadas por el Estado. Se formulan con base en el poder político estatal, y se ejecutan por medio del Derecho. Este, no solamente es uno de los elementos esenciales de la estructura del Estado, sino que es el gran instrumento realizador del orden político.

(3) Consideramos innecesario explicar el concepto de sociedad subdesarrollada. La terminología política, económica y sociológica de nuestros días está saturada de este concepto, que corresponde a una realidad simple, pero dramática, que no necesita explicaciones. Presentamos, sin rubores, y con plena conciencia histórica de lo que hay que hacer en el futuro, el ejemplo de nuestro continente iberoamericano.

cia la pugna ideológica, económica, moral y política entre Occidente y Oriente. Pero todos esos fenómenos, de importancia singular en el momento histórico en que se han realizado, serán extraordinariamente superados por la colosal transformación que a la humanidad le imprimirán las revoluciones que están engendrando las sociedades subdesarrolladas. Esas revoluciones van desde la organización social y militar, en sentido moderno, de los centenares de millones de habitantes de los países asiáticos, en los cuales la jerarquía de la realidad se extiende desde el hambre y la miseria, hasta la posesión de la bomba atómica; pasan por la revolución que entraña la emancipación política de los pueblos africanos, que surgen a la libertad después de muchos decenios de colonialismo; y llegan hasta nuestras naciones americanas, que tienen en gestación transformaciones fundamentales en su estilo de vida política, económica y social.

Estos pueblos subdesarrollados están incorporando a la dinámica de sus revoluciones, vertiginosamente, los ideales y las realizaciones prácticas que han llevado a las sociedades ricas, altamente industrializadas, al esplendor científico, técnico y económico que viven desde hace ya muchos lustros. Después de un largo sopor, nuestros pueblos levantan sus cabezas hasta la superficie de la historia. Esta nueva actitud determina en ellos cambios fundamentales: varían sustancialmente sus ideas; por primera vez penetra en su espíritu colectivo, y provoca resonancias insospechadas, el ideal del progreso, que antes sólo fue inquietud de minorías; fijan ambiciosas metas de bienestar económico y social, y se organizan y luchan, en el plano nacional y en el internacional, por conquistarlas; levantan las banderas de la reivindicación y de la esperanza; y creen que el poder político, la ciencia, la técnica y la riqueza son los instrumentos que habrán de liberarlos de las miserias sociales que hoy sufren.

Toda esta agitación política y social se apoya en buena parte en uno de los fenómenos más importantes de nuestra época: el desmedido crecimiento demográfico, que desde hace varios años alcanzó niveles extraordinarios precisamente en las sociedades subdesarrolladas.

Se ha afirmado con insistencia que este colosal desarrollo demográfico constituye la mayor revolución de nuestros días; nosotros no consideramos que ese hecho biológico y social sea propia-

mente una revolución. Es, sí, el problema de mayor magnitud y peligro que la humanidad encierra hoy en su seno. Ahora bien, y lo que creemos firmemente es que para resolver ese problema si habrá que hacer la mayor revolución del siglo XX; una revolución capaz de incorporar esos millones de seres humanos a los beneficios de la civilización, la cultura y la economía modernas, y en esa forma impedir que esa marea alcance a ahogarnos a todos.

III.—REALIDADES POLITICAS Y JURIDICAS EN EL CONTINENTE IBEROAMERICANO.

La conmoción ideológica que han experimentado nuestros pueblos en los últimos años aún no ha alcanzado su mayor grado de presión. Las formas tradicionales de pensamiento político y social han sido retadas por nuevas ideas y aspiraciones, tanto de carácter comunista como de naturaleza democrática. Cada día mayor número de personas considera que buena parte de los principios, instituciones e ideas tradicionales tendrán que ser sustituidos, por las vías de la evolución o de la revolución, por nuevos instrumentos espirituales y materiales. Esto es innegable. Viejas e injustas estructuras económicas hacen de la riqueza un privilegio de pocos. Férrreas organizaciones militares, inútiles ya por la transformación de las técnicas de la guerra, gastan cada año centenares de millones de dólares y sustituyen con facilidad la voluntad popular en las grandes decisiones políticas. En resumen: pocos ricos; masas miserables; inexistencia de la democracia política.⁽⁴⁾

Esas barreras han impedido el buen gobierno, el progreso, la prosperidad, la justicia social. Y, desde luego, han determinado a través de años de inercia, imprevisión e indiferencia, una acumulación de problemas de dimensiones gigantescas. Son muchos los millones de seres humanos que en nuestros países sufren condiciones infrahumanas en alimentación, vivienda, salud, educación, oportu-

(4) Desde luego que en nuestro continente también hay excepciones que confirman la regla en lo que se refiere a la democracia política. Nos atrevemos a afirmar que no hay excepción en cuanto a las estructuras económicas y sociales injustas. Sólo existen diferencias de grados.

Costa Rica constituye un caso singular. Su democracia representativa es una de las más auténticas del continente latinoamericano. Como país pequeño y pobre, no formó estructuras tan fuertes e injustas como sí ocurrió en las demás sociedades del continente. No tiene gastos militares, pues el ejército está prohibido por la Constitución Política. Tiene uno de los índices más altos de alfabetización y sus avances sociales son importantes. Sin embargo, son muchos los cambios que debemos realizar, tanto en el Estado como en la sociedad, para alcanzar los niveles de vida que exige ya su pueblo.

nidades de trabajo y recreación, etc. Se considera que, para resolver uno solo de esos problemas, por ejemplo el de la vivienda, los gobiernos tendrían que destinar la totalidad de sus presupuestos por largo tiempo, exclusivamente a construir albergues apropiados para quienes hoy carecen de ellos.

Si se aprecia en toda su dimensión la tarea no realizada hasta el día de hoy en este continente, tenemos que aceptar que su ejecución constituye un reto histórico muy difícil de eludir; al mismo tiempo estamos convencidos de que para triunfar en esta lucha necesitamos organizar fuerzas morales y políticas que hasta el presente nunca fueron usadas para este fin.

Pero lo más grave no se ha citado aún en estas páginas. Resulta que los problemas acumulados hasta nuestros días son pequeños y hasta insignificantes si se comparan con lo que está ya determinando el irrefrenable crecimiento demográfico. Para dar una idea aproximada de lo que esto significa, debe recordarse que Hispanoamérica va prácticamente a triplicar su población en un período de cuarenta años. En 1960 tenía aproximadamente 206.000.000 de habitantes; en el año 2.000 tendrá alrededor de 625.000.000.⁽⁵⁾

La anterior situación ha preocupado seriamente, desde hace varios años, a algunas figuras prominentes de la política latinoamericana, quienes han propuesto soluciones en un nivel continental. En esa actitud se encuentran, por ejemplo, Juselino Kubitsek, Alberto Lleras Camargo, José Figueres, Rómulo Betancourt. El pensamiento representado por estos líderes se concretó en fórmulas de acción, como la Operación Panamericana y el Acta de Bogotá. Más tarde se asoció a esta gran empresa el genio inspirador y justo de Jonh F. Kennedy, que concibió y llevó a la práctica, en un plan cooperativo con los países iberoamericanos, la Alianza para el Pro-

(5) Según datos del Boletín Estadístico de América Latina (Naciones Unidas), la tasa de crecimiento de la población latinoamericana es de 2.8 por ciento anual. Su población total, en 1963, era de 224.000.000. Si se utiliza aquella tasa de crecimiento, y la técnica de cálculo aplicada por las Naciones Unidas, las proyecciones nos indican, para el año 2.000, una población de 622.300.000.

El crecimiento demográfico en Costa Rica tiene aún un ritmo mayor. La Oficina de Planificación, en el Plan General de Desarrollo, aplica una tasa de 3.7% anual, aun cuando otras fuentes señalan una mayor. En 1950 nuestro país contaba apenas con 820.000 habitantes; en el Censo de 1963, resultó con 1.336.274; en 1965 cuenta con 1.471.078, y en el año 2.000 tendrá 5.246.961. Esto significa, en otros términos, que Costa Rica duplica su población cada 20 años.

greso. Sus ideales y métodos de acción están comprendidos en la Carta de Punta del Este.⁽⁶⁾

Otro gran esfuerzo realizado dentro del marco de la Alianza para el Progreso, para resolver graves problemas latinoamericanos vinculados directamente con los trabajadores, fue el de la Primera Reunión de Ministros de Trabajo de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (O.E.A.), que se realizó en Bogotá del 5 al 11 de mayo de 1963. En ese acto los Ministros de Trabajo de estos países aprobamos la "Declaración de Cundinamarca", que establece una serie importante de medidas para asegurar que los trabajadores latinoamericanos tomen parte activa y decisiva en la ejecución de la Alianza para el Progreso, y para que ellos y sus familias participen, en la medida de lo necesario y lo justo, en los beneficios de la prosperidad económica que se espera de ese plan cooperativo entre las naciones iberoamericanas y los Estados Unidos de Norteamérica.

(6) Esta Carta, aprobada el 17 de agosto de 1961, se inicia con una decisión de carácter histórico:

"Las repúblicas americanas proclaman su decisión de asociarse en un esfuerzo común para alcanzar un progreso económico más acelerado y una más amplia justicia social para los pueblos, respetando la dignidad del hombre y la libertad política... Hace casi 200 años se inició en este hemisferio una larga lucha por la libertad, fuente de inspiración para los pueblos del mundo. Alentados por la esperanza que dimana de las revoluciones ocurridas en nuestras jóvenes naciones, muchos hombres bregan ahora por la libertad en tierras de vieja tradición. Ha llegado el momento de imprimir un nuevo sentido a esta vocación revolucionaria. América se encuentra en el umbral de una nueva etapa histórica. Hombres y mujeres de todo el Continente procuran conquistar la vida más plena que las técnicas modernas ponen a su alcance. Están resueltos a lograr una existencia más decorosa y cada vez más abundante para ellos y para sus hijos; a tener acceso a la cultura y a disfrutar de igualdad de oportunidades para todos, y a terminar con aquellas condiciones que hacen posible el beneficio de pocos en desmedro de las necesidades y de la dignidad de muchos. Es deber impostergable satisfacer esas justas aspiraciones demostrando a los pobres y desamparados de éste y todos los continentes que el poder creador del hombre libre constituye la fuerza que mueve su progreso y el de las futuras generaciones".

En la Carta, los gobiernos hispanoamericanos se obligan a realizar en sus respectivos países una reforma fundamental en las estructuras económicas (incluyendo la tributaria, para aumentar la contribución de los grupos de mayor poder económico) y sociales (con el propósito de poner al alcance de las mayorías las oportunidades básicas de la vida moderna que hasta el momento sólo han usufructuado reducidas minorías).

Entre los objetivos de la Alianza se destacan por su importancia los siguientes:

a) Aunar todas las energías de los pueblos y gobiernos de las repúblicas americanas, para realizar un gran esfuerzo cooperativo que acelere su desarrollo económico y social, con el propósito de que puedan alcanzar el máximo de bienestar dentro de un sistema de vida que garantice iguales oportunidades para todos.

b) Distribuir en forma más equitativa los beneficios del progreso económico, elevando con preferencia los ingresos y niveles de vida de los sectores más miserables de la población.

c) Destinar a la inversión cada vez una mayor proporción del producto nacional.

d) Diversificar las economías nacionales para que no dependan exclusivamente de

IV.—LA CUESTIÓN NACIONAL Y EL DERECHO DEL TRABAJO.

No se trata aquí de considerar la "cuestión social", sino la "cuestión nacional"⁽⁷⁾. La dimensión de los problemas latinoamericanos no se detiene en el viejo marco de la "cuestión social", sino que lo aventaja y penetra en todos los planos del ser nacional. Y como existe una interrelación geográfica, histórica y en general humana de todos estos pueblos, los problemas de cada nación adquieren naturaleza continental.

La información que hemos dado anteriormente sobre la naturaleza y magnitud de esta "cuestión nacional", da una imagen aproximada acerca de la tarea que tienen que realizar imperativamente los políticos para concretar soluciones sustanciales en el menor plazo posible. Muchas de esas soluciones están estrechamente unidas al Derecho del Trabajo.

uno o dos productos y para liberarlas, en la medida de lo necesario, de los factores del comercio externo que hoy las asfixian (baja de los precios de productos de exportación, y aumento de los de importación, ambos fenómenos a un ritmo vertiginoso).

e) Desarrollar las industrias.

f) Transformar la estructura y los métodos de la producción en la agricultura, base fundamental de estas economías. Se trata de aumentar la productividad y la producción agrícola.

g) Ejecutar la reforma agraria, para terminar progresivamente con la ineficiente e injusta acumulación de las tierras en manos de grupos minoritarios. La concentración de la mayor parte de ese bien natural en manos de pocos impide que millones de latinoamericanos tengan acceso a su beneficios. También se trata de combatir el minifundio, que causa muchos problemas, aunque no tantos como el latifundio.

h) Generalizar la enseñanza.

i) Formular y ejecutar planes nacionales de desarrollo.

j) Promover la integración económica. Hoy existen la ALALC y el Mercado Común Centroamericano. Este último, que comprende a Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica, aunque más joven que la ALALC ha avanzado mucho más hacia el objetivo del mercado común. Sus consecuencias y objetivos ya son evidentes.

Para no engañarnos a nosotros mismos, ni a los demás, debemos reconocer que, en lo que es responsabilidad de los gobiernos latinoamericanos, algunos de esos esfuerzos básicos o se ejecutan muy lentamente o no se realizan del todo. Desde luego, esto hará más difíciles y dolorosas las soluciones en el futuro.

(7) Todos coincidimos con el criterio de que la misión del jurista no es resolver la "cuestión social" o promover el "desarrollo económico" (Vid. "Manual de Derecho del Trabajo" de G. Bayón Chacón y E. Pérez Botija, Madrid, 1964, T. I, p. 11). Por eso aclaramos, al principio de estas consideraciones, que nuestros puntos de vista estarían en íntima relación con el Derecho del Trabajo, pero que expresarían fundamentalmente criterios políticos. Nos movemos dentro de una área específica, la de las relaciones orgánicas entre Política y Derecho del Trabajo. O, quizás se trate de un campo aún no explorado plenamente, el de la Política del Trabajo, en que tendría un papel preponderante la consideración del Derecho del Trabajo desde el punto de vista de las ideas y realidades políticas.

Esta rama jurídica se configura y actúa conforme a una determinada realidad política, económica y social.⁽⁸⁾ Los caracteres propios de la realidad en estas sociedades subdesarrolladas, el dinámico despertar de las mismas, su exigencia de una participación más equitativa en las riquezas del mundo, el deseo incontenible que las mueve hacia la conquista de posiciones ventajosas en el escenario de la historia, determinarán a corto plazo varias transformaciones profundas en las relaciones internacionales y en sus propias estructuras económicas, sociales, jurídicas y políticas.⁽⁹⁾

Si tenemos en cuenta que el Derecho del Trabajo regula en nuestro tiempo el sector más importante de las relaciones humanas y que sus normas rigen imperativamente sobre la conducta de la mayor parte de la población de estas sociedades; y consideramos además su naturaleza dinámica, que le permite seguir el ritmo de los cambios históricos, tenemos que llegar a la conclusión, no sólo de que ese Derecho va pronto a modificarse en estos países latinoamericanos, sino que debemos transformarlo sustancialmente en algunos de sus principios, normas e instituciones.

Las sociedades subdesarrolladas de este continente han hecho, algunas de ellas, aportes muy valiosos a la Historia Universal; pero su espíritu no se ha desarrollado plenamente. Por eso no han creado aún su propio estilo de vida cultural, económica y política, de sentido moderno. Apenas caminan hacia él.

En materia de Derecho, su conducta de siglos ha sido meramente receptiva. Ha copiado los grandes modelos europeos y norteamericanos.⁽¹⁰⁾ Esto nos sucedió también con el Derecho del Trabajo. Lo hemos trasladado, sin modificaciones ni pulimentos, desde naciones ricas y altamente industrializadas hasta nuestras sociedades pobres y subdesarrolladas. No vamos a considerar ahora

(8) Cfr. Bayón Chacón y Pérez Botija, op. cit. T. I, ps. 9 ss.

(9) Hoy ha adquirido nuevamente vigencia el ideal de Simón Bolívar: la unidad política de las repúblicas latinoamericanas. Detrás de los procesos de integración económica escuchamos los pasos de ese personaje de nuestra historia, tan paciente y al mismo tiempo tan constante, que se llama Unidad.

(10) De Europa se han traído tanto el Derecho Público como el Derecho Privado. De los Estados Unidos de Norteamérica, algunas instituciones básicas de su Derecho Público (sobre todo el régimen político presidencialista).

Hacemos esta afirmación, sin ignorar la existencia de excepciones muy valiosas, como por ejemplo las visionarias tesis de organización política de Simón Bolívar y algunos principios constitucionales de la Revolución Mexicana.

los problemas y perjuicios que algunos de esos injertos han determinado en el débil organismo de éstas. Sólo nos interesa examinar cómo algunas de esas instituciones pueden y deben transformarse, para satisfacer más plenamente los intereses y derechos de los trabajadores y para abrir un camino más amplio a las soluciones económicas y sociales que hoy exigen nuestros pueblos.

V.—LA REALIDAD NACIONAL DE COSTA RICA Y SUS CAMBIOS. UNA INSTITUCION LABORAL QUE DEBE TRANSFORMARSE.

Como afirmamos anteriormente, Costa Rica está experimentando una transformación progresiva y honda en su realidad económico-social. La han impulsado algunos sectores dirigentes, en parte por convicción ideológica y en parte por exigencia popular. Sin embargo, el fenómeno determinante en la actualidad lo constituye el avance irresistible de su población, que se duplica cada veinte años. Poseemos la tasa de crecimiento más alta del mundo.

¿Cómo resolver los problemas acumulados a través de los años por la desidia de las generaciones anteriores, y hacer frente al mismo tiempo a los que genera cada día la creciente población? Instalaciones portuarias, ferrocarriles, carreteras, sistemas de comunicación, que se establecieron a fines del siglo pasado, o principios del presente, y a los que no se les había agregado un ápice de nueva obra, constituyen en nuestros días verdaderos anillos de acero que impiden el desarrollo económico.⁽¹¹⁾ Si sumamos a lo anterior la carga de necesidades que trae consigo cada año la nueva población, tenemos que llegar forzosamente a la conclusión de que ha sonado la hora de adoptar nuevas decisiones políticas; y entre ellas, como una de las más importantes, la institucionalización del ahorro en escala nacional. Nuestro pueblo tiene una exagerada propensión al consumo, sobre todo de artículos importados de toda clase. Debemos rescatar parte sustancial del ingreso nacional que hoy se consume, orientarlo hacia el ahorro y utilizar éste en pro-

(11) Hace ya varios años se inició en nuestro país la gran obra de infraestructura necesaria para alcanzar las metas del desarrollo económico. Se ha impulsado al diversificación de la economía a través de la industrialización y de nuevos campos de producción agrícola y ganadera. Se instalan nuevos sistemas de comunicaciones y se abren centros de formación profesional. Sin embargo, algunos de los problemas no resueltos, como el portuario, son de tal magnitud que escapan a las posibilidades económicas actuales de nuestro país. Se necesita capital exterior, una mejor utilización del capital existente, y la creación de nuevo capital a través del ahorro.

gramas que formen parte del Plan Nacional de Desarrollo. Esto es de vida o muerte para los anhelos de mayor justicia y bienestar social que tiene nuestro pueblo.

Dentro de la reestructuración a que están hoy sometidos tanto el sector privado como el público, para modernizarlos y adecuarlos a las nuevas tareas, habrá que realizar muy importantes cambios en nuestra legislación laboral (incluyendo, claro está, la seguridad social).

Sólo vamos a referirnos a un ejemplo: la indemnización por despido.⁽¹²⁾ Bastará para darnos una idea aproximada de los ajustes que tendremos que hacer en el Derecho de Trabajo vigente en nuestras sociedades subdesarrolladas, para que, en vez de frenar el desarrollo económico y social, le impriman a éste un dinamismo apropiado para conquistar los objetivos del esfuerzo nacional.

El sistema de despido vigente en la legislación costarricense es el libre y definitivo, con preaviso en todos los casos, y una indemnización cuando el contrato concluye por causas ajenas a la voluntad del trabajador.⁽¹³⁾

Existe una norma constitucional que fundamenta todo el sistema. Se trata de una de las más importantes disposiciones del Capítulo de Derechos y Garantías Sociales.⁽¹⁴⁾

El principio constitucional es, desde luego, ampliamente desarrollado por el Código de Trabajo.⁽¹⁵⁾

(12) Presentamos el tema sólo en forma esquemática, por la limitación de espacio. Las líneas generales que indicaremos corresponden a estudios que hemos realizado en el ejercicio de la función pública y que darán fundamento más tarde a un proyecto de ley. No ignoramos los obstáculos que se presentarán; pero finalmente habrá comprensión, sobre todo de parte de los trabajadores y de los empresarios, ya que a ambos beneficiaría extraordinariamente, y a través de ellos la sociedad obtendría grandes dividendos. También podríamos citar el caso de la seguridad social costarricense que ha alcanzado gran desarrollo y que, sin embargo, encierra en su estructura grandes limitaciones por responder a la teoría de los seguros sociales de la Alemania de fines de siglo XIX.

(13) No es definitivo en el caso de los empleados públicos protegidos por el Servicio Civil, ya que puede ser anulado por un Tribunal especial. En este caso, opera la reinstalación del trabajador.

(14) "Artículo 63.—Los trabajadores despedidos sin justa causa tendrán derecho a una indemnización cuando no se encuentren cubiertos por un seguro de desocupación."
Esta norma de la actual Constitución Política, del 7 de noviembre de 1949, corresponde a la que se incorporó en 1943 a la anterior Constitución del año 1871.

(15) El Código de Trabajo, del 27 de agosto de 1943, contiene entre otras las siguientes disposiciones:
"Artículo 29.—Si el contrato de trabajo por tiempo indeterminado concluye por razón de

La Constitución Política establece que en los casos de despidos injustificados, deberá pagarse al trabajador una indemnización cuando no esté protegido por el seguro de desempleo. A pesar de estar previsto en la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, dicho seguro no ha sido creado en nuestro país.

El auxilio de cesantía, como denomina el Código de Trabajo a la indemnización por despido, se paga voluntariamente por el patrono, o es impuesta por los Tribunales de Trabajo cuando el trabajador tiene que plantear juicio contra el patrono renuente, y se le reconoce su derecho.

Son muchos los millones de colones que por ese concepto han pagado a los trabajadores costarricenses, tanto los empresarios particulares como el Estado. Y las cifras que se continúa pagando año tras año son muy elevadas. Debemos aceptar que tal garantía ha sido de gran importancia para nuestros trabajadores, sobre todo si se tiene en cuenta el régimen de libre despido que establece nuestra ley laboral y la ausencia de un seguro de desempleo.

despido injustificado, por alguna de las causas previstas en el artículo 83, u otra ajena a la voluntad del trabajador, el patrono deberá pagarle a éste un auxilio de cesantía de acuerdo con las siguientes reglas:

- a) Después de un trabajo continuo no menor de tres meses, ni mayor de seis, con un importe igual a diez días de salario;
- b) Después de un trabajo continuo mayor de seis meses pero menor de un año, con un importe igual a veinte días de salario;
- c) Después de un trabajo continuo mayor de un año, con un importe igual a un mes de salario por cada año de trabajo por fracción no menor de seis meses;
- d) En ningún caso podrá exceder dicho auxilio del salario de ocho meses;
- e) El auxilio de cesantía deberá pagarse aunque el trabajador pase inmediatamente a servir a las órdenes de otro patrono; y
- f) No tendrá derecho a auxilio de cesantía el trabajador que al cesar su contrato quede automáticamente protegido por una jubilación, pensión de vejez o de retiro concedidas por el Estado o por la Caja Costarricense de Seguro Social; ni cuando el trabajador quede por el mismo hecho del despido acogido a los beneficios del seguro contra desempleo involuntario de esta última Institución; o cuando en caso de fallecimiento del trabajador por un riesgo profesional, el patrono demuestre que tenía asegurado a éste contra dicho riesgo en el Instituto Nacional de Seguros."

"Artículo 83.—Son causas que terminan con el contrato de trabajo sin responsabilidad para el trabajador y sin que se extingan los derechos de éste o de sus causahabientes para reclamar y obtener el pago de las prestaciones e indemnizaciones que pudieran corresponderles en virtud de lo ordenado por el presente Código o por disposiciones especiales:

- a) La muerte del trabajador;
- b) La necesidad que tuviere éste de satisfacer obligaciones legales... que conforme al derecho común equivalen a imposibilidad absoluta de cumplimiento;
- c) La fuerza mayor o el caso fortuito; la insolvencia, concurso, quiebra o liquidación judicial o extrajudicial, la incapacidad o la muerte del patrono...
- d) La propia voluntad del patrono..."

Sin embargo, un balance histórico de la institución es bastante desfavorable. En primer lugar, y desde el punto de vista social, se sospecha que la mayor parte de esos millones de colones no ha sido aprovechada por los trabajadores para mejorar sus condiciones de vida, sino que por el contrario se ha usado para consumo de bienes no muy necesarios. Sólo una ínfima proporción se habrá ahorrado.

Tenemos, en segundo término, que señalar algunas consecuencias económicas negativas de ese régimen. Dada la gran propensión al consumo de bienes importados, propio de nuestro pueblo, buena parte del dinero pagado a título de cesantía ha salido del país convertido en moneda extranjera, haciendo aún mayor la peligrosa presión que en forma permanente existe contra el fondo nacional de esas monedas, en especial la de dólares. Todo esto, lo sabemos bien, en cualquier momento puede repercutir desfavorablemente en la estabilidad de la moneda costarricense.

Por último, debemos señalar tal vez el factor más desfavorable: la tensión o pugna obrero-patronal, que provoca en las empresas. Los trabajadores no tienen propiamente un derecho adquirido a la indemnización, sino que pueden obtenerla sólo dentro de determinadas circunstancias que señala la ley. Los patronos, por su lado, sienten que no son enteramente dueños de sus empresas mientras haya la permanente amenaza del pago de cesantías a sus obreros. E incluso, como no es obligatorio formar reservas para ese fin, en más de una oportunidad se han cerrado empresas para poder pagar sus prestaciones legales a los trabajadores.

Junto a éstas, hay otras razones de gran peso por las cuales hemos considerado que en Costa Rica la institución de la cesantía, en su forma actual, debe ser transformada en un sistema de capitalización laboral o de ahorro forzoso en beneficio de los trabajadores, que pueda a su vez ser invertido en los planes de desarrollo económico del país y en programas de bienestar social para el mismo sector obrero.

VI.—LA CAPITALIZACION EN FAVOR DEL TRABAJADOR. EL BANCO OBRERO.

Nos hemos propuesto plantearle al país la urgencia de esa transformación, y en especial a los trabajadores y a los empresarios. El camino consistiría, en síntesis, en lo siguiente:

a) Sustituir el régimen actual de cesantía por un sistema, nacional y obligatorio, de capitalización laboral. En lugar del pago aleatorio de la indemnización, todo empresario estaría obligado a pagar un porcentaje del salario de cada trabajador, en beneficio de éste. Ese porcentaje debe corresponder al mes que en la actualidad se paga como cesantía por cada año de trabajo. Sin embargo, el pago de esta obligación patronal no tendría la limitación a que se refiere el inciso d) del artículo 29 del Código de Trabajo (un máximo de ocho salarios mensuales), sino que sería ilimitado.⁽¹⁶⁾

b) Los empresarios estarían obligados a depositar ese porcentaje de los salarios en una institución de Derecho Público; dicho porcentaje, al ser depositado, se convierte en propiedad del trabajador. El registro de este ahorro en beneficio del trabajador se llevaría por medio de cuentas individuales, aunque los recursos pasarían a reservas generales de la indicada institución.

c) Proponemos como nombre de esa institución el de Banco Obrero,⁽¹⁷⁾ el que pasaría a formar parte del Sistema Bancario Nacional, que es monopolio del Estado.⁽¹⁸⁾

d) Por ese medio todos los trabajadores costarricenses formarían, a través de los años, su propio capital. Por eso llamamos al sistema "capitalización laboral".

e) El Banco Obrero sería dirigido por un Consejo Directivo integrado por miembros representantes de los trabajadores, los empresarios y el Estado.

(16) En nuestro país fue Alberto Martín Chavarría, abogado y economista, quien primeramente planteó esta tesis en sus aspectos más importantes. No sólo formuló una doctrina en ese sentido, apoyándola en principios de solidaridad extraídos de la filosofía, la economía y la sociología, sino que además la llevó a la práctica en algunas empresas, y en forma voluntaria. Nuestro planteamiento se separa de aquél en algunos aspectos básicos: 1) proponemos que sea en sustitución de la indemnización por despido; 2) creemos que debe ser legalmente obligatoria; y 3) que el organismo en el que habrá de depositarse ese ahorro de los trabajadores, y que tendrá a su cargo la administración y la inversión de esos recursos, consideramos que debe ser de Derecho Público.

(17) Por su fundamento, su estructura y sus fines, la institución que proponemos crear en Costa Rica es totalmente diferente a los Bancos Obreros que existen en Israel, Puerto Rico y algunos otros países iberoamericanos.

(18) En efecto, en Costa Rica todos los bancos fueron nacionalizados y se convirtieron en monopolio del Estado por Decreto-Ley de la Junta Fundadora de la Segunda República, Nº 71 de 21 de junio de 1948.

Así, nuestro país es el único, de régimen democrático, en donde todos los bancos pertenecen al Estado. Esa medida revolucionaria se aprobó para quitar esa arma económica poderosa de manos de un pequeño grupo de personas, y ponerla al servicio de toda la sociedad.

PROYECTO DE LEY SOBRE EL
FONDO DE TRABAJO CAPITALIZADO Y EL
BANCO OBRERO

CAPITULO I

DEL FONDO DE TRABAJO CAPITALIZADO

Artículo 1º.—Sustitúyese el régimen de cesantía establecido por el artículo 29 del Código de Trabajo por un sistema de ahorro laboral que se constituirá y administrará de acuerdo con las disposiciones siguientes.

Artículo 2º.—El sistema de ahorro laboral consistirá en la formación de un Fondo de Trabajo Capitalizado, por medio de un aporte o cuota que todos los empresarios particulares, los Poderes del Estado y todas las instituciones públicas deberán pagar cada mes a favor de sus trabajadores, de un cinco por ciento (5%) de sus salarios mensuales y de un aporte que realizarán los trabajadores en los mismos términos al citado Fondo de un dos por ciento (2%) de esos mismos salarios.

Artículo 3º.—El patrono deberá deducir de los salarios de los trabajadores la contribución que del 2% deberán realizar éstos, suma que depositará junto con el 5% que de los salarios le corresponde aportar a la empresa, cada mes, en el Banco Obrero que se crea en esta misma Ley. Esta contribución deberá realizarla el empresario por todo el tiempo que tenga a su servicio al trabajador.

La contribución de las empresas pasará, desde el momento de su depósito en el Banco Obrero, a ser propiedad de los trabajadores. Estos aportes serán asignados a cada trabajador en el monto que le corresponde, por medio de un sistema de cuentas individuales, que tendrán el carácter jurídico de las cuentas corrientes bancarias con la única excepción de que el retiro de los fondos estará limitado en los términos que se establecen en esta misma ley.

Por medio de su cuenta individual que le corresponde en el Banco Obrero, cada trabajador formará un capital constituido por las contribuciones de su patrono, o patronos, y la suya propia.

Artículo 4º.—El régimen de despido de los trabajadores será en consecuencia libre, a partir de la vigencia de esta ley, y el cam-

f) Para que llegue a operar realmente el mecanismo forzoso de ahorro, los trabajadores sólo podrían usar su capital, e invertirlo libremente, en circunstancias muy calificadas (por ejemplo, al retirarse definitivamente de su actividad laboral).

g) El capital que se acumule en el Banco Obrero deberá invertirse de preferencia en:

1) El financiamiento de las mismas empresas, o de programas públicos, dentro de las pautas que señale el Plan Nacional de Desarrollo. O sea, que el capital de los trabajadores podrá ser usado por las propias empresas, para evitar que éstas pierdan su dinamismo por disminución de su propio capital (se evita de este modo un fenómeno de descapitalización de las empresas).

2) En inversiones propias del Banco, por medio de compra de acciones de empresas ya existentes, o creando empresas que pasarían entonces a ser propiedad de los trabajadores.⁽¹⁹⁾

3) En la atención de necesidades crediticias de los mismos trabajadores (créditos de carácter personal para construcción de viviendas, estudios de los hijos, etc.)

4) Un porcentaje del ahorro laboral sería destinado a financiar el seguro de desempleo. La creación de este seguro no sólo sería imperativa para hacer posible la citada transformación, conforme lo ordena la Constitución Política, sino que sería indispensable para proteger a los trabajadores en todo caso de cesantía involuntaria.⁽²⁰⁾

En todo lo anterior tenemos un ejemplo de las transformaciones que puede y debe tener el Derecho del Trabajo en una sociedad subdesarrollada, para servir al propósito político del progreso económico y social de estas vastas e importantes zonas de la humanidad.

(19) Un país como el nuestro podría aplicar, en lo posible, la política de la Histadrut en Israel. Esa Confederación de Trabajadores, por medio de sus instituciones financieras y económicas (bancos, industrias, astilleros, cooperativas) logra que los trabajadores sean propietarios de buena parte de la economía de Israel. Así, al contribuir al desarrollo económico, los propios trabajadores abren miles de nuevos puestos para quienes se van incorporando al mercado de trabajo día tras día.

(20) Como los empresarios tendrían entonces una libertad absoluta de despedir al trabajador, con causa justificada o sin ella, y sin que estuvieran obligados a reconocer la indemnización, aquél debe necesariamente estar amparado en los casos de cesantía involuntaria por medio de este seguro.

bio de patrono en nada afectará los derechos del trabajador, ya que al cesar la contribución de la empresa con que se ha laborado se iniciará la que le corresponde a la nueva empresa.

CAPITULO II

DEL BANCO OBRERO

Artículo 5º.—Créase el Banco Obrero como una institución autónoma de Derecho Público, con personería jurídica propia y la autonomía administrativa y funcional establecida en la Constitución Política, y formará parte del Sistema Bancario Nacional.

Artículo 6º.—El Banco Obrero se regirá por la presente Ley, la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional N° 1644 de 26 de setiembre de 1953 en lo que le fuere aplicable y no se oponga a las disposiciones de aquélla, así como por los respectivos reglamentos.

Artículo 7º.—El Banco Obrero tendrá por objeto la custodia, administración e inversión de los aportes que establece el artículo 2 de esta Ley. En el cumplimiento de estas funciones, y en uso de su autonomía, el Banco actuará con completa independencia y sus decisiones serán adoptadas exclusivamente por su Junta Directiva. El Poder Ejecutivo, ni ningún otro organismo público, podrá imponerle al Banco Obrero decisiones sobre custodia, administración e inversión del ahorro propiedad de los trabajadores. Sin embargo, el Banco Obrero deberá coordinar sus actividades con el Poder Ejecutivo, la Oficina de Planificación, el Sistema Bancario Nacional y las demás instituciones públicas.

Artículo 8º.—La dirección y la administración del Banco Obrero estarán a cargo de:

- a) La Junta Directiva,
- b) La Gerencia.

Artículo 9º.—La Junta Directiva estará integrada por:

- a) Los Ministros de Trabajo y Bienestar Social y de Economía, como miembros ex-oficio.
- b) Tres representantes de los trabajadores. Y
- c) Dos representantes de los patronos.

Artículo 10.—Los Ministros durarán en el cargo de Directores mientras tengan aquel carácter. Los representantes de los trabajadores y de los patronos serán miembros de la Junta Directiva por un período de cuatro años y podrán ser reelectos.

Los representantes de los trabajadores serán designados directamente, por medio de Asambleas, uno por las organizaciones sindicales de campesinos, otro por los sindicatos de trabajadores manuales de los centros urbanos, y el tercero por las asociaciones o sindicatos de trabajadores intelectuales. El Ministerio de Trabajo y Bienestar Social tendrá a su cargo la reglamentación de estas Asambleas, así como la vigilancia necesaria para que se realicen en forma democrática y representativa de los diversos grupos interesados.

La representación patronal se hará también por medio de Asambleas; uno de los representantes será designado por las Cámaras de actividad agropecuaria, y el otro por las Cámaras de empresarios de las actividades industriales, comerciales y de los servicios. La reglamentación y vigilancia de estas Asambleas estará a cargo del Ministerio de Economía.

Artículo 11.—Los nombramientos aprobados por las Asambleas serán comunicados al Poder Ejecutivo, para que formalmente se integre la Junta Directiva por medio de Decreto Ejecutivo.

Artículo 12.—El Gerente y el Subgerente formarán parte de la Junta Directiva, en la que tendrán voz pero no voto.

Artículo 13.—La Junta Directiva elegirá cada año, por mayoría de votos, un Presidente y un Vicepresidente.

Artículo 14.—La Junta Directiva se reunirá ordinariamente por lo menos una vez a la semana; y en forma extraordinaria cada vez que sea necesario. Devengarán dietas, con excepción de los Ministros, de conformidad con la Ley N° 3065 de 20 de noviembre de 1962.

Formarán quórum con cinco directores, y sus decisiones se tomarán por mayoría absoluta.

Artículo 15.—La Junta Directiva estará regida, entre otras disposiciones por las siguientes:

a) Sus miembros deberán ser personas de comprobada honestidad y competencia, con amplios conocimientos en materias económico-sociales, y de nacionalidad costarricense.

b) No podrán formar parte de ella los miembros o empleados de los Supremos Poderes, con la excepción que establece el artículo 9°.

c) Los que estén declarados en insolvencia o quiebra, o sean deudores de la Institución.

d) Sus miembros deberán rendir caución por veinte mil colones antes de entrar en ejercicio del cargo. Podrá consistir en hipoteca, póliza de fidelidad del Instituto Nacional de Seguros o dinero en efectivo.

Artículo 16.—Cesará de ser miembro de la Junta Directiva:

a) El que se ausente del país por más de tres meses sin autorización de la Junta Directiva, o con ella por más de un año.

b) El que sin causa justificada, a juicio de la Junta, falte a seis sesiones ordinarias consecutivas.

c) El que infrinja o consienta infracciones a la presente Ley.

Artículo 17.—Los miembros de la Junta Directiva desempeñarán sus funciones con independencia del Poder Ejecutivo y serán, por lo mismo, los únicos responsables de su gestión.

Artículo 18.—Son atribuciones de la Junta Directiva:

a) Dirigir el Banco, fiscalizar sus operaciones, autorizar su política general y las inversiones del Fondo Trabajo Capitalizado.

b) Aprobar todos los reglamentos del Banco, tanto de organización como de funcionamiento.

c) Aprobar los balances generales del Banco.

d) Conocer del Presupuesto Anual de la Institución.

e) Todas las demás que le correspondan por naturaleza o que le sean asignadas por las leyes.

Artículo 19.—La Junta Directiva nombrará, por mayoría no inferior a seis votos, a un Auditor. El período de éste será de cuatro años y puede ser reelecto.

El Auditor dependerá en forma exclusiva de la Junta Directiva, y deberá ser Contador Público Autorizado.

Artículo 20.—Designará también la Junta Directiva, por mayoría no inferior a seis votos, a un Gerente y un Subgerente, por un período de cuatro años; podrán ser reelectos.

El Gerente tendrá a su cargo la administración de los negocios del Banco, de acuerdo con las disposiciones legales y las instrucciones que le imparta la Junta Directiva. El Subgerente reemplazará al Gerente en sus ausencias y tendrá además las facultades y funciones que la Junta Directiva y el Gerente le señalen. Ambos tendrán la representación judicial y extrajudicial del Banco.

Artículo 21.—Corresponde al Gerente, además:

a) Nombrar al personal del Banco y acordar su promoción o remoción.

b) Presentar periódicamente un informe de sus labores a la Junta Directiva.

c) Hacer observaciones por escrito, dentro de los ocho días siguientes a aquél en que se dictaron, a los acuerdos de la Junta Directiva que estime contrarios a las disposiciones legales o a los intereses del Banco, y expresar los fundamentos de sus observaciones; pero en caso de insistencia de la Junta, dará cumplimiento a lo resuelto y quedará exento de responsabilidad por esta causa.

d) Las otras que le señalen las leyes y reglamentos.

Artículo 22.—El Gerente, el Subgerente y el Auditor serán inamovibles durante el período de su nombramiento, salvo que, a juicio unánime de la Junta Directiva, no cumplan con su cometido o cuando llegue a declararse contra ellos alguna responsabilidad legal.

Artículo 23.—Los Directores, Gerente, Subgerente, Auditor y miembros del personal del Banco que por dolo o por culpa o negligencia grave ejecuten o permitan la ejecución de operaciones contrarias a la presente ley o a sus reglamentos, responderán con sus bienes de las pérdidas que dichas operaciones irroguen a la Institución, sin perjuicio de la responsabilidad penal consiguiente.

CAPITULO III

DE LAS INVERSIONES DEL FONDO DE TRABAJO CAPITALIZADO

Artículo 24.—Los recursos del Fondo de Trabajo Capitalizado serán invertidos por el Banco Obrero de acuerdo con las siguientes disposiciones:

a) En préstamos de carácter personal que podrán ser autorizados a favor de los trabajadores que poseen ahorro laboral en el Banco, especialmente cuando se destinen a estudios de los propios trabajadores o de sus hijos, compra de vivienda, adquisición de herramientas o equipos de trabajo, o a liberar de la usura a los indicados trabajadores. Las condiciones y garantías de estos préstamos se fijarán por reglamento.

En ningún caso podrán invertirse en estos préstamos más de un veinticinco por ciento (25%) del Fondo.

b) Parte se destinará al financiamiento del seguro de desempleo, conforme se dispone en esta misma Ley.

c) El resto, con excepción de las reservas que por ley deba formar el Banco más los gastos de administración, será invertido a través del Banco Central en líneas de crédito para las empresas particulares y en el financiamiento de programas económicamente reproductivos de las instituciones públicas, debiendo darse preferencia a los comprendidos en el Plan Nacional de Desarrollo.

Cada año, el Banco Obrero y el Banco Central firmarán los convenios pertinentes en los que se especificarán las tasas del interés, formas de amortización y otros extremos relativos a estas operaciones. La determinación de la tasa de interés se hará procurando establecer un equilibrio entre el propósito de obtener la mayor rentabilidad para estos recursos y la necesidad de crédito favorable para el desarrollo económico y social del país.

Artículo 25.—El Banco Central dará al Banco Obrero el máximo de garantía para la devolución de los recursos prestados, y garantizará en forma especial su liquidez con el propósito de que el indicado Banco Obrero pueda recuperarlos en las oportunidades y condiciones que se establezcan en los convenios.

El Banco Central queda autorizado para utilizar los recursos obtenidos del Banco Obrero en el financiamiento de planes o programas de la Corporación de Inversiones o del Sistema Bancario Nacional.

CAPITULO IV

DEL SEGURO DE DESEMPLEO

Artículo 26.—En cumplimiento de lo que dispone el artículo 63 de la Constitución Política y el artículo 2 de la Ley N° 17 de 22 de octubre de 1943, la Caja Costarricense de Seguro Social deberá organizar y aplicar el seguro obligatorio de desempleo involuntario. El indicado seguro y la presente Ley deberán entrar en vigencia en la misma fecha, o sea, seis meses después de la publicación de ésta en el Diario Oficial.

Artículo 27.—Los costos del seguro de desempleo que corresponda pagar a patronos y trabajadores serán cubiertos con recursos del Fondo de Trabajo Capitalizado del Banco Obrero. La contribución del Estado será pagado por éste en las condiciones que fijan el artículo 177 de la Constitución Política y la Ley Constitutiva de la Caja.

CAPITULO V

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 28.—El Banco Obrero tendrá plena facultad reglamentaria, para regular todo lo concerniente a su organización, funcionamiento, política de inversiones, y demás extremos necesarios para el cumplimiento de los fines que le señala esta Ley.

Artículo 29.—La recaudación de los aportes o cuotas a que se refieren los artículos 2 y 3 la hará el Banco Obrero por los medios y en las condiciones que fije el Reglamento que el Poder Ejecutivo deberá dictar para esta Ley. El Banco y la Caja Costarricense de Seguro Social podrán establecer un Convenio para recaudar las cuotas que corresponden al primero por medio del sistema que la segunda tiene para percibir sus propias cuotas. La mora u omisión de los patronos en el pago de las cuotas propias y las de los traba-

jadores se sancionará con multa de un uno por ciento (1%) sobre el monto de lo adeudado por cada mes de atraso, pero el total de esa multa no podrá exceder de un veinte por ciento (20%). La morosidad comenzará a computarse quince días después de concluido el mes al que se refiere la obligación.

Las cuotas que no se paguen en el plazo antes indicado, las cobrará el Banco Obrero por la vía ejecutiva. Para este efecto, tendrá el carácter de título ejecutivo la certificación que el mismo Banco expida sobre el monto de la obligación adeudada.

Artículo 30.—El Banco Obrero deberá someter sus presupuestos a la aprobación de la Contraloría General de la República, la cual podrá reformarlos o improbarlos cuando no se ajusten a los preceptos legales vigentes. La Contraloría General de la República, en todo caso, será la encargada de la fiscalización y liquidación de los presupuestos del Banco, el cual estará en todo sujeto a las leyes de administración financiera del país.

Artículo 31.—Para que se cumplan los objetivos económicos y sociales que esta ley señala al Banco Obrero, el retiro que los trabajadores podrán hacer de su capital formado con las cuotas de los patronos y las suyas propias, estará sujeto a las siguientes disposiciones:

a) Sólo podrá hacerse en las condiciones que fije el Reglamento que para este efecto dictará la Junta Directiva del Banco.

b) Cuando el trabajador interesado se retire definitivamente de la actividad laboral.

c) En circunstancias especiales, podrá el trabajador obtener el capital acumulado sin estar sujeto a la condición del inciso anterior, pero en ningún caso podrá hacerlo antes de cinco años desde que se inició la formación de ese ahorro.

CAPITULO VI

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Artículo 32.—Con el propósito de liquidar el régimen de cesantía que ha estado en vigencia hasta la fecha en que entra a regir la presente Ley, en los términos más equitativos para los trabajadores y los patronos, se establece el siguiente sistema:

a) Si dentro de un término de cinco años, contado a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, el trabajador fuere despedido sin causa justa o se dieren las otras condiciones que señala el Código de Trabajo para reconocerle a aquél o a sus causahabientes la cesantía, el patrono deberá pagarle esa indemnización, pero limitada a la fecha en que inicia su vigencia esta Ley.

b) El patrono no estará obligado a pagarle la cesantía a sus trabajadores, si los despide durante ese período de cinco años con causa justificada o en las demás condiciones legales que expresamente eliminan esa obligación patronal.

Artículo 33.—Dentro de un mes contado a partir de la publicación de esta Ley, el Ministerio de Trabajo y Bienestar Social deberá remitir a conocimiento de la Asamblea Legislativa un proyecto que contenga las reformas al Código de Trabajo que impone la presente Ley del Banco Obrero. Esas reformas entrarán a regir simultáneamente con aquélla.

CAPITULO VII

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 34.—La presente ley deroga todas las disposiciones que se le opongan, excepto aquellas del Código de Trabajo que regulan el régimen de cesantía, las cuales mantendrán su vigencia durante el período de cinco años a que se refiere el artículo 32 exclusivamente para la liquidación definitiva del indicado régimen. Una vez concluido ese período, quedarán plenamente derogadas.

Artículo 35.— Rige seis meses después de su publicación.

Dado ...

LA EXPROPIACION EN COSTA RICA *

Por ROGELIO SOTELA

Profesor de Derecho Civil

de la Universidad de Costa Rica

I.—CONCEPTOS BASICOS SOBRE EL DERECHO DE PROPIEDAD

A. Protección Constitucional y limitaciones a la propiedad privada.

Desde los albores de su vida republicana, Costa Rica ha regulado constitucionalmente la protección a la propiedad privada y ha establecido también la posibilidad de su expropiación por razones de orden público.

El Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica o Pacto de la Concordia, promulgado el 1° de diciembre de 1821 es el primer ordenamiento constitucional del naciente Estado. En su artículo 2° se dijo:

“La provincia reconoce y respeta la libertad civil, propiedad y demás derechos naturales y legítimos de toda persona y de cualquier pueblo o nación”.⁽¹⁾

En la Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica, promulgada el 25 de enero de 1825, en el capítulo dedicado a los “Derechos y Deberes de los Costarricenses”, se dispuso:

“Artículo 4.—Sus propiedades son inviolables; pero el Estado puede exigir el sacrifi-

* Este artículo es parte de un trabajo sobre “La Expropiación en Centro América” que se prepara en asocio del Dr. Robert C. Casad, de la Universidad de Kansas. Su reproducción, sin permiso del autor, queda prohibida.

(1) Hernán G. Peralta Q. El Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica o Pacto de Concordia. Imprenta San Martín. San José, Costa Rica, 1971. Pág. 9.

cio de alguna por razón de interés público legalmente comprobado indemnizándola previamente".⁽²⁾

El texto actual de la Constitución deriva básicamente del artículo 24 de la promulgada el 15 de abril de 1869 que fue reproducido por la Constitución de 7 de diciembre de 1871 en su artículo 9. La reforma que se introdujera el 7 de julio de 1943 adicionó a la norma citada con un párrafo acorde con las inquietudes de la época, estableciendo que se podrían imponer limitaciones de interés social a la propiedad por motivos de necesidad pública. Las disposiciones de dicha Constitución fueron reproducidas en la que ahora nos rige, promulgada el 7 de noviembre de 1949, la cual introdujo como única novedad un plazo máximo de dos años para pagar la indemnización en casos de emergencia. El artículo que actualmente consagra la protección a la propiedad privada y que permite la expropiación por razones que trascienden el interés privado, se contiene en un capítulo denominado "Derecho y Garantías Individuales" y dice así:

"Artículo 45.—La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa. Sin embargo, el pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia. Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social".⁽³⁾

Otros textos importantes de la actual Constitución Política que tienen relación con la protección de la propiedad son los siguientes:

"Artículo 46.—Son prohibidos los monopolios de carácter particular y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria. Es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora.

Las empresas constituidas en monopolios de hecho deben ser sometidas a una legislación especial.

Para establecer nuevos monopolios en favor del Estado, o de las Municipalidades se requerirá la aprobación de dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa".

"Artículo 47.—Todo autor, inventor, productor o comerciante gozará temporalmente de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca o nombre comercial, con arreglo a la ley".

"Artículo 49.—Establécese la jurisdicción Contencioso-Administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público. La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos. La ley protegerá al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados" (reformado así por Ley N° 3124 de 25 de junio de 1963).

"Artículo 65.—El Estado promoverá la construcción de viviendas populares y creará el patrimonio familiar del trabajador".⁽⁴⁾

Como se ve, la Constitución Política de Costa Rica consagra en su artículo 45 esa mezcla curiosa que se ha venido produciendo

(4) Ibidem. Págs. 13 y 14.

(2) Marco Tulio Zeledón. Digesto Constitucional de Costa Rica. Colegio de Abogados. San José, Costa Rica, 1946. Pág. 53.

(3) Constitución Política de Costa Rica. Imprenta Nacional. San José, Costa Rica, 1970. Pág. 13.

como evolución lógica de los conceptos tradicionales que informaban el criterio de propiedad con el carácter de "absoluto y exclusivo". El concepto moderno que concibe la propiedad como "función social", si bien no utiliza esta expresión textualmente. Referencia a "la función social de la propiedad de la tierra" se da en la Ley de Tierras y Colonización que comentaremos más adelante.

Así, por un lado consagra la "inviolabilidad" de la propiedad privada; y por otro establece, con alguna cautela, —desde que exige que la ley respectiva sea aprobada por los dos tercios de votos de la totalidad de la Asamblea Legislativa— la posibilidad de imponer a la propiedad limitaciones de "interés social", término éste que como veremos más adelante conlleva una significación similar a la de función social.

La cita de los otros artículos que hemos hecho tiene razón de ser para dejar una clara idea de la situación jurídica del asunto que tratamos ya que el artículo 46 señala una limitación importante al derecho de dominio, prohibiendo los monopolios de carácter particular; esto significa que los monopolios establecidos por el Estado sí son permitidos, siempre que la ley respectiva sea aprobada por los dos tercios de votos del total de miembros de la Asamblea Legislativa.

La propia Constitución en su artículo 121 inciso 14 contiene enumeración de bienes que no pueden salir del dominio del Estado; y en consecuencia la explotación de ellos la puede hacer el Estado únicamente, configurando así un monopolio, o dando concesiones administrativas en algunos casos a los particulares; están indicados en ese artículo: las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas del dominio público en el territorio nacional; los yacimientos de carbón, las fuentes y depósitos de petróleo, y cualesquiera otras sustancias hidrocarburadas, así como los depósitos de minerales radioactivos existentes en el territorio nacional; los servicios inalámbricos.

Dispone asimismo la Carta Fundamental que "los ferrocarriles, muelles y aeropuertos nacionales —estos últimos mientras se encuentren en servicio— no podrán ser enajenados, arrendados ni gravados, directa o indirectamente, ni salir en forma alguna del dominio y control del Estado".⁽⁵⁾ Otras leyes importantes han creado también monopolios en favor del Estado; citamos a manera de

(5) Párrafo segundo, literal c) del inciso 14 del artículo 121 de la Constitución Política.

ejemplo el Monopolio de Licores, establecido en los artículos 443 y siguientes del Código Fiscal.⁽⁶⁾ El Monopolio sobre contratos de Seguros establecido por Ley N° 12 de 30 de octubre de 1924.⁽⁷⁾ El Monopolio de Ferrocarriles, Ley N° 11 de 1° de noviembre de 1909; y el Sistema Bancario Nacional, Ley N° 1644 de 26 de setiembre de 1953.⁽⁸⁾

El mencionado artículo 47 consagra la protección de los llamados "derechos intelectuales", antiguamente denominados "propiedad intelectual", nombre que aún se conserva en la ley sobre la materia N° 40 de 27 de junio de 1896. Como es sabido estos derechos, bajo ciertas limitaciones, pueden ser también objeto de los procedimientos de expropiación.

La referencia al artículo 49 es importante porque ella establece la llamada jurisdicción Contencioso-Administrativa, que permite la discusión judicial sobre la legalidad de los actos de gobierno y de sus instituciones en relación con los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los ciudadanos. De esta manera por ejemplo sería factible pensar en la posibilidad de discutir en un juicio de ese tipo, el calificativo de "utilidad pública" con que el Gobierno procediera a decretar una determinada expropiación.

La cita del artículo 65 está indicada para referirse a bienes de naturaleza especial: el llamado "patrimonio familiar" aún no regulado por la ley costarricense; sobre las características del mismo puede consultarse el estudio sobre "La debilitación del Concepto Individualista del dominio y su modificación hacia formas comunitarias", de Rogelio Sotela.⁽⁹⁾

Como decíamos, el artículo 45 de la Constitución Política vigente, hace alusión a las expresiones "interés público", "necesidad pública" e "interés social". Aun cuando pudiera encontrarse un matiz diferente en cada una de ellas, es lo cierto que en todas concurre un interés de orden superior al interés privado del propietario, y que si alguna diferencia pudiere hallarse en esas expresiones, cada

(6) Código Fiscal. Edit. Imprenta Las Américas. San José, C. R., 1956. Pág. 95.

(7) Colección de Leyes. II Semestre de 1924. Tomo II. Pág. 540.

(8) Colección de Leyes 1953. II Sem. Pág. 505, y edición Banco Central. Edit. Lehmann, 1964.

(9) Revista de Ciencias Jurídicas. Universidad de Costa Rica. Volumen 16. San José, 1970. Pág. 46.

una de ellas sería suficiente por sí misma para permitir la expropiación en los casos que contempla; hay que decir sin embargo, que en la jurisprudencia costarricense ha habido inclinación por estimar estos términos como equivalentes; es importante al respecto transcribir el Considerando II de la resolución tomada por la Corte Plena a las 14 horas del 3 de agosto de 1972 al resolver un recurso de inconstitucionalidad planteado sobre algunos artículos de la Ley General de Expropiación y de la Ley General de Caminos, que fue desestimado; dice así:

“I.—En lo que interesa a la presente demanda de inconstitucionalidad, conviene analizar someramente dos de los elementos esenciales de la expropiación: la causa expropiante y la indemnización. Al referirse al primero de esos elementos, el tratadista italiano Zanobini, expresa que “es la causa natural, esto es la razón de ser en virtud de la cual el Estado es inducido a la transferencia de la propiedad” (citado por Benjamín Villegas Basavilbaso en su obra de Derecho Administrativo. Tomo VI, página 346), es decir que no es otra cosa que la necesidad pública, utilidad pública, interés general o social, distintas denominaciones con que se le conoce históricamente.”⁽¹⁰⁾

En el desenvolvimiento de estos principios constitucionales, la legislación del país contiene normas de importancia que serán comentadas en los posteriores capítulos.

B. Propiedad del Estado.

El Código Civil hace una distinción de las cosas o bienes según sean “públicas”, “del Estado o de los Municipios” y “privadas” incluyéndose dentro de éstas inclusive aquellas que pudieran pertenecer al Estado o los Municipios pero que no tienen un destino o un uso público.⁽¹¹⁾

(10) Libro de sesiones de la Corte Plena. A la fecha aún no publicada en el Boletín Judicial.

(11) Artículos 261 y 262 del Código Civil.

Las cosas públicas se entienden destinadas de un modo permanente a cualquier servicio de utilidad general, tales como los ríos, plazas, caminos o bien como aquellas que son dedicadas a un servicio público, tales como las edificaciones que con ese propósito hacen el Estado o sus Instituciones Autónomas. Estos bienes públicos se encuentran fuera del comercio de los hombres. Para los casos de “desafectación” de estos bienes o sea, para darles la calidad de cosas susceptibles de tráfico comercial, se requerirá una ley de Asamblea Legislativa.⁽¹²⁾

La Sala de Casación ha establecido que el patrimonio del Estado se clasifica en dos tipos de bienes: del dominio fiscal o privado, y del dominio público. Dice el Tribunal en sentencia N° 19 de las 15:30 horas del 30 de enero de 1958:

“Los primeros (bienes fiscales) se caracterizan porque son fuente de rentas para el Estado, son enajenables, prescriptibles, y en consecuencia, están en el comercio de los hombres; los de dominio público no le producen al Estado renta de ninguna especie, y se caracterizan por la gratuidad y la generalidad del uso para todos los individuos de la nación; son inalienables, imprescriptibles y están fuera del comercio”.⁽¹³⁾

La Ley de Tierras y Colonización Número 2885 de 14 de octubre de 1961 contiene las siguientes disposiciones de importancia sobre la propiedad de los bienes del Estado en su capítulo II denominado “Propiedad Agrícola del Estado”.

Su artículo 7 dice lo siguiente:

“Mientras el Estado, por voluntad propia o por indicación del Ministerio de Agricultura o del Instituto de Tierras y Colonización, atendiendo razones de conveniencia nacional, no determine los terrenos que deben mantenerse bajo su dominio, se considerarán inalienables y no susceptibles de adquirirse por denuncia, o posesión, salvo los que estuvieren bajo el dominio privado, con título legítimo los siguientes:

(12) Artículo 121 inciso 14 de la Constitución Política y artículos 729 y siguientes del Código Fiscal.

(13) Colección de Sentencias de Casación. I Sem. 1958. Tomo I, Pág. 376.

a) Los comprendidos en una zona de dos mil metros a ambos lados del trazado de la Carretera Panamericana en las zonas donde existen robles;

b) Los comprendidos en una zona marítimo terrestre de 200 metros de ancho a lo largo de las costas de ambos mares, desde la pleamar ordinaria, así como los comprendidos en una zona de cincuenta metros de ancho a lo largo de ambas márgenes de los ríos navegables;

c) Los terrenos de las islas, los situados en las márgenes de los ríos, arroyos, y en general, de todas las fuentes que estén en cuencas u hoyas hidrográficas en que broten manantiales, o en que tengan sus orígenes o cabeceras cualesquiera cursos de agua de los cuales se surta alguna población, o que convenga reservar con igual fin. En terrenos planos o de pequeño declive se considerará inalienable una faja de doscientos metros a uno y otro lado de dichos ríos, manantiales o arroyos; y en las cuencas u hoyas hidrográficas, una faja de terreno de trescientos metros a uno y otro lados de la depresión máxima, en toda la línea, a contar de la mayor altura inmediata;

d) Los terrenos comprendidos en las dos orillas del río Banano, diez kilómetros arriba, en una extensión de quinientos metros de cada lado, protegiendo así las fuentes que surtan a o puedan surtir en lo futuro la cañería de Limón;

e) Una zona de dos kilómetros de radio, con centro en el cráter o cima principal alrededor de los volcanes Barba, Poás, Arenal, Cerro Chato, Tenorio, Santa María y Rincón de la Vieja; de dos kilómetros de ancho a uno

y otro lados de la fila constituida por los varios picos del Miravalles; la zona de los volcanes Irazú y Turrialba a partir de los tres mil metros de altitud y hacia la cima; los páramos de la Cordillera de Talamanca a partir de los 3.000 metros de altitud y hacia la cima; una zona de tres kilómetros de radio con centro en la cima del Cerro Dukika; las sabanas alrededor del Cerro Chirripó Grande, arriba de los 3.000 metros de altitud; una zona de dos kilómetros de ancho a uno y otro lados de la cordillera entre los cerros Zurquí y Hondura. Oportunamente creará el Instituto otras reservas forestales que servirán además, de santuario o refugio de la vida animal silvestre y en los cuales será prohibida la cacería en cualquiera de sus formas;

f) Los comprendidos en una zona de 2.000 metros de ancho a lo largo de las fronteras con Nicaragua y con Panamá.

g) Los terrenos indispensables para el aprovechamiento de las fuerzas hidráulicas;

h) Los terrenos que se anegan durante la estación lluviosa o como consecuencia del desbordamiento de los ríos y que conservan agua durante el verano, aprovechables como abrevaderos, cuando tales terrenos constituyan el único recurso hídrico del lugar, utilizable como abrevadero para el ganado de los vecinos del lugar. Si para ese uso fuere necesario establecer servidumbre sobre predios de particulares, el Instituto compensará a éstos equitativamente;

i) Todos aquellos terrenos que hubieran sido declarados indenunciabiles o inalienables por disposiciones legales anteriores (Ver Decretos Ejecutivos números 1 de 23 de

enero de 1964 y N° 10 de 21 de octubre de 1963)".⁽¹⁴⁾

El artículo 10 de dicha ley declara Parque Nacional la zona de 2.000 metros a ambos lados del trazado de la Carretera Panamericana en donde existan robles (*Quercus* sp). Y el artículo 11 establece que mientras no se pruebe lo contrario, pertenecen al Estado en carácter de reservas nacionales los bienes siguientes:

a) Todos los terrenos comprendidos dentro de los límites de la República que no estén inscritos como propiedad particular de las Municipalidades o de las Instituciones Autónomas;

b) Los que no estén amparados por la posesión decenal;

c) Los que, por leyes especiales no hayan sido destinados a la formación de colonias agrícolas; y

d) En general todos los que, no siendo de propiedad particular, no estén ocupados en servicios públicos".⁽¹⁵⁾

Tiene también el carácter de propiedad nacional, las playas y zonas marítimas, los cauces de las corrientes de dominio público, los terrenos ganados al mar por causas naturales o por obras artificiales, las islas que se formen en los mares territoriales, en los vasos de los lagos, lagunas o esteros o cauces de las corrientes de propiedad nacional, siempre que éstas no procedan de una bifurcación del río en terrenos de propiedad particular.⁽¹⁶⁾

También deben indicarse como bienes que no son de propiedad particular, los que constituyen los yacimientos minerales. De acuerdo con la legislación costarricense, todo habitante de la Re-

(14) Véase publicación de dicha Ley 2825 en edición del Instituto de Tierras y Colonización de 1966, Pág. 4.

(15) *Ibidem*. Pág. 6.

(16) Ley de Aguas N° 276 de 27 de agosto de 1942, Artículo 3. También son propiedad del Estado las carreteras, según Ley N° 5060 de 22 de agosto de 1972, Gaceta del 5 de setiembre de ese año.

pública, sea nacional o extranjero, tiene derecho a cavar, catar y explorar en busca de yacimientos minerales, siempre que no ocasionen perjuicio a la propiedad particular. Estos yacimientos son objeto de denuncia para efectos de su explotación, de manera que el propietario particular no puede alegar simplemente su derecho de dominio para impedirlo. La ley desde luego persigue la explotación de los yacimientos y la concesión será autorizada una vez comprobado que se está en aptitud de realizarla, imponiéndose al denunciante que ha obtenido el permiso de explotación una serie de obligaciones que garanticen la debida explotación de dichos minerales.⁽¹⁷⁾

También hay que tomar en cuenta las disposiciones de la ley sobre objetos arqueológicos, que impiden el libre comercio de dichos artículos con el propósito de conservarlos en lo posible para el Estado.⁽¹⁸⁾

Y por último citaremos como propiedad del Estado, salvo los casos que excepcionalmente indica la ley, la propiedad de las aguas. Unicamente se señalan como aguas de dominio privado pertenecientes al dueño del terreno las siguientes:

a) Las aguas pluviales que caen en su predio mientras discurran por él;

b) Las lagunas o charcos formados en terrenos de dominio privado siempre que no tengan comunicación con el mar;

c) Las aguas subterráneas que se obtengan por medio de pozos;

d) Las aguas termales, minerales o minero-medicinales; pero ellas si son declaradas de "utilidad pública" pueden quedar bajo el control del Ministerio de Salubridad. Todas las otras aguas son de propiedad nacional y sólo pueden obtenerse mediante concesión que otorga el Servicio Nacional de Electricidad.⁽¹⁹⁾

Debemos citar otra situación interesante, producida por la llamada Ley de Planificación Urbana N° 4240 de 15 de noviembre de 1968⁽²⁰⁾ que obliga a todo fraccionador de terrenos situados fue-

(17) Código de Minería. Ley N° 1551 de 20 de abril de 1953, artículos 8, 25, 34, 43, 53, 63, 64.

(18) Ley N° 7 de 6 de octubre de 1938.

(19) Ley de Aguas, antes citada. Artículos 1, 3, 4, 10, 17.

(20) Colección de Leyes. Segundo Semestre, 1968. Tomo II. Pág. 740.

ra del cuadrante de las ciudades y a todo urbanizador a ceder gratuitamente "al uso público" las áreas destinadas a vías, parques y facilidades comunales, indicando que las referentes a parques y facilidades comunales fluctuarán entre un 5% a un 20% según el tamaño promedio de los lotes, el uso que se pretende dar al terreno y las normas que al respecto dicte el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo (INVU).⁽²¹⁾

Debemos indicar que conforme a las disposiciones del Código Civil "los inmuebles no reducidos a propiedad particular, pertenecen al Estado, según dispone el artículo 486 de dicho cuerpo de leyes".

II.—CONCEPCIONES BASICAS SOBRE EL PODER DEL ESTADO EN LA EXPROPIACION.

A. Alcance de dicho poder.

De acuerdo con lo que hemos expuesto anteriormente el Estado puede expropiar únicamente en razón de un interés superior, concretado en las leyes con las expresiones, "utilidad pública", "interés público", "interés social", todo lo cual podría traducirse en la idea que conlleva la expresión "función social", utilizada en la ley costarricense relativa a Tierras y Colonización únicamente, pero vigente de manera implícita en la esencia de sus normas.

El ejercicio del derecho de expropiación garantiza al propietario una previa indemnización "conforme a la ley". Esta expresión pone de manifiesto que será la ley la que regule las modalidades de la indemnización y lo concerniente a los procedimientos aplicables.

Se ha dicho también que excepcionalmente en casos de guerra o conmoción interior, no será indispensable que la indemnización sea previa, pero el pago correspondiente no puede tardar más de dos años concluido que sea el "estado de emergencia". Estas expresiones constitucionales "conmoción interior" y "estado de emergencia" han dado lugar a la elaboración de leyes que han permitido la entrada en posesión de los entes estatales mediante el depósito de una suma provisional, señalada por el Tribunal Fiscal Administrativo; leyes que han sido objeto de recursos de inconsti-

tucionalidad, que no prosperaron, aunque tuvieron importantes votos a favor; sobre este punto trataremos más adelante. Por ahora conviene aclarar que la legislación dictada sobre expropiación, da amplia posibilidad al Estado y a sus entidades para hacer el uso requerido de esta institución jurídica con toda amplitud, y que en virtud de la disposición constitucional que deja su regulación en manos de la ley, se ha ido introduciendo por medio de especiales normas un "procedimiento de urgencia", mucho más expedito que el establecido en la ley general, y al que luego nos referiremos.

El Estado no podrá expropiar sino por razones de "interés público legalmente comprobado" que corresponde calificar, de acuerdo con la ley general de expropiaciones, al Poder Ejecutivo.⁽²²⁾ No obstante, desde el momento en que la Constitución Política ha introducido en beneficio de los administrados la jurisdicción Contencioso-Administrativa,⁽²³⁾ ha quedado abierta la posibilidad para discutir en la vía judicial y dentro de un juicio contencioso-administrativo, el derecho o poder del Estado para calificar de "interés público" una determinada expropiación, impidiendo así un posible abuso de poder.

Podríamos decir que la Administración Pública costarricense ha tratado siempre de ser respetuosa de los principios legales indicados. Recientemente se ha producido un caso interesante de expropiación: El Estado había dado en arrendamiento un edificio de su pertenencia a dos empresas industriales que tienen allí instalados sus expendios; contiguo a dichos establecimientos funcionan las oficinas del Tribunal Electoral, organismo del Estado encargado de tramitar todo lo relacionado con las elecciones que se hagan en el país; pues bien, dicho organismo como es natural, se ha ido expandiendo y ya prácticamente el edificio que ocupa es insuficiente para sus fines, el Estado entonces decidió expropiar a los referidos industriales para dedicar todo el inmueble al servicio de las funciones de dicho Tribunal; pero ¿de qué expropió a los industriales? Del derecho de arrendamiento que el mismo Estado les confirió tiempo atrás; decretó la expropiación de dicho arriendo mediante el Decreto Ejecutivo 1820-G de 25 de junio de 1971.⁽²⁴⁾

(22) Artículo 3 de la Ley N° 36 de 26 de junio de 1896.

(23) Artículo 49 de la Constitución Política y Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa N° 3667 de 12 de marzo de 1966.

(24) El expediente respectivo es el N° 1634 de 1971, planteado ante el Juzgado 1° de lo Contencioso-Administrativo y Civil de Hacienda.

(21) Artículo 40 de la Ley de Planificación Urbana según reforma hecha por Ley N° 4971 de 28 de abril de 1972. Gaceta del 6 de mayo.

B. Principales leyes sobre la expropiación.

1) En Costa Rica se promulgó una ley general de expropiaciones desde el año de 1896, la N° 36 de 26 de junio, denominada "Ley de Expropiaciones por Causa de Utilidad Pública". Esa ley está aún en vigencia, si bien su aplicación es cada vez menos usual debido a la promulgación de leyes posteriores que tuvieron como finalidad primordial abreviar los procedimientos y expeditar el trámite.

Esta ley señala con claridad que hay interés público para el efecto de decretar una expropiación forzosa, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

"1) Que se trate de llevar a cabo una obra o de llenar una necesidad cuya ejecución o satisfacción sean de las encomendadas a las autoridades o corporaciones públicas, nacionales o locales;

2) Que para la ejecución o satisfacción dichas, sea indispensable ocupar la propiedad de que se trate".⁽²⁵⁾

Se agrega después que:

"corresponde al Poder Ejecutivo decretar las expropiaciones que ocurran. Su juicio sobre la concurrencia en cada caso de las dos circunstancias enunciadas antes y sobre la procedencia de la expropiación, es prudencial, y no está por consiguiente sujeto a otras reglas que las de conveniencia pública y del menor daño posible para los particulares. Contra las resoluciones que sobre el particular dictare, no cabe recurso alguno, excepto el de responsabilidad, ni discusión ulterior de ningún género".⁽²⁶⁾

Sobre esta última expresión de la ley, como hemos dicho, ahora que ya existe la jurisdicción Contencioso-Administrativa, sería posible discutir la legalidad de una gestión de la Administración Pública en esta materia, ya que la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa indica que "los motivos de

ilegalidad comprenderán cualquier infracción del ordenamiento jurídico incluso la falta de jurisdicción o competencia, el quebrantamiento de formalidades esenciales, la desviación de poder", aclarando: "constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por la ley".⁽²⁷⁾

La ley que comentamos señala que firme la sentencia, mediante el depósito de la suma en que ella fije el monto de la indemnización, el Juez declarará en posesión del inmueble a la autoridad o corporación por cuya cuenta se decretó la expropiación y mandará otorgar a favor de la misma, la escritura de propiedad, entregando el depósito del dinero a quien legalmente corresponda.⁽²⁸⁾ Es decir, que con base en esta ley no se podrá entrar en posesión del bien expropiado sin haber depositado previamente el valor total y definitivo que se hubiere señalado como monto de la respectiva indemnización. La ley a que nos referimos fue adicionada en su artículo 20 por la Ley N° 78 de 24 de junio de 1938, para permitir al Estado, las Municipalidades u otras instituciones de carácter público, solicitar al Juez autorización para entrar en posesión de la cosa expropiada a fin de dedicarla a los servicios públicos a los cuales sea destinada; el Juez podría conceder esa autorización previo depósito a su orden de la suma de dinero que fijará prudencialmente, oyendo a peritos de su exclusivo nombramiento. Esa suma podrá ser retirada por el demandado, dice ley, o sea el propietario expropiado, siempre que fuera aceptada como pago total de la indemnización que le correspondería.⁽²⁹⁾

La referida adición fue un primer paso para instaurar en el medio costarricense lo que doctrinariamente se conoce como "expropiación de urgencia"; pero en realidad el procedimiento seguía siendo un tanto dilatado y era necesario buscar otros caminos. Fue así como se dictaron con posterioridad otras leyes que vamos a comentar brevemente en sus aspectos básicos, ya que en cuanto al procesal, tanto de la ley general referida como de las que señalaremos enseguida, hablaremos más adelante.

2) Con fecha 10 de noviembre de 1951 fue promulgada la Ley N° 1371, comúnmente denominada "ley de expropiación del Coco", nombre que se dio entonces, al aeropuerto internacional

(25) Artículo 1° de la Ley N° 36 de 26 de junio de 1896.

(26) Artículo 3 de la citada Ley N° 36.

(27) Artículo 1° de la Ley N° 3667 de 12 de marzo de 1966.

(28) Artículo 25 de la Ley N° 36 de 26 de junio de 1896.

(29) Ver para la adición Colección de Leyes de 1938. Tomo I. Pág. 56.

que hoy se denomina Juan Santamaría, y la cual fue dictada con el propósito de acelerar en lo posible las expropiaciones que eran necesarias para la construcción del citado aeropuerto. La parte introductoria de dicha ley califica de "inadecuada y de difícil aplicación" la ley general de 1896 y su reforma de 1938.⁽³⁰⁾ En líneas generales y sin perjuicio de comentar más adelante el procedimiento en concreto, diremos que esta ley vino a dar amplia importancia al Tribunal de Avalúos de la Tributación Directa, hoy denominado Tribunal Fiscal Administrativo, permitiendo que con el depósito de la suma que dicho Tribunal fijara, la entidad expropiante pudiera entrar en posesión del inmueble, quedando a opción del interesado aceptar ese valor y darse por pagado o discutirlo judicialmente. Toda la gestión administrativa previa que la ley general contenía, queda prácticamente eliminada y sustituida por una comunicación telegráfica en la que se informe al propietario del monto del avalúo para que si está de acuerdo venda y si no se realice un trámite breve ante la autoridad judicial para determinar el avalúo.

El procedimiento en referencia dio tan buen resultado que ha sido copiado prácticamente por otras leyes importantes, con alguna pequeña modificación de detalle. Tenemos las siguientes que incluyen los procedimientos indicados por la Ley 1371:

a) Ley del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo (INVU) N° 1788 de 24 de agosto de 1954 reformada por la número 1882 de 7 de junio de 1955, esta última expresamente referente a las expropiaciones que el INVU puede llevar a cabo conforme a las atribuciones que le concede su Ley Orgánica en el artículo 5, y entre las cuales se señala la facultad de expropiar para efectuar obras de crecimiento o ensanche de ciudades o conglomerados urbanos; de seguridad; de saneamiento; de ornato; de embellecimiento; de construcción o modernización de barrios; de apertura o ampliación de calles, plazas, parques y jardines públicos, todas ellas calificadas por la propia ley como "motivos de utilidad pública o interés social".⁽³¹⁾

Las diferencias de esta ley del INVU con la anterior del "Coco" consisten básicamente en la iniciativa que se deja a la

(30) Colección de Leyes de 1951. Segundo Semestre. Pág. 251.

(31) Colección de Leyes de 1954. II Semestre. Pág. 191.

Junta Directiva del INVU para solicitar la expropiación al Ministerio de Gobernación (Artículo 1); en que el pago de honorarios de peritos se hará conforme a las tarifas del Banco Nacional (artículo 9); en que las acciones para reclamar al INVU cualquier pago o indemnización prescriben en un año (artículo 11).

b) La ley de Planificación Urbana N° 4240 de 15 de noviembre de 1968 reformada por la N° 4971 de 17 de abril de 1972,⁽³²⁾ señaló que las expropiaciones de aquellos bienes inmuebles de utilidad pública que son los requeridos para "los planes de reguladores y cualquier disposición de la ley, especialmente las relacionadas con la apertura o ampliación de vías públicas y la adquisición de reservas para programas de vivienda popular, desarrollos industriales planificados o parques y para proveer facilidades de educación y cultura, salubridad, nutrición, bienestar social, deportes, mercados municipales e instalaciones de aguas potables y servidas, electrificación, disposición de basuras y mercados públicos", serían realizadas conforme a los trámites de la Ley N° 1371 (del Coco).⁽³³⁾

c) A su vez la ley del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) N° 3226 de 28 de octubre de 1963 establece que "las obras a ejecutar por el ICE para el cumplimiento de sus atribuciones en materia de telecomunicaciones se considerarán de utilidad pública para los efectos de expropiación. Las expropiaciones que sean necesarias se llevarán a cabo por el procedimiento señalado en la Ley N° 1371 de 10 de noviembre de 1951 (Coco) ..."

d) El Código Municipal, creado por Ley N° 4574 de 4 de mayo de 1970, en sus artículos 157 y siguientes fija un procedimiento para expropiaciones muy similar a la citada ley N° 1371 (Ley del Coco). Las diferencias básicas consisten en que para el avalúo por parte de la Tributación Directa se presenta un plano catastrado; en que si no hay acuerdo con el propietario para adquirir el inmueble, una vez notificado telegráfica o personalmente, es el mismo Concejo Municipal el que acuerda la expropiación, señalándose que el trámite de pago será el fijado en los procedimientos de ejecución de sentencia de la ley de lo Contencioso-Administrativo.⁽³⁴⁾

(32) La Gaceta de 6 de mayo de 1972 la publica.

(33) Ver artículos 67 de la Ley N° 4240 citada.

(34) Código Municipal. Publicación del Ministerio de Gobernación 1971. Pág. 41.

e) También la Ley General de Caminos Públicos N° 5060 de 22 de agosto de 1972 dispone sobre la posibilidad de expropiar inmuebles para fines de utilidad pública o afectar derechos reales, si el propietario no llega a un acuerdo con el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, señalando el procedimiento a seguir que es muy similar a la tantas veces referida Ley 1371 (Coco), con la particularidad de que la indemnización que se fije por el Juzgado será por el valor que el inmueble tenga según declaración de su propietario hecha cuando menos tres años antes, ante la Tributación Directa; con posterioridad a ese plazo o si no se ha hecho declaración, será el monto de expropiación el valor contabilizado en el Departamento Territorial, como máximo.⁽³⁵⁾

3) Ley del Servicio Nacional de Acueductos y Alcantarillados N° 2726 de 14 de abril de 1961, la cual faculta a ese organismo para pedir al Poder Ejecutivo que proceda a las expropiaciones necesarias para el cumplimiento de sus fines, calificándose como de utilidad pública y de interés social la expropiación de terrenos que son necesarios para la conservación y protección de los recursos de agua así como para las construcciones que se hagan necesarias en la captación, conducción, tratamiento y distribución de aguas con el fin de establecer poblaciones o relacionadas con la evacuación de las aguas residuales y su tratamiento.

Agrega la ley que la expropiación se hará a petición previa y expresa de dicho organismo "siguiendo trámites normales de este procedimiento", lo cual quiere decir que los trámites serán los de la ley general de expropiaciones de 1896 y su reforma de 1938.⁽³⁶⁾

4) Ley de Aguas N° 276 de 27 de agosto de 1942. Esta ley indica que todo aprovechamiento especial de aguas públicas está sujeto a la expropiación forzosa por causa de utilidad pública —previa la indemnización correspondiente— en favor de otro aprovechamiento que la preceda, según el orden fijado por la ley; pero no a favor de los que le sigan a no ser en virtud de una ley especial. Las expropiaciones se seguirán mediante los trámites corrientes, lo cual quiere decir que habrá de utilizarse el procedimiento de la ley vieja de 1896, y será decretada por el Ministerio de Gobernación en

(35) Artículo 23 de la Ley referida, publicada en Gaceta del 5 de setiembre de 1971.

(36) Artículo 5, literal e) de la Ley N° 2726 de 14 de abril de 1961.

virtud del requerimiento que sobre el particular reciba del Servicio Nacional de Electricidad "el cual no lo pedirá sino cuando considere justa y legal la solicitud".⁽³⁷⁾ De paso es interesante señalar que el orden de aprovechamientos de las aguas fijado por la ley está determinado de la siguiente manera:

"En la concesión de aprovechamientos especiales de aguas públicas, se observará el siguiente orden de preferencia:

I) Cañerías para poblaciones cuyo control quede a cargo de la Secretaría de Salubridad Pública (hoy Ministerio);

II) Abastecimiento de poblaciones, servicios domésticos, abrevaderos, lecherías y baños;

III) Abastecimiento de ferrocarriles y medios de transporte;

IV) Desarrollo de fuerzas hidráulicas o hidroeléctricas para servicios públicos;

V) Beneficios de café, trapiches, molinos y otras fábricas;

VI) Riego;

VII) Desarrollo de fuerzas hidráulicas o hidroeléctricas para servicios particulares;

VIII) Canales de navegación;

IX) Estanque para viveros".⁽³⁸⁾

Esta ley de aguas dispuso desde la época en que fue promulgada, de un procedimiento de urgencia "sin tramitación ni indemnización previa", que puede considerar como un importante antecedente de las leyes más recientes que con ese carácter fueron emitidas. Se dice en esta ley de aguas, que en casos urgentes de incendio, inundaciones u otra calamidad pública, la autoridad podrá disponer instantáneamente y sin tramitación ni indemnización previa, pero con sujeción a ordenanzas y reglamentos si los hubiere, de

(37) Artículo 28 de la Ley N° 276 de 27 de agosto de 1942.

(38) Artículo 27 de la citada Ley N° 276.

las aguas necesarias para contener o evitar el daño. Si las aguas fuesen públicas —agrega la ley— no habrá lugar a indemnización; mas si tuviesen aplicación industrial o agrícola o fuesen de dominio particular y con su distracción se hubiese ocasionado perjuicio apreciable, será indemnizado. El reclamo por daños y perjuicios deberá formularse dentro de los quince días siguientes a la fecha en que se produjeron y lo resolverá por los trámites de los incidentes el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo y Civil de Hacienda. La decisión que sobre el particular dicte el Tribunal que conozca en grado, tendrá el carácter de cosa juzgada, o sea que no hay posibilidad de recurso de Casación.⁽³⁹⁾

5) Leyes de Emergencia. Con este nombre y con base en las disposiciones del artículo 45 de la Constitución Política que se refieren a estados de “conmoción interior” y de “emergencia”, así como lo dispuesto en el artículo 180 de la Carta Magna, que hace referencia a “necesidades urgentes” y “calamidad pública”, se han promulgado las leyes siguientes, cuya características es la autorización de una expropiación sin previa indemnización.

La primera de ellas es la número 3382 de 7 de setiembre de 1964, promulgada en virtud de la grave situación que padeció el país con ocasión de la actividad del volcán Irazú que inundó de cenizas toda la Meseta Central e inclusive proyectó en algunas ocasiones su fina arena hasta la provincia de Guanacaste, todo ello durante algunos años.

El aspecto novedoso de esta ley es la expropiación por motivos de utilidad pública, sin indemnización previa. Nos parece importante transcribirla literalmente; dice así:

“Artículo 1º.—Autorízase al Poder Ejecutivo, por motivo de necesidad pública a expropiar sin indemnización previa y mediante Decreto, los terrenos que a juicio de ese poder fueren indispensables para la construcción o acondicionamiento de caminos y toda clase de obras en defensa de la vida, salud y hacienda de las personas en aquellas zonas donde hayan sido afectadas o estén en peligro de

(39) Artículo 29 de la mencionada Ley N° 276.

serlo por la actividad volcánica o sus consecuencias.

Artículo 2.—Inmediatamente después de realizada la expropiación, el Poder Ejecutivo iniciará los trámites de indemnización a efecto de cumplir con ese requisito a más tardar dos años después de la fecha del respectivo decreto. (Debe recordarse que este plazo está señalado en el artículo 45 de la Constitución Política).

Artículo 3.—Asimismo autorízase al Poder Ejecutivo a ocupar temporalmente los inmuebles indispensables para conjurar o reparar daños originados en la actividad volcánica o sus consecuencias, y exigirles con ese mismo fin a los funcionarios y empleados del Estado la prestación de servicios personales cuando lo requieran las labores específicas en esta ley.

Si con motivo de la ocupación se produjeran daños en la propiedad, el Estado deberá indemnizarlos a justa tasación de peritos”.⁽⁴⁰⁾

Se dicta después la Ley N° 4374 de 14 de agosto de 1969, conocida como “Ley de Emergencias”, en la cual se dispone que el Poder Ejecutivo podrá declarar, por decreto, la condición de “zona de desastre” en cualquier parte del territorio nacional cuando por un fenómeno natural, epidemia o acto humano, lo crea necesario. Tal declaración configurará, dice la ley el estado de calamidad pública, prevista en el artículo 180 de la Constitución Política que contempla el traslado de partidas del presupuesto nacional o apertura de créditos adicionales por parte del Poder Ejecutivo únicamente para satisfacer necesidades urgentes o imprevistas en casos de guerra, conmoción interna o calamidad pública”. Asimismo se dispone que el Poder Ejecutivo podrá decretar igualmente, y en casos de extrema urgencia, restricciones temporales sobre el uso de la tierra, que se consideren necesarias para prevenir desastres

(40) Colección de Leyes de 1964. Tomo I. Segundo Semestre. Pág. 76.

mayores; facilitar la construcción de obras o tomar las medidas necesarias para permitir la evacuación de personas y bienes, en las zonas afectadas, así como restricciones sobre habitabilidad, tránsito e intercambio, que fueren necesarios para la atención de la emergencia. Dispuso además la ley que el Poder Ejecutivo podrá expropiar, sin previa indemnización en casos de emergencia, aquellos bienes, propiedades o derechos que "fueren convenientes para cumplir los propósitos de la presente ley, dentro de los términos y condiciones que establece la Ley N° 3382 de 7 de setiembre de 1964", o sea la que anteriormente comentamos.⁽⁴¹⁾

La otra ley de emergencia es la N° 4380 de 21 de agosto de 1969 que autorizó al Poder Ejecutivo para declarar "reserva nacional" los terrenos dañados por las erupciones del volcán Arenal que estuvieren expuestos a futuras erupciones, con riesgo de la vida de sus habitantes; y para expropiar, por razones de interés público, los que estime necesarios, todo dentro de los linderos indicados por la ley. Se agrega que las expropiaciones se harán de acuerdo con la referida Ley N° 3382 de 7 de setiembre de 1964 y que en ningún caso la indemnización podrá exceder del valor anotado en la Tributación Directa. Agrega la ley como beneficio para el propietario expropiado, que dentro del plazo de un año a partir de la fecha en que el inmueble respectivo quede excluido de la zona de reserva nacional por decreto ejecutivo, tendrá opción de compra sobre el terreno expropiado, por un precio igual al que hubiere recibido y el cual podrá pagar con cualquier clase de bonos del Estado, estimados por su valor facial.

Debe advertirse que la ley autorizó también el pago de la indemnización por la expropiación, en bonos.⁽⁴²⁾

6) Ley de Tierras y Colonización. Esta ley que originalmente se promulgó como la Ley N° 2825 de 14 de octubre de 1961 es el equivalente en el medio costarricense, de las llamadas leyes de Reforma Agraria que se han dado en los otros países del Istmo centroamericano. Ha sido reformada por las siguientes leyes: N° 3033 de 25 de setiembre de 1962, N° 3042 de 4 de octubre de 1962, N° 3218 de 19 de octubre de 1963, N° 336 de 31 de julio de

(41) Veanse artículos 1, 2, 11 de la Ley N° 4374 de 11 de agosto de 1969, Colección de Leyes de ese año. Tomo I. Segundo Semestre. Pág. 247.

(42) Ver artículos 1, 2, 10 de la Ley N° 4380 de 21 de agosto de 1969, I Tomo. II Semestre. Pág. 290.

1964.⁽⁴³⁾ Antes de comentar algunas de sus disposiciones, es oportuno mencionar que un antecedente de importancia tuvo el derecho costarricense en cuanto a este tipo de legislación, con la promulgación de la Ley N° 88 de 14 de julio de 1942, llamada "ley de parásitos". El propósito de esa legislación fue el de tratar de resolver un problema social que ya empezaba a agudizarse: la invasión de fincas rurales debidamente inscritas a nombre de sus propietarios, por gentes que sin título alguno o con título insuficiente se instalaban en el inmueble con el propósito de explotarlo. La ley concibió entonces el mecanismo de permitir la instalación de los campesinos ocupantes, comúnmente denominados "parásitos" permitiendo al propietario del terreno gestionar judicialmente el pago de las porciones ocupadas mediante la adjudicación de tierras baldías del Estado. Asimismo autorizó esa ley a los ocupantes para iniciar las gestiones, a través del entonces Ministerio de Fomento, de arreglo directo con el propietario, a efecto de realizar el cambio de tierras antes mencionado. De negarse el propietario se autorizaba la posibilidad de la expropiación de su inmueble, disponiendo la ley de una reforma de pago totalmente novedosa, ya que no venía a cubrirse al propietario el valor en dinero, sino en "tierras nacionales baldías".⁽⁴⁴⁾ Otro aspecto interesante de la citada ley es que utilizó un procedimiento de avalúo para las tierras expropiadas que estaba en íntima relación con el valor declarado del inmueble en las oficinas de Tributación Directa, señalando así un antecedente valioso para las leyes que años después se dictaron con el carácter de "emergencia" y a las que nos hemos referido. Disponía dicha ley que el Juez no podría fijar en ningún caso como valor de las parcelas "una suma mayor al doble del promedio de los valores de la finca declarados en la Tributación Directa durante los diez años anteriores al 1° de mayo del año en curso, salvo evidente discrepancia entre el monto de ese promedio y el valor real de la propiedad"⁽⁴⁵⁾.

La ley de Tierras y Colonización señala como objetivos los de: procurar el aumento gradual de la productividad de la tierra y una justa distribución de su producto, elevando la condición social del campesino y haciéndolo partícipe consciente del desarrollo eco-

(43) Ver publicación del Instituto de Tierras y Colonización de 1966.

(44) Artículo 2 de la Ley N° 88 de 14 de julio de 1942.

(45) Artículo 8 de la citada Ley N° 88.

nómico-social de la Nación; contribuir al fortalecimiento de las virtudes republicanas vinculando al ciudadano a un régimen sano de posesión de la tierra; contribuir a una más justa distribución de la riqueza; conservar los recursos naturales; evitar la concentración de tierras nacionales en manos de quienes las utilicen para especulación o explotación en perjuicio de los intereses de la Nación; impedir la explotación del trabajador agrícola; fomentar cooperativas agrícolas “para combinar la dignidad de la pequeña propiedad con la eficiencia de la gran empresa”, y agrega: “Reconocer de conformidad con lo anteriormente expuesto la existencia y legitimidad de la propiedad privada”.⁽⁴⁶⁾

Dentro de su finalidad de orden social, el Instituto mencionado tiene la facultad de adquirir tierras para proceder a su parcelación y adjudicación y destinarlas a la colonización; de preferencia en zonas en donde existen núcleos de poseedores en precario y que sean aptas para ese propósito, y desde luego se dará preferencia a las tierras que pertenezcan al Estado, a las reservas nacionales y a aquellas de las instituciones autónomas, Municipalidades y otras entidades públicas que para ese objeto pongan a disposición del Instituto de Tierras y Colonización. La parcela se dividirá en área aconsejable según la calidad de la tierra y la clase de explotación para que sea apta, a fin de que la capacidad productiva sea suficiente para “procurar la emancipación económica del agricultor y para contribuir eficazmente al incremento de la producción nacional”.⁽⁴⁷⁾ El artículo 58 de esta ley hace una referencia a la “función social de la propiedad” cuando dice: “En atención a la función social de la propiedad de la tierra, cuando se trate de parcelas otorgadas a título oneroso que resulten muy costosas por estar ubicadas en regiones en donde el valor comercial de la tierra sea muy alto, el precio de venta de aquellas podrá ser menor, según el estudio agroeconómico que haga el Instituto. Los intereses que se cobren no podrán ser superiores a un tanto por ciento que cubra los gastos de administración”. También lo hace el artículo 142 que estipula: “Son inexpropiables los fundos rústicos en cuya explotación se cumple con la función social de la propiedad, de conformidad con lo estipulado en esta ley.”

(46) Artículo 1º de la Ley 2825 de 14 de octubre de 1961.

(47) Artículos 50 y 52 de la Ley Nº 2825 antes citada.

Como se ve, esta parcelación se atribuye a los beneficiarios a título oneroso, si bien en condiciones muy favorables. Una vez que el ocupante haya cultivado el mínimo señalado por el Instituto y cumplido a satisfacción de éste todas las demás obligaciones, tendrá derecho a que se le otorgue título de propiedad, garantizando el pago con hipoteca de su parcela.⁽⁴⁸⁾

En relación con las fuentes de agua en zonas donde ocurra sequía, para mantener el uso de las mismas al servicio de abrevadero de los ganados, el Instituto podrá, si fuere necesario expropiar propiedades o establecer servidumbres sobre predios particulares, indemnizando equitativamente conforme a la ley.⁽⁴⁹⁾ Asimismo se estatuye que a título gratuito y en propiedad se entregarán a las familias indígenas parcelas como mínimo indispensable para satisfacer sus necesidades y explotables por ese grupo sin necesidad de trabajadores asalariados.⁽⁵⁰⁾

Al ITCO le corresponde intervenir en todos los casos de posesión precaria de tierras para procurar encontrarles solución.

Llama la ley “poseedor en precario” a todo aquel que: “por necesidad realice actos de posesión estables y efectivos, como dueño, en forma pacífica, pública, e ininterrumpida, por más de un año y con el propósito de ponerlo en condiciones de producción para su subsistencia o la de su familia, sobre un terreno debidamente inscrito a nombre de un tercero en el Registro Público”.⁽⁵¹⁾

Cuando mantienen la posesión decenal se les autoriza la inscripción de su derecho.

La solución de los conflictos derivados de la posesión precaria de tierras, se buscará fundamentalmente a través de contratos directos de compraventa entre el propietario y los ocupantes, con intervención del Instituto.⁽⁵²⁾

(48) Artículo 65 de la referida Ley Nº 2825.

(49) Artículo 74 de la misma Ley Nº 2825.

(50) Artículo 75 de la Ley Nº 2825.

(51) Artículo 92 de la Ley Nº 2825.

(52) Artículos 92 y 94 ibídem.

Disposiciones de mayor importancia en relación con la expropiación son las contenidas en el capítulo VIII de la ley denominada "Administración y Expropiado de Tierras" y reglado por los artículos 141 y siguientes. Se dispone allí que todas las tierras de propiedad de una persona natural o jurídica que excedan de los límites fijados para el latifundio, serán expropiadas para su distribución entre los campesinos y obreros agrícolas sin tierras o con tierras insuficientes. También procederá la expropiación del minifundio antieconómico cuando no se pueda completar su parcela al propietario y se niegue a vendérsela al Instituto. Pero es del caso mencionar que no se han señalado por ninguna reglamentación todavía "los límites fijados para el latifundio", decisión que pareciera quedar a criterio de la Junta Directiva del Instituto.

La expropiación procederá cuando en los centros rurales o colonias que trate de fundar o fomentar el Instituto no existan tierras baldías, o éstas sean insuficientes o antieconómicas en su explotación, y no fuere posible adquirir por otro medio, tierras suficientes para una buena explotación. Como se ve, se procede a la expropiación con base en esta ley, prácticamente sólo en casos de extrema necesidad. La ley agrega que son inexpropiables aquellos predios rústicos en cuya explotación se cumple "la función social de la propiedad."

Y más adelante señala un orden de prelación para expropiar las tierras "que no cumplan su función social"; esa enumeración es la siguiente: tierras incultas; las que destinadas a parcelamientos o colonias que no hayan logrado su propósito; las tierras de agricultura dedicadas a la ganadería. Se procederá asimismo a la expropiación sin tener en cuenta la prelación indicada, cuando no hubiere otro recurso para resolver un problema agrario de evidente gravedad.⁽⁵³⁾

Es obligación del Instituto antes de proceder a la expropiación de un inmueble, gestionar directamente con el propietario un arreglo amistoso.⁽⁵⁴⁾

En cuanto al pago de las tierras que expropie el Instituto se dispone que no podrá exceder del valor de la finca declarado para

finés fiscales al momento de promoverse el conflicto ante el Instituto.⁽⁵⁵⁾ Sobre el recurso de inconstitucionalidad que fue planteado al texto de este artículo, haremos mención en el capítulo respectivo.

Vistas las disposiciones de la ley que comentamos, que más interesan para el propósito de este estudio, no resta sino decir que el trámite de las expropiaciones mencionadas ha de hacerse por expresa disposición del artículo 152, de acuerdo con los procedimientos de la Ley N° 1371 de 10 de noviembre de 1951, (Coco), en lo pertinente.

7) Hemos de indicar también la denominada ley de Construcciones, N° 833 de 2 de noviembre de 1949, en la cual se dispone que cuando haya de construirse un edificio, habrá de sujetarse al "alineamiento" que ha de fijarle la Municipalidad y que si la línea que ella señalare, implicase expropiación de la propiedad, la solicitud formal de permiso de construcción o reconstrucción hecha por el propietario significará que éste acepta la expropiación, y entonces se tratará de llegar a un acuerdo para el traspaso de la faja o lote y valoración de los daños y perjuicios consiguientes. Si no se llegare a un acuerdo sobre tales daños y perjuicios se valorarán por peritos designados uno por la Municipalidad y otro por el dueño, con libre apreciación de los tribunales para apreciar esos dictámenes y fijar el monto de los daños y perjuicios. El pago de éstos se hará al efectuarse el traspaso de la faja o lote de terreno, dentro de los tres meses posteriores a la fecha en que quede firme la resolución que los fija.⁽⁵⁶⁾

Como una última cita de las más importantes leyes costarricenses sobre expropiación señalaremos la ley General de Ferrocarriles, N° 5066 de 30 de agosto de 1972,⁽⁵⁷⁾ que en su artículo 22 dispone:

"Cuando por razones de interés público debe extinguir total o parcialmente una concesión el Poder Ejecutivo decretará el rescate de la misma y el ferrocarril, o la parte o anexidad de que se trate, pasará a dominio del Es-

(55) Artículo 151 ibídem.

(56) Artículo 18 Ley N° 833 de 2 de noviembre de 1949.

(57) Gaceta del 2 de setiembre de 1972.

tado, previa indemnización de acuerdo con trámites que establece la ley para expropiación. En la estimación de la indemnización sólo se tomarán en cuenta los daños y perjuicios que, de manera inmediata y directa, se irroguen al concesionario, tomando en cuenta el plazo de la concesión, la inversión hecha, su recuperación y la ecuación financiera de la concesión”.

Cabe agregar que por lo transcrito, el trámite en esos casos será a base del procedimiento fijado en la vieja ley de 1896; y también que no es en realidad ninguna novedad el que se diga que la indemnización ha de tomar en cuenta únicamente los daños y perjuicios que se produzcan de manera directa e inmediata, ya que es esa una norma jurídica que está contenida en el propio Código Civil.⁽⁵⁸⁾

De todo lo expuesto, se colige que si bien en Costa Rica se han dado varias leyes referentes a expropiaciones, en realidad, en cuanto a los procedimientos a seguir, ellos están prácticamente reducidos a los indicados en las dos leyes más importantes desde este punto de vista: la N° 36 de 26 de junio de 1896 con su reforma de 1938, que es la Ley General de Expropiaciones y la del Coco N° 1371. Nuestra explicación acerca de los procedimientos de expropiación versará específicamente sobre estas dos leyes, en el capítulo correspondiente.

III.—LA PROPIEDAD SUJETA A EXPROPIACION.

La actual Constitución Política de Costa Rica y las que le precedieron, han hecho mención a “la propiedad” en una forma genérica cuando se han referido a la posibilidad de expropiar; de manera que debe entenderse que tanto procede la expropiación de bienes inmuebles como de muebles, o de cualquier otro derecho configurativo de propiedad,⁽⁵⁹⁾ por más que como es natural, la Ley General de Expropiaciones de 1896 haga énfasis en su texto sobre

(58) Artículo 704 del Código Civil.

(59) Coincide con este punto de vista el Lic. Enrique Alberto Van Browne Olivier en su interesante monografía “La Expropiación. Doctrina, Legislación y Jurisprudencia Costarricense”. Tesis de grado. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. Pág. 105. 1970.

el “dueño del inmueble”,⁽⁶⁰⁾ advirtiéndose que en la reforma de 1938 al artículo 20, se consignó la expresión “cosa expropiada”, que tiene un carácter genérico.

Como hemos visto anteriormente, en Costa Rica se ha decretado incluso la expropiación de “un derecho de arrendamiento”, el cual como se sabe está clasificado dentro de los derechos subjetivos de tipo personal, y no real. El Decreto que así lo hizo es el N° 1820-G de 25 de junio de 1971. Decretos sobre otro tipo de bienes expropiables han sido dictados en diversas épocas: expropiación de acciones y derechos, de una lancha, de hierro viejo, de enseres de hotel, etc.⁽⁶¹⁾

Los bienes de dominio público en cuanto tales, están afectados a un uso o un servicio público y pertenecen al Estado; por lo tanto, no podría pensarse en la posibilidad de su expropiación, ya que no es posible expropiar lo que se tiene; pero en cambio sí es posible pensar en la posibilidad de expropiar, por parte de la Administración Central, bienes que pertenecen a las llamadas “Instituciones Autónomas”, que son organismos públicos que descentralizadamente ejercen funciones de administración pública en campos diversos.

Aunque la ley costarricense no tiene una expresión tan clara como la que rige la ley española de 16 de diciembre de 1954, que en su artículo 1° indica inequívocamente que se aplica a “cualesquiera que fueran las personas o entidades a que pertenezcan”,⁽⁶²⁾ pensamos que dados los términos que la ley costarricense no habría inconveniente en aceptar la conclusión a que han llegado los juristas españoles acerca de la posibilidad de expropiar a las Instituciones de Derecho Público.⁽⁶³⁾ La legislación de Costa Rica no hace distinción alguno entre nacionales, sean personas físicas o jurídicas, y extranjeros a los efectos de la aplicación de las normas que regulan la expropiación; el trato es idéntico en ambos casos y deriva de las disposiciones del artículo 19 de la Constitución Política.

(60) Artículos 5, 6, 7 entre otros.

(61) Véase la citada obra de Van Browne, nota en página 107.

(62) Véase el texto de la ley española en la obra de Nemesio Rodríguez Moro “La Expropiación”. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1958, Pág. 41.

(63) Véase Fernando Garrido Falla. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Pág. 231. Editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962.

IV.—FINES PARA LOS CUALES PUEDE DECRETARSE LA EXPROPIACION:

Aunque la Constitución Política habla de indemnización en casos de “interés público” y la Ley General de 1896 se refiere también a ese término, hemos indicado que también hay referencias en la legislación costarricense “al interés social” y a la “necesidad pública”⁽⁶⁴⁾ así como a la “función social” de la propiedad⁽⁶⁵⁾, llegándose a estimar inclusive por la Corte Suprema de Justicia como conceptos que pueden darse como equivalentes.⁽⁶⁶⁾ El calificativo de “interés público” está indicado en la Ley de 1896 al caso de que concurran las siguientes circunstancias: 1) Que se trate de llevar a cabo una obra o de llenar una necesidad cuya ejecución o satisfacción sean de las encomendadas a las autoridades o corporaciones, públicas nacionales o locales; 2) Que para la ejecución o satisfacción dichas, sea indispensable ocupar la propiedad de que se trate.

En la ley de Tierras y Colonización, antes comentada, llega a considerarse como un caso de interés público la solución al problema de los poseedores precarios, a los cuales nos hemos referido antes en la nota 51.

En estos casos se trata de conseguir la compraventa de esos terrenos entre propietarios y ocupantes, con la intervención del Instituto de Tierras y Colonización, el cual valora los terrenos ocupados e inquiriere de ocupantes y propietario si están de acuerdo en la compraventa. De no estar conformes con el precio puede recurrirse del avalúo ante el Tribunal Fiscal Administrativo; si el propietario estuviere de acuerdo con el avalúo, los ocupantes, obligadamente deberán someterse al mismo y de no hacerlo, quedan sujetos a las disposiciones legales comunes.⁽⁶⁷⁾ Si fuere el propietario el que no acepta el avalúo, el Instituto puede solicitar la expropiación parcial o total de la finca.

En las leyes que citamos al inicio de este trabajo, se da en cada una de ellas la aplicación, por diversos motivos, de los conceptos de “interés público”, o “finalidad social”, como base de las

(64) Párrafo final del artículo 45 de la Constitución Política de Costa Rica.

(65) Ley de Tierras y Colonización.

(66) Véase nota 10, supra.

(67) Artículo 92 de la Ley.

expropiaciones. Podríamos decir que sólo por estos motivos es que puede legalmente en Costa Rica decretarse una expropiación: ha de haber siempre de por medio, un interés social, superior a los intereses privados.

Es interesante destacar que la citada ley de Tierras y Colonización indica como “inexpropiables” los predios rústicos en cuya explotación se cumple con la “función social de la propiedad”.⁽⁶⁸⁾ La ley señala que la expropiación se realizará en primer lugar sobre aquellas tierras “que no cumplen su función social” y sienta un orden de prelación al que nos hemos referido en la nota 53.

En cuanto a la autoridad a quien corresponde declarar la expropiación para los fines indicados, ha de explicarse que salvo el caso de las expropiaciones que corresponda hacer a las Municipalidades, todas las demás han de solicitarse ante el Poder Ejecutivo para que éste decrete la expropiación. El procedimiento se ha estimado como legalmente correcto, dado el hecho de que la Constitución Política en su artículo 45 no establece que la calificación de utilidad pública deba ser hecha por una ley; entendiéndose entonces que corresponde realizarla al Poder Ejecutivo. En este sentido expresamente regula el artículo 3 de la Ley General de Expropiaciones de 1896. Incidentalmente la Corte Suprema de Justicia, al conocer de un recurso de inconstitucionalidad a la Ley General de Expropiaciones mencionada, expuso su criterio en la forma indicada, manifestando lo siguiente:

“En nuestro derecho, el órgano competente para declarar el interés público en las expropiaciones es el Poder Ejecutivo. A tal conclusión se arriba del contexto del artículo 45 de la Constitución y de la Ley de Expropiaciones por Causa de Utilidad Pública N° 36 de junio de 1896. En efecto, la norma constitucional dice: “La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado...”. De ello se infiere, que no indicándose que la calificación de interés público sea hecha mediante la promulgación de una ley, le corres-

(68) Artículo 142 de la Ley.

ponde entonces a la Administración Central, ciñéndose al procedimiento establecido al respecto por la precitada ley. Esta por su parte, en su artículo 3 categóricamente dispone que “corresponde al Poder Ejecutivo decretar las expropiaciones que ocurran”, haciendo uso de las facultades discrecionales de que dispone, sin otras miras que las de la conveniencia pública”.⁽⁶⁹⁾

V.—ALGUNAS DECISIONES JUDICIALES DE INTERES.

Daremos a conocer algunos pronunciamientos, tanto de la Sala de Casación al resolver sobre las diligencias de expropiación, como de la Corte Suprema al conocer de recursos de inconstitucionalidad planteados contra leyes de expropiación, los cuales son de importancia para determinar los verdaderos alcances de las leyes comentadas, según la jurisprudencia de los tribunales.

a) Pago en bonos del valor de la expropiación.

El Poder Ejecutivo vetó la ley número 2747 de 23 de mayo de 1961, en cuanto al artículo 135, relativo al derecho del Banco Nacional, que después fuera sustituido por el Instituto de Tierras y Colonización, para pagar las expropiaciones con bonos por cuanto:

“abandona a juicio del Banco pagar los inmuebles que adquiera mediante expropiaciones, con dinero efectivo o con bonos del Estado. Esto de pagar con bonos no es indemnizar, porque esta expresión se debe entender en el sentido de pagar con dinero efectivo, es decir, con monedas de curso legal... es de todos sabido que esos títulos nadie los toma en el mercado de valor a la par, sino que por el contrario se le impone a quien pretende convertir en dinero efectivo, un “castigo” motivado por la depreciación de esos títulos”.

La Corte Suprema de Justicia conoció del veto, y si bien una mayoría de Magistrados se inclinó por declarar con lugar el

recurso por estimar inconstitucional el citado artículo, como no alcanzó los dos tercios del total de votos que indica la Constitución Política como necesarios para producir el efecto de inconstitucionalidad, la ley quedó vigente.

Los argumentos de quienes votaron por declarar con lugar el recurso fueron varios, entre ellos destacamos los siguientes:

“Si el pago ha de hacerse con bonos, la indemnización no es previa, pues tales documentos son sólo títulos de crédito, que tienen plazos más o menos extensos...”.

“...El monto de la indemnización debe ser determinado según el valor adquisitivo de la moneda en el momento de la expropiación...”.

El voto de minoría, que en realidad fue el que prevaleció al no obtenerse el número necesario para completar dos tercios del total de miembros de la Corte, dijo:

“...mas a tal idea (depreciación de los bonos) debe replicarse diciendo que en el juicio de expropiación el dueño del predio rústico bien puede hacer notar al perito y también al Juez que conoce del asunto, que si la indemnización se ha de hacer en dinero efectivo, el precio del terreno lo estima en tal o cual suma; pero que si hubiera de hacerse con bonos, debe tomarse en cuenta la depreciación que éstos pudieran tener por la época en que se dicte la sentencia respectiva, debiendo por consiguiente hacerse una entrega mayor de esos valores cotizables...”⁽⁷⁰⁾

Las ideas anteriores privaron en la sentencia que dictara el Juzgado Primero de lo Contencioso-Administrativo en el expediente 2276-64, la cual en el considerando VI declara:

“Que tal como lo ha resuelto el Juzgado en casos similares, el Instituto (el de Tierras

(69) Sesión de Corte Plena de las 14 horas del 3 de agosto de 1972.

(70) Sesión de Corte Plena Nº 46 de las 14 horas del 11 de setiembre de 1961, artículo 20.

y Colonización) no está facultado legalmente para cubrir las indemnizaciones por expropiación con bonos a la par o por su valor facial. A ello no llega el artículo 152 de su Ley Orgánica. Por el contrario el principio de pago en bonos se tuvo en armonía con la Constitución Política, precisamente por la circunstancia de que el respectivo texto no mandaba que esos valores se entregarían a la par...".⁽⁷¹⁾

En el expediente N° 3798-65 tramitado ante dicho Juzgado, se dictó la sentencia de las 15 horas del 8 de noviembre de 1968, que ratificó la anterior al declarar en el Considerando XIV, luego de fijar el monto de la indemnización:

"cantidad que de persistir el Instituto en cancelar con bonos agrarios, deberá hacerlo con la depreciación que tengan conforme a la cotización comercial el día del efectivo pago, cotización que se establecerá en ejecución de sentencia con el auxilio de peritos".

Esa sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior Civil y Contencioso-Administrativo.⁽⁷²⁾

b) Los Jueces pueden apartarse del monto fijado por los peritos.

La Sala de Casación conoció de las diligencias de expropiación a que dio lugar el Decreto Ejecutivo N° 32 de 27 de julio de 1956, según el cual a solicitud de la Compañía Agrícola Santiago, S. A. —sea una compañía particular— el Poder Ejecutivo decreta la expropiación de una faja de terreno que dicha compañía necesita para construir un acueducto destinado a generar energía eléctrica, perteneciente dicha faja de tierra a otro particular. El Tribunal de Instancia se separó del dictamen pericial y fijó una indemnización menor que la admitida por el Juzgado. La Sala de Casación dijo que al apartarse el Tribunal de Instancia del dictamen pericial para ajustarse a la equidad rebajando la indemnización fijada por el Juez, pudo hacerlo con base en lo dispuesto en el

(71) Sentencia de las 14 horas del 6 de julio de 1965.

(72) Sentencia N° 335 de las 16 horas con 30 minutos del 9 de junio de 1969.

artículo 300 del Código de Procedimientos Civiles, que no obliga a los jueces a sujetarse al valor pericial.⁽⁷³⁾

c) Las Partes pueden pedir otro avalúo pericial para combatir el de su propio perito.

En otro fallo, la Sala de Casación admitió que aun cuando el perito de una de las partes haya dictaminado sobre el valor del bien, es posible para la parte que lo presentó solicitar al Tribunal un nuevo dictamen, para mejor proveer, por estimar el de su perito muy alto.⁽⁷⁴⁾

d) Legalidad del párrafo b) del inciso 20 del artículo 30 de la ley de Tierras y Colonización.

Para la debida inteligencia de lo resuelto por la Corte de Justicia, al resolver el recurso de inconstitucionalidad que se planteó transcribimos el texto de la mencionada ley, que dice:

"La Junta Directiva del Instituto tendrá los siguientes deberes...

"20) Ordenar un estudio de las fincas inscritas en el país con una cabida superior a mil hectáreas, con el fin de constatar si las cabidas inscritas corresponden a las cantidades de tierra poseídas en realidad. Comprobado cualquier exceso, se procederá de la siguiente manera:

a) Si la totalidad del inmueble estuviere cultivada o dedicada a funciones ganaderas, el propietario tendrá derecho, con intervención del Gerente del Instituto a rectificar en un cuarenta por ciento su medida mediante acta notarial inscribible en el asiento respectivo del Registro de Propiedad;

b) Si la tierra correspondiente al exceso estuviere inculca, el Instituto dictará resolución ordenando se inscriba a nombre del Ins-

(73) Sentencia de Casación N° 38 de 16 horas del 15 de abril de 1959.

(74) Sentencia de Casación N° 122 de 15:30 horas del 25 de noviembre de 1955.

tituto de Tierras y Colonización y lo comunicará a la Procuraduría General de la República para que ésta, en un término de quince días, proceda a cumplir con lo resuelto mediante protocolización e inscripción”.

El texto de la ley supone que la extensión de tierras que excede al monto de las indicadas en el título, cuando son incultas, no se consideran del propietario, sino que con base en lo dispuesto en el artículo 486 del Código Civil y 11 de la misma ley de Tierras y Colonización, se presumen del Estado; presunción esta del tipo “iuris tantum”.

En sesión de Corte Plena de las 14 horas del 25 de noviembre de 1971, artículo Primero, se conoció de un recurso de inconstitucionalidad planteado específicamente contra el párrafo b) del citado inciso del artículo 30 de la ley mencionada y la Corte desestimó el recurso, por mayoría. Entre las razones aducidas se dieron las siguientes:

I.—El artículo 45 de la Constitución Política reconoce y garantiza el régimen de la propiedad individual... Pero ni en el artículo 45 ni en ninguna otra regla constitucional, se encuentran establecidos los principios que rigen el derecho de propiedad, ni tampoco se ocupa el citado texto —ni otro de la misma categoría— de señalar las condiciones en que ese derecho puede adquirirse ni la forma de comprobarlo. De suerte que la propia Constitución dejó todas esas cuestiones para que fueran reguladas por preceptos de carácter legislativo...

IV.—Bien puede advertirse sin mayor esfuerzo que la regla anterior (artículo 30, inciso 20 literal b) desarrolla el mismo principio en que se inspiran los artículos 486 del Código Civil y 11 de la ley de Tierras y Colonización, pues basándose en la presunción de que los terrenos no inscritos pertenecen al Estado, confiere atribuciones al Instituto para

que los haga inscribir a su nombre, en determinados casos, con lo cual el legislador “simplemente estableció un medio directo en la vía administrativa, para darle efectividad y contenido material a la presunción dicha.

V.—“Mientras no se pruebe lo contrario”, reza el artículo 11 de la citada Ley 2825, con lo cual ya está indicando que se trata de una presunción relativa, de suerte que el artículo 30 inciso 20 párrafo b) de la misma ley no impide que el particular interesado pueda impugnar el acto administrativo y conseguir que se deje sin efecto y se declare nula la inscripción demostrando que es propietario legítimo de las llamadas “demasías”.

e) Recurso de inconstitucionalidad sobre el artículo 151 de la Ley de Tierras y Colonización.

Este artículo indica que “el pago de las tierras que expropie el Instituto para los fines de esta ley, no podrá exceder del valor de la finca declarado para fines fiscales al momento de promoverse el conflicto ante el Instituto...” Similar disposición se contiene en el artículo 11 de la Ley 3026 de 1° de setiembre de 1962, el cual dice:

“Caso de expropiación de inmueble que no haya sido objeto de la declaración que señala el artículo 1° (relativa al valor que el propietario da al inmueble), se tendrá como suma máxima a pagar por parte del Estado, la que aparezca contabilizada en el Departamento Territorial...”.

El recurso de inconstitucionalidad se interpuso contra ambos textos y la Corte Suprema lo denegó ya que aunque hubo mayor número de votos por acogerlo, no se obtuvo la mayoría de los dos tercios requerida por la Constitución.

Entre las razones que dieron los Magistrados que optaron por declarar con lugar el recurso están éstas:

“Los artículos 151 y 11... violan abiertamente el artículo 45 de la Constitución Política porque por vía indirecta permiten que la expropiación pueda efectuarse sin la debida indemnización, cuando expresan que el pago no podrá exceder del valor de la finca declarado para fines fiscales, o del que aparezca contabilizado en el Departamento Territorial...”

Los Magistrados que declararon sin lugar el recurso se fundamentaron en este razonamiento:

“De conformidad con la ley de impuesto territorial el avalúo dado a los bienes para efectos del cobro del impuesto respectivo debe ser expresión fiel de su valor venal.

El artículo 1° de la Ley 3026 de 11 de setiembre de 1962 fijó un plazo de seis meses a todos los propietarios para que presentaran su declaración jurada de todos los bienes afectos al mencionado tributo y... de lo anterior se desprende que el valor contabilizado en la Tributación Directa responde económica y jurídicamente hablando, al venal del inmueble aceptado por su propietario. Cabe advertir que las disposiciones de que el valor señalado por el propietario para efectos fiscales, servirá de base para fijar la indemnización en caso de que se ordene su expropiación, no constituyen una innovación en nuestra legislación, pues figura en varias otras de América, entre otras las siguientes. La de Méjico, que dispone que “el precio que se fijará como indemnización a la cosa expropiada, se basará en la cantidad que como valor fiscal de ella figure en las oficinas centrales de recaudadoras ya sea que este valor haya sido manifestado por el propietario o simplemente aceptado por él de un modo tácito” (Artículo 27). La de Panamá

que establece que se toma en cuenta como base para fijar el monto de la indemnización el valor catastral de la finca dos años antes de haberse decretado la expropiación. La de Argentina que manifiesta que tratándose de inmuebles, la indemnización que se acuerde no podrá ser superior en ningún caso a la evaluación para la contribución territorial acrecida en un 30% (Artículo 1° de la ley respectiva).⁽⁷⁵⁾

- f) **Recurso sobre la inconstitucionalidad de las disposiciones que permiten la entrada en posesión con el depósito del monto señalado por el Tribunal Fiscal Administrativo.**

Dos leyes se refieren a este caso: La llamada ley de expropiaciones del Coto, ya comentada N° 1371 de 10 de noviembre de 1951 y la Ley de Caminos Públicos N° 1851 de 28 de febrero de 1955. En cuanto a la primera se planteó el recurso contra el artículo 5° que dice:

“En cualquier momento durante el trámite de las diligencias de avalúo en que el Estado depositare a la orden del propietario la suma fijada como indemnización por el Tribunal de Avalúos el Juzgado, a solicitud de la Procuraduría, le extenderá autorización para entrar en posesión de lo expropiado, sin perjuicio de continuar el trámite de las diligencias instauradas. Si el interesado opta por retirar lo depositado se tendrá por satisfecho de su indemnización y se procederá como se indica en el artículo 7 (protocolización de piezas para inscribir la propiedad en el Registro a nombre del expropiador).⁽⁷⁶⁾

La Corte Suprema declaró sin lugar el recurso, reproduciendo argumentos de una resolución tomada por dicha Corte Plena a las 14:30 horas del 6 de junio de 1941, que dijo:

(75) Información tomada directamente de las indicadas actas de la sesión de Corte Plena. Sesión N° 12 de las 14 horas del 6 de abril de 1967.

(76) Colección de Leyes de 1951. Segundo Semestre. Pág. 251.

“La posesión no es sino uno de los atributos del derecho de propiedad. En el caso concreto la propiedad no se transfiere al Estado o a sus instituciones, sino al otorgante o inscribirse la escritura correspondiente, previo el depósito total del monto de la indemnización, y por mucho que se diga que la posesión es el principal atributo de la propiedad, no son lo mismo en derecho una y otra cosa, y no es lícito confundirlas”.⁽⁷⁷⁾

Como veremos enseguida, este argumento privó también en el criterio de algunos Magistrados al declarar sin lugar el recurso de inconstitucionalidad al artículo 30 de la Ley de Caminos Públicos, que en lo conducente dice:

“Cuando para abrir, ampliar o rectificar o reparar un camino público o para otros fines de utilidad pública, fuere necesario adquirir la totalidad o alguna parcela de terreno... la expropiación se considerará de utilidad pública y podrá decretarse por el Poder Ejecutivo observando los siguientes procedimientos... a... b... c... En cualquier momento durante el trámite de las diligencias ante el Juzgado... en que se depositare a la orden del propietario la suma fijada por el Tribunal de Avalúos como indemnización, la citada autoridad... extenderá autorización para entrar en posesión de lo expropiado, sin perjuicio de continuar la tramitación de las diligencias establecidas...”.⁽⁷⁸⁾

El resto del texto del artículo es similar al transcrito, de la Ley 1371.

La Corte Suprema al conocer el recurso de inconstitucionalidad contra ese artículo, lo declaró sin lugar, y aunque un mayor número de Magistrados votaron por admitirlo, no fueron alcanza-

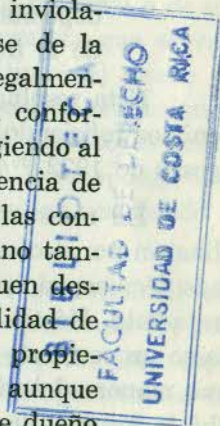
(77) Sesión de Corte Plena Nº 24 de las 15 horas del 8 de mayo de 1952.

(78) Ver Revista del Colegio de Abogados de Costa Rica Nº 7, Tomo XIX, recopilación Nº 9, Octubre de 1965.

dos los dos tercios de votos que la Constitución exige para que el recurso prospere. Quienes declararon sin lugar el recurso basaron su argumentación en el hecho de que “el dueño no pierde en realidad el dominio del bien, sino tan sólo su posesión, “haciéndose eco de la resolución de 1941 antes transcrita, y fundándose en la opinión del autor Enrique Sayaguez Laso, externada así: “La ocupación del bien no implica transferir su propiedad a la Administración. El bien continúa de pertenencia del expropiado hasta la escritura; la Administración sólo obtiene la posesión”. También citó la opinión de Villegas Basavilbaso en el sentido de que la jurisprudencia de la Corte en Argentina en reiteradas decisiones ha establecido que la medida que se comenta no es inconstitucional. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo VI. Página 393.⁽⁷⁹⁾

Los Magistrados que se pronunciaron por declarar con lugar el recurso se basaron fundamentalmente en las siguientes razones:

“Al disponer el artículo 45 de la Constitución Política que la propiedad es inviolable... y que a nadie puede privarse de la suya si no es por un interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley, con ello no sólo está protegiendo al propietario en frente de una transferencia de dominio que se pretenda realizar sin las condiciones que la misma regla señala, sino también respecto de los actos que impliquen despojo material y vulneren la inviolabilidad de aquel derecho, como ocurre cuando el propietario se ve privado de la posesión, aunque jurídicamente mantenga el carácter de dueño por no haberse efectuado todavía el traspaso al expropiante. Sin la posesión, no puede el propietario gozar de su derecho con la amplitud que la Carta Política le garantiza; y si el artículo 45 dispone que “la propiedad es inviolable” no hay duda de que esa “garantía también se extiende a la posesión como atributo del dominio. No es posible interpretar de



(79) La cita de Sayaguez Laso aparece en su Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Pág. 403. Montevideo, 1959.

otra manera el texto constitucional, pues la protección al derecho de propiedad resultaría inoperante o muy disminuido en sus efectos, si el Estado pudiera tomar para sí la posesión sin indemnizar al propietario, con la tesis de que el artículo 45 sólo se aplica tratándose de la transferencia de dominio o la violación de la propiedad como un todo”.

Otras razones se dieron también, expresándose así:

“De manera que cuando la ley permite que, de acuerdo con un avalúo administrativo el Estado adquiera la posesión provisional, se quebranta también la letra y el espíritu de la garantía contenida en el artículo 45 constitucional, tanto por no provenir la fijación de un órgano judicial, como porque la suma depositada no representa más que un intento de la indemnización”.

Esta resolución de la Corte Suprema de Justicia a que nos venimos refiriendo es la de la sesión de las 14 horas del día tres de agosto de 1972.⁽⁸⁰⁾

En nuestro criterio, el pronunciamiento de quienes se inclinaron por declarar con lugar el recurso, está concebido en forma más técnica, si se toma en cuenta que el dominio, como dice el tratadista Héctor Lafaille, “ha sido considerado corrientemente como un conjunto o haz de atributos y por eso suele definírsele de una manera descriptiva, mediante la enumeración de aquellos. De ahí, la fórmula “*ius utendi, fruendi, abutendi*” que se adopta desde la glosa, a la cual debe agregarse el “*ius possidendi*”, que permite la realización práctica de los demás”.⁽⁸¹⁾

Pensamos que al impedirse el ejercicio de la posesión, se impide también toda posibilidad de disfrutar de los otros atributos del dominio, y la propiedad que garantiza el artículo 45 de la Constitución Política, no es una “nuda propiedad”, sino una propiedad compuesta de sus atributos.

(80) Aún no publicada en el Boletín Judicial.

(81) Héctor Lafaille. Derecho Civil. Tomo II. Editorial Ediar. Buenos Aires 1943, Pág. 380.

VI.—PROCEDIMIENTOS DE EXPROPIACION.

Tal como lo habíamos expuesto en el capítulo segundo de este trabajo, de las diversas leyes de expropiación que tienen vigencia en Costa Rica, básicamente en dos de ellas se contienen los procedimientos que se utilizan para el propósito: en la Ley General de Expropiaciones por Utilidad Pública, y en la llamada ley de expropiaciones del Coco, promulgada con ocasión de las que fue necesario decretar para adquirir los terrenos en que se construyó el aeropuerto de ese nombre. Explicaremos cada uno de ellos.

A. El Procedimiento de la Ley de Expropiaciones por causa de Utilidad Pública, N° 36 de 26 de junio de 1896 reformada por la N° 78 de 24 de junio de 1938.

Esta ley contempla dos diversas fases del procedimiento: una de orden administrativo y otra de tipo judicial.

En cuanto a la primera de ellas, el procedimiento se inicia cuando se esté en presencia de un caso de interés nacional o de utilidad pública, en razón de una obra de esa naturaleza que se vaya a realizar. El Ministerio de Gobernación se dirigirá al dueño del inmueble indicándole la obra en proyecto y la posible ocupación de todo o parte de su propiedad, concediéndole un término de tres a veinte días para que manifieste su conformidad o se oponga a la medida, debiendo en este caso ofrecer las pruebas en que funde su negativa (Artículo 5).

Si el dueño del inmueble manifestare su conformidad con la expropiación, esta se decretará sin más trámite (Artículo 7); pero si se opusiere o no contestare, vencido el término se enviará copia de la nota remitida al propietario, en su caso de la contestación del interesado, al Gobernador de la Provincia en que esté situado el inmueble, ordenándole recibir los informes y pruebas que estime conducentes (Artículo 8). El Gobernador conferirá un plazo de 8 a 20 días a los interesados para que rindan las pruebas que el Ministerio hubiere aceptado, o las nuevas que ofrezcan dentro de ese período. Recibirá las pruebas o vencido el plazo, el expediente se devuelve al Ministerio de Gobernación, y con vista de las diligencias mencionadas el Poder Ejecutivo resolverá lo que proceda acerca de la expropiación. (Artículos 9, 10 y 11).

Las diligencias se tramitarán con la persona que tenga inscrito el inmueble en su favor, o con el que al momento de remitir el

Ministerio la nota al interesado esté en posesión del inmueble; y si hubiere litigio sobre el inmueble, con quienes aparezcan en el expediente respectivo como partes directamente interesados. (Artículo 14).

También aquellas personas que presenten justificación de ser dueños del inmueble o de tener sobre el mismo derechos que puedan sufrir perjuicios, como por ejemplo arrendatarios o usufructuarios del inmueble, serán tomados en cuenta durante la tramitación de las diligencias. (Artículo 16).

Si el inmueble perteneciere a sucesión o concurso de acreedores que carezcan de representantes, o si éste se hallare impedido, el Juez de la causa nombrará un representante ad-hoc, pudiendo oír para este propósito si lo estima conveniente, a los interesados en junta, o por un breve término a todos, respecto de la persona en quien debe hacerse la elección. (Artículo 12).

Cuando el inmueble pertenezca a corporaciones, asociaciones, menores, ausente o incapacitados que tampoco tuvieran representantes, la expropiación se tramitará con un representante ad-hoc nombrado conforme a las normas del Código de Procedimientos Civiles. (Artículo 14).

Se indica en la ley que las resoluciones que dictare el Gobierno sobre la expropiación serán ejecutorias, no sólo contra los indicados propietarios, sino también contra todas aquellas que hubieren derivado algún derecho sobre el inmueble, por ejemplo, un acreedor hipotecario. (Artículo 15).

Concluida esta fase administrativa, hecha ya la declaratoria de expropiación por medio de Decreto Ejecutivo que se publica en el Diario Oficial, se inicia la fase judicial que tiene por finalidad determinar el monto de la indemnización.

Antes de exponer lo relativo a esta fase judicial, debemos recordar que si el propietario a quien se expropia tuviere fundadas razones para pensar que la expropiación que se proyecta nada tiene que ver con el interés o necesidad públicas, podría plantear una acción de tipo contencioso-administrativo en ese sentido contra el Estado o contra el ente expropiador para dejar sin efecto la validez del Decreto, porque si bien el artículo 24 de la ley dispone que "la sentencia una vez que sea ejecutoria, resuelve definitivamente la cuestión y hace imposible todo debate posterior en juicio ordinario

respecto de las cuestiones por ella resueltas y el monto que la misma mande indemnizar como precio del inmueble y de los daños y perjuicios causados con la expropiación", hay que entender que este artículo se refiere a aspectos que no sean el de la ilegalidad del Decreto, puesto que el procedimiento Contencioso-Administrativo es posterior a la ley que comentamos y ha de considerarse como la excepción al respecto.

El procedimiento judicial se inicia con la gestión que hace el Procurador General de la República ante el juez de lo Contencioso-Administrativo, solicitando que el dueño del inmueble lo abandone al servicio para que se destine y nombre perito que, en unión con el que en la misma parte actora ha de designar, valore el inmueble de que se trate y de los daños y perjuicios que su ocupación ocasiona. (Artículo 19).

Con vista de la demanda el Juez prevendrá al interesado que dentro de cinco días nombre su perito, o ponga las excepciones o defensas que obraron a su favor y ofrezca la prueba de ellas. (Artículo 20).

Si el demandado propusiere excepciones pertinentes, a juicio del Juez, se le dará un plazo de 10 días para evacuar la prueba de ellas; durante ese término el actor puede proponer la contra prueba correspondiente para evacuarse en el mismo plazo. Artículo 22).

Practicado el avalúo y vencido el término de oposición y tramitado que sea lo relacionado con excepciones, se procederá a dictar sentencia. La sentencia contendrá pronunciamiento acerca de todas las excepciones presentadas, y la orden de que el demandado abandone su inmueble al servicio para que se destine, mediante la previa indemnización legal, conforme al justiprecio practicado. (Artículos 23 y 24).

Firme la sentencia y hecho el depósito de la suma correspondiente a la indemnización, el Juez declarará en posesión del inmueble a la autoridad o corporación por cuya cuenta se decretó la expropiación y mandará otorgar a favor de la misma la escritura de propiedad la cual consistirá en la protocolización del decreto de expropiación, de la sentencia, del acta de consignación del precio y del auto que así lo dispone. (Artículo 25). El depósito se entregará a quien corresponda conforme a la ley. (Artículo 26).

La reforma del año 1938 estableció la posibilidad de que el Estado, las Municipalidades u otras instituciones de carácter público pudiesen pedir al Juez autorización para entrar en posesión de la cosa expropiada, previo depósito de la suma que el Juez oyendo a peritos de su exclusivo nombramiento, fijará prudencialmente. Esa suma podrá ser retirada por el demandado si la acepta como pago total de la indemnización que le corresponde. Las decisiones del Juez poniendo en posesión y facultaron a la parte expropiada para ejecutar trabajos en la cosa expropiada, así como las que dicte en que lo señale, no tendrán otro recurso que el de responsabilidad. (Adición al artículo 20 de la ley).⁽⁸²⁾

B. El Procedimiento de la Ley N° 1371 de 10 de noviembre de 1951, llamada de Expropiaciones del Coco.

Este procedimiento como se explica de los mismos considerandos de la ley, fue creado para expeditar la tramitación de las expropiaciones, por estimarse “inadecuada y de difícil y lenta aplicación” la Ley General de Expropiaciones en cuanto a su trámite. Como hemos visto, prácticamente todas las leyes que en la actualidad se refieren a expropiaciones y que ya hemos comentado, siguen con muy pequeñas modificaciones, conservando el procedimiento en lo básico, esta nueva ley de 1951. Explicaremos cómo funciona:

Será siempre necesario un decreto de expropiación del Poder Ejecutivo; pero el trámite previo de diligencias administrativas señalado por la ley general, ha sido reducido a un mínimo y consiste en un requerimiento telegráfico que la Procuraduría General de la República hace al propietario del inmueble, para que manifieste, dentro de los cinco días siguientes, si está dispuesto a vender al Estado o a la entidad de que se trate, cuando la expropiación sea para otra entidad pública, el inmueble o la porción del mismo que se requiera, por el precio que indica el avalúo que previamente y a solicitud de la misma Procuraduría ha hecho el llamado Tribunal de Avalúos de la Tributación Directa sobre la indemnización que deba pagarse.

Si no hubiere acuerdo, o si el propietario no atendiere el llamado, entonces la Procuraduría solicitará al Juzgado Civil de

(82) Hecha esta adición por Ley N° 78 de 24 de junio de 1938.

Hacienda y de lo Contencioso-Administrativo que prevenga al propietario la designación del perito valuador que debe designar, dentro de los cinco días hábiles siguientes, para que determine, según su criterio, el monto de los daños y perjuicios que le correspondieren. Si tal designación no la hace el propietario, el Juzgado queda facultado legalmente para hacerla de oficio, escogiendo al perito de las listas que los Colegios de Ingeniería y de Agronomía han de suministrar para ese propósito. El perito designado por el propietario o por el Juzgado en nombre de aquel debe rendir su dictamen dentro de los quince días siguientes a la fecha de su aceptación.⁽⁸³⁾ Rendido el dictamen, el Juzgado procederá a dictar su resolución fijando el monto de la indemnización que deba pagarse al propietario, estipulando la ley que esa indemnización no podrá en ningún caso ser superior al monto del mayor de los peritazgos vertidos, sean: el del Tribunal de Avalúos o el del perito correspondiente a la parte expropiada.⁽⁸⁴⁾ En la resolución el Juez ordenará al expropiado abandonar el inmueble o la porción del mismo expropiada, si ese fuere el caso, previo depósito de la suma total fijada.

Hecho ese depósito el Juzgado autorizará al Estado o a la Institución de que se trate para entrar en posesión de lo expropiado. Luego se dictará resolución para que la Procuraduría proceda a otorgar la escritura de propiedad, mediante la protocolización de las piezas respectivas que son: la resolución que fijó el monto de la indemnización, el acto de consignación del precio, el auto que autoriza la misma protocolización y cualquier otro dato que fuere necesario.

Esta ley contiene, además, en su artículo 5°, el trámite de un “procedimiento de urgencia”, ya que allí se autoriza al Estado para entrar en posesión de lo expropiado en cualquier momento en que se deposite a la orden del propietario la suma fijada por el Tribunal de Avalúos.

Es decir, con el peritazgo inicial hecho por el organismo del Estado y antes de que se conozca el criterio del perito valuador de la parte. Desde luego, los procedimientos continuarán; y si el inte-

(83) Artículos 2, 3, 4, de la Ley 1371 de 10 de noviembre de 1951.

(84) Hoy por la reforma introducida a la Ley del Impuesto sobre la Renta, esta función corresponde al Tribunal Fiscal Administrativo, creado por esa reforma. Véase artículo 34 de la citada ley que es la número 837 de 20 de diciembre de 1946, y la reforma específica introducida por la Ley N° 3063 del 14 de noviembre de 1962.

esado optare por retirar la suma depositada se le tendrá por satisfecho y se procederá a escriturar a nombre del Estado o de la institución que corresponda el inmueble conforme al trámite antes explicado. Sobre este artículo de la ley, se planteó un recurso de inconstitucionalidad, el cual fue declarado sin lugar en la sesión de Corte Plena de las 15 horas del 8 de mayo de 1952, referida en la nota 77.

Si el inmueble sobre el cual versare la expropiación pertenece a una sucesión, concurso, o un ausente, incapaz, o menor, los procedimientos respectivos se seguirán en esos casos con el albacea, curador, apoderado, tutor o representante legal.⁽⁸⁵⁾

Se indica en la ley que únicamente cabrán los recursos de revocatoria y de apelación, contra la resolución final que fije el monto de la indemnización, los que deben plantearse dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha de la última notificación. Las demás resoluciones sólo tendrán el recurso de responsabilidad.⁽⁸⁶⁾ Ello significa que con este procedimiento no es posible el recurso de Casación. Asimismo se dice de manera expresa que no procederá en estas diligencias la "deserción" que consiste en el abandono de la instancia de una manera tácita al dejar de instar el juicio de que se trate por seis meses o más, y que produce, a pedimento de parte, la caducidad de dicha instancia.⁽⁸⁷⁾

Debemos indicar, como un caso de excepción, que se produce en estos procedimientos que venimos comentando, lo dispuesto por la ley de Tierras y Colonización en cuanto a la expropiación en caso de conflictos entre poseedores y propietarios, pues aquí dice expresamente el artículo 105 de la citada ley, que se sustituye el avalúo exigido en la Ley 1371, por el sistema señalado en los artículos 103 y 104 de esa ley que consisten en que el Tribunal Fiscal Administrativo fije el valor de las tierras, y si el propietario estuviere de acuerdo con el avalúo, los ocupantes deberán obligadamente someterse al mismo o quedarán sujetos a la responsabilidad de las leyes comunes, en caso contrario. Si el propietario no aceptare el avalúo, se procede a la expropiación y dicho avalúo se tendrá como dado por parte de la entidad expropiante, quedando única-

(85) Artículo 8 de la ley mencionada N° 1371.

(86) Artículo 9 ibidem.

(87) Véanse artículos 81 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles de Costa Rica.

mente el derecho al propietario de nombrar su perito, para que el Juez en definitiva resuelva fijando la indemnización, la que no podrá ser superior al monto mayor de los peritazgos vertidos, como ya lo hemos visto.

En cuanto la manera de proceder a efectuar los avalúos, diremos que en Costa Rica los peritos que conforme a la Ley General de Expropiaciones se nombran y los que designan las partes en los procedimientos especiales de la Ley Número 1371, suelen tener como patrón para determinar el monto de las indemnizaciones el valor de mercado de los bienes de que se trate. En cambio cuando los peritos de la Tributación Directa tienen que hacer sus avalúos, suelen guiarse por el criterio con que dictaminan para imponer el monto del impuesto territorial sobre los bienes inmuebles, que podríamos llamar un valor de mercado no actualizado, pues hay una tendencia a aumentar el valor de los inmuebles sólo cuando se ha constatado de manera fidedigna el aumento en los precios de plaza, y por consiguiente sus avalúos son bastante conservadores. Vimos, que en los casos en que la indemnización se refiera a inmuebles requeridos para los usos de la ley de Tierras y Colonización no podrá exceder del valor de la finca declarado para fines fiscales al momento de promoverse el conflicto ante el Instituto (artículo 151 de la ley), lo cual viene a determinar el pago de la expropiación con diferente criterio del valor de plaza o mercado, ya que usualmente los propietarios declaran para estos efectos sus propiedades en suma menor a su verdadero valor.

VII.—PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA EXPROPIACION A EXTRANJEROS:

Podemos decir que en Costa Rica, conforme a las leyes actuales, no hay diferencia ninguna entre los nacionales y los extranjeros en lo que se refiere a la aplicación de los procedimientos de expropiación. Parte esta situación de la clara disposición del artículo 19 de la Constitución Política que estatuye:

"19.—Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses, con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen . . ."

Y en las leyes de expropiación a que nos hemos referido, no encontramos ninguna norma que dé trato diferencial a los extranjeros.

Como un acontecimiento histórico, cabe hacer mención de una grave situación que se planteó con ocasión de la Segunda Guerra Mundial en cuanto a los súbditos alemanes, italianos y japoneses. Fue promulgada la ley llamada de Bloqueo Económico N° 26 de 12 de diciembre de 1942.⁽⁸⁸⁾ Esta ley impidió las transacciones comerciales con dichos súbditos y sus compañías. Los bienes de ellos pasaron a administración de una Junta de Custodia, y se dispuso que para evitar los daños considerables que en la economía nacional producía la paralización de empresas pertenecientes a personas físicas o jurídicas incluidas en las llamadas "listas proclamadas", se declaraba de interés público la expropiación de esos bienes (artículo 16 de la ley). Se dispuso que quedaría a criterio exclusivo del Poder Ejecutivo estimar la procedencia de las expropiaciones. (artículo 17). Por medio de los Tribunales se señalaba el avalúo de los bienes oyendo a peritos, uno de ellos de la parte expropiada, y fijando el avalúo, se sacaba a subasta pública el bien para ser adjudicado al rematario del mismo (Artículo 19 de la ley). Este rematario tenía que ser un costarricense que no estuviera incluido en listas proclamadas, o compañías con iguales características (Artículo 20).

Se dispuso también que el Estado no hiciera pago inmediato —pese a que el precio se obtenía en remate— sino que abonara ese precio a la cuenta congelada que al extranjero le administraba la Junta de Custodia. (Artículo 21).

Esta situación grave porque atravesaron los extranjeros de los países mencionados, ha merecido serias críticas⁽⁸⁹⁾ y dichosamente sólo cabe ser citada como reseña histórica, pudiéndose afirmar que hoy en día no hay diferencia alguna entre extranjeros y costarricenses en el trato que dan las leyes del país en esta materia.

(88) Colección de Leyes de 1942. Segundo Semestre. Pág. 452.

(89) Véase Dr. Juan Luis Arias en su trabajo sobre "Las Limitaciones a la Propiedad en nuestra Historia Constitucional", Revista de Ciencias Jurídicas. Universidad de Costa Rica. N° 15. Julio 1970. Pág. 347, donde equipara a "confiscación" la administración de bienes realizada por la Junta de Custodia.

VIII.—IMPORTANCIA DE LA EXPROPIACION EN EL DESARROLLO ECONOMICO Y SOCIAL DEL PAIS.

La expropiación ha sido una institución jurídica de importancia en el medio costarricense.

Hemos visto que desde la época de la Constitución Política de 1825, figura como excepción de orden legal al principio de la inviolabilidad de la propiedad privada. Y la ley general sobre la materia, que aún nos rige, data desde el año de 1896.

No podemos afirmar que se haya hecho un uso extensivo de la institución jurídica a que nos referimos, pero sí un uso adecuado a las circunstancias, siempre con miras al interés social o a la utilidad pública.

No puede decirse que la utilización de la expropiación haya desempeñado un papel significativo en el desarrollo social y económico del país, pero tampoco podría afirmarse que haya carecido de importancia. Conforme las necesidades de la comunidad, del Estado y sus Instituciones lo han precisado, se ha hecho uso de esta institución jurídica. Y a raíz de la promulgación de la ley de Tierras y Colonización, equivalente a la reforma agraria de otras naciones del Istmo centroamericano, se han llevado a cabo, bajo los procedimientos de esta ley, algunas importantes expropiaciones. El dato que obtuvimos fue el de que con el trámite de la ley de Tierras y Colonización se han realizado, en forma directa, las siguientes expropiaciones: la de la Colonia Trinidad, en Ciudad Quesada, Alajuela, en extensión de 2.400 hectáreas; la de San Juanillo, en Nicoya, Guanacaste, con extensión de 14.271 hectáreas; y la de finca Miravalles en Bagaces, Guanacaste, en extensión de 12.910 hectáreas.⁽⁹⁰⁾ Como se ve, no son muchas las expropiaciones promovidas en forma directa por los procedimientos de esta ley.

Aparte de ellas, ha habido algunos casos de los llamados de "regulación de conflictos" entre propietarios y poseedores en precario, que terminan como hemos visto, en la adquisición del inmueble por parte de los poseedores, y no se produce en realidad una expropiación, propiamente dicha.

La Ley General de Expropiaciones y la Ley de Expropiaciones llamada "del Coco", así como las otras que hemos citado y

(90) Dato obtenido directamente del Departamento Legal del Instituto de Tierras y Colonización.

que utilizan el procedimiento de esta última, han dado origen a un número considerable de expropiaciones en el transcurrir de los años, del que lamentablemente no hay registro en la Dirección General de Estadística, según se nos informó. Todas ellas, cuando no han producido su efecto las negociaciones de arreglo directo, constan en los expedientes archivados de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y Civil de Hacienda.

Como última observación hemos de hacer la de que el Poder Central, los organismos municipales y nacionales han utilizado la institución de la expropiación con mucha parsimonia, y solamente en casos debidamente justificados, siempre por razones comprobadas de orden social o utilidad pública.

ASPECTOS HISTÓRICO-SISTEMÁTICOS DE LA EVOLUCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE FUNDOS RÚSTICOS EN LA EXPERIENCIA DE ALGUNOS DERECHOS EUROPEOS OCCIDENTALES

RODRIGO BARAHONA ISRAEL

Profesor de Derecho Agrario

Universidad de Costa Rica.

SUMARIO:

Introducción.

- 1.—Propiedad de la tierra y libertad de contratación en el código civil francés de 1804.
- 2.—El régimen de la locación en el "code civil". La locación de fundos rústicos.
- 3.—Propiedad y locación de la tierra en otros códigos europeos del siglo XIX: el código italiano de 1865 y el código español de 1889.
- 4.—Bases evolutivas de la propiedad y de la locación (arrendamiento) de la tierra en los derechos europeos.
- 5.—La evolución del régimen de propiedad de la tierra como bien productivo.
- 6.—Relevancia de la naturaleza productiva de los bienes (en particular del fundo rústico) en el contrato de arrendamiento.
- 7.—Caracteres delimitadores del fundo rústico en el contrato de arrendamiento.
- 8.—La gestión productiva del arrendatario y su relevancia causal.
- 9.—El goce del arrendatario de fundos rústicos.
- 10.—El arrendamiento de fundos rústicos como contrato agrario.
- 11.—La empresa del arrendatario y las orientaciones fundamentales de las modernas legislaciones europeas del contrato de arrendamiento de fundos rústicos.

INTRODUCCION.

Las nuevas directivas de la política agraria europea han elevado a nivel comunitario la tendencia existente al interno de los derechos nacionales, —en modo bastante uniforme aunque con orientación ideológica diversa— de promover el arrendamiento de fundos rústicos como el instrumento jurídico que se muestra más conveniente desde el punto de vista económico y social a los fines de permitir el cultivo de la tierra a quienes no son sus propietarios. El segundo plan Mansholt, llamado plan para la agricultura 1980, manifiesta la necesidad de coordinar en un proceso de desarrollo paralelo la política agraria de mercados y precios con la renovación de las estructuras agrícolas, estimulando la formación de empresas agrarias que por sus dimensiones y productividad comparativa puedan constituir núcleos eficientes del desarrollo agrícola europeo. La protección de la empresa agraria frente a la propiedad inerte de la tierra, y el menor costo del pago de la renta frente al precio de compra de la propiedad, permiten prever la funcionalización del arrendamiento a los fines de la política de estructuras, con el consiguiente incremento cuantitativo del uso del contrato.^(I)

En los ordenamientos nacionales, el arrendamiento de fundos rústicos es el contrato agrario más detenidamente regulado y que mayor atención recibe de parte de la doctrina. Los demás contratos agrarios tradicionales, particularmente aquellos de estructura asociativa como la colonia parciaria y la aparcería rural, tienen hoy en Europa menor importancia jurídica y económica, advirtiéndose una tendencia en el derecho positivo a suprimirlos prohibiendo su celebración o convirtiéndolos en arrendamiento.^(II)

I. El segundo plan Mansholt, que toma el nombre de su proponente holandés, ha sido publicado en su versión italiana en la Rivista di diritto agrario, 1969, I, p. 274 y sig., 428 derecho agrario de la comunidad europea. Ver Carrozza, Il fatto politico nell'ordinamento y sig. Sobre las nuevas perspectivas del arrendamiento de fundos rústicos en el marco del jurídico dell'agricoltura, extracto del volumen Problemi generali e profili di qualificazione del diritto agrario, ed. prov. Milano, 1971, p. 115 y sig. Massart, L'affitto di fondo rustico nella nuova disciplina, Milano, 1972, ps. 1-6. Sobre la política de estructuras, De Leeuw, Les aspects institutionnels de la politique de structures agricoles de la CEE, en Riv. dir. agr., 1970, I, p. 16.

II. Tal es el caso de los derechos francés e italiano, adonde la "metayage" o "mezzadria" y el "bail a colonat partiaire" o "colonia parziaria" tienen una larga tradición histórica. En Francia el decreto 58-1293 de 22 de diciembre de 1958 y la ley 63-1332 de 30 de diciembre de 1963 (que ha modificado el artículo 862 del code rural) atribuyen al aparcerero la dirección de la empresa y remiten a su arbitrio la conversión del contrato en arrendamiento. Ver H. L. e J. Mazeaud, Leçons de droit civil, tomo 3, París, 1963, p. 1.045 y sig. En Italia la ley 15 settembre 1964, N° 756 ha prohibido para el futuro la celebración de nuevos con-

La vigencia del arrendamiento de fundos rústicos en el derecho agrario europeo contrasta con su disciplina en algunas de las leyes de reforma agraria de la América Latina, que tienden a su supresión considerándolo contrario a la función social de la propiedad en cuanto constituye una forma de tenencia indirecta de la tierra.^(III)

En este trabajo se pretende ilustrar en forma sintética y confiamos clara la evolución jurídica del arrendamiento de fundos rústicos como contrato autónomo respecto de la locación de cosas regulada en los códigos civiles del siglo XIX. Dicha evolución es un ejemplo de la correspondencia entre la teoría del derecho agrario y la realidad económico-social, que esperamos pueda estimular a un nuevo examen de las apuntadas tendencias del derecho agrario latinoamericano.

tratos de aparcería. Ver Atti del Seminario 1966, dell'Instituto di dir. agr. intern. e comp., Milano, 1969. Sobre los proyectos de transformación de los contratos asociativos en arrendamiento. Ver Carrozza, Il terzo tempo della riforma agraria: trasformazione della mezzadria, colonia e contratto minori in affitto, en Riv. dir. agr., 1971, I, p. 347, y Ancora sui progetti di trasformazione dei contratti agrari associativi in affitto, en Riv. dir. agr., 1971, III, p. 706 y sig.

III. Ver por ejemplo la ley de reforma agraria de Venezuela de 22 de febrero de 1960, artículos 142 y sig.; el decreto-ley de reforma agraria del Perú de 24 de junio de 1969, artículos 127 y sig. La ley de tierras y colonización de Costa Rica, de 14 de octubre de 1961. N° 2825 (con varias reformas) sin ser propiamente una ley de reforma agraria manifiesta la misma orientación. Ver especialmente artículos 5, 144 y 153.

1.—El “code civil” francés de 1804, predecesor y modelo de los códigos europeos y latinoamericanos del siglo XIX,⁽¹⁾ recoge, tanto en su sistemática como en el contenido de sus institutos, los principios del “laissez faire”, que “sub specie juris” se agrupan en torno al dogma de la propiedad privada y al dogma de la libertad individual.⁽²⁾

Los principios de libertad, igualdad, propiedad, que presidían la “Declaration des droits de l’homme” de 1789,⁽³⁾ encontraron acogida en el “code civil”: tous les droits civils se reduisent aux droits de liberté, de propriété, et de contracter.⁽⁴⁾

El régimen de la propiedad, régimen único para todos los bienes, gira en torno al bien tierra, de mayor importancia económica y social entre los bienes.⁽⁵⁾ El código Napoleón es el código de la propiedad de la tierra, y el derecho subjetivo sobre esta no concede límites reguladores de su utilización. La propiedad puede ser cultivada o abandonada, el ordenamiento garantiza al individuo la facultad de “jouir et disposer de choses de la maniere la plus absolue” (artículo 544).

El carácter prevalente del bien tierra se manifiesta al interno de la **summa rerum divisio**: la tierra es el inmueble por excelencia, y los demás bienes son clasificados en relación con esta.⁽⁶⁾ En

(1) La influencia del “code civil” en la familia jurídica de origen romano-germánica se explica considerando que “la codification, par elle-meme, n’a en aucune façon rompu l’unité du droit européen. Bien au contraire elle constitue un accomplissement de la tradition pour l’expansion en Europe, et hors d’Europe, du système de droit romano-germanique”. R. David, Les grands systèmes de droit contemporains, 4^a Ed., París, 1971, p. 65. Sobre la influencia del “code Napoleón” en el derecho latinoamericano, v. Solá Canizares, Iniciación al derecho contemporáneo, Barcelona, 1951, ps. 233 y sig.

El presente trabajo se ocupa de los derecho francés, italiano, español y (en el N^o 11 impar) inglés, con algunas pocas referencias comparativas (principalmente en las notas) al derecho de Costa Rica.

(2) Corradini, Le codificazioni civilistiche dell’Ottocento, en Il diritto privato nella società moderna, al cuidado de Rodotà, Bologna, 1971, p. 53.

(3) El artículo 2 de la “Declaration”, incluida como preámbulo en el texto de la Constitución francesa del 3 de setiembre de 1791 establecía como “droits naturels et imprescriptibles de l’homme”, la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

(4) Son palabras de Cambacères, citados en Sorel, Livre du centenaire, I, París, 1904, ps. XXIII-XXIV.

(5) La importancia de la tierra en el código Napoleón no es sino un reflejo de las exigencias normativas que su misma naturaleza productiva impone en todo lugar y en toda época histórica a la experiencia humana. V. Capograssi, Agricoltura, diritto, proprietà. Riv. dir. agr., 1952, p. 250.

(6) V. Pugliatti, Terra, Azienda Agricola e impresa agraria, en Dopo il 1^o, Conv. internaz. di dir. agr., Milano, 1958, p. 311, quien pone de relieve en relación con la teoría de las

torno a la tierra gravita la distinción entre bienes muebles e inmuebles, (artículos 518 y sig.), así como la complementaria de “immuebles par destination” (artículo 524).

Si el derecho subjetivo de propiedad como suma de facultades del propietario garantiza a este el poder exclusivo y absoluto sobre su tierra, la autonomía contractual es instrumento para su comercio jurídico (artículos 1134, N^o 1 y 1008). La facultad de “disponer de chases” encuentra su medio técnico en el régimen del contrato, que permite al individuo comprometer jurídicamente el uso y goce de sus bienes como mejor le parezca. Para lo que aquí mayormente interesa, el régimen contractual permite al propietario que no quiera o no pueda cultivar su tierra cederla en locación,⁽⁷⁾ sin otras limitaciones que las derivadas de su propio interés a la conservación y valorización del bien.⁽⁸⁾

Los poderes reconocidos al propietario (la propiedad es un derecho natural), son el resultado de la orientación político-económica que estaba a la base de la revolución francesa de 1789. El régimen feudal del siglo XVIII consistía fundamentalmente en un sistema económico, caracterizado en manera específica como “une simple forme de la propriété foncière”.⁽⁹⁾ La división del dominio en “domaine direct” y “domaine utile”,⁽¹⁰⁾ atribuía a señores y vasallos su jerarquía económica y social, y el sistema feudal era principalmente “l’art de faire de la propriété foncière un instrument d’asservissement”.⁽¹¹⁾ Al abolir la revolución este estado de cosas, a la categoría libre del “citoyen” correspondió la liberación de la tierra

cosas, “la terra costituisce il termine fondamentale, la base di una gerarchia di sociali e di valutazioni giuridiche, per cui acquista una posizione del tutto particolare. E l’immobile per eccellenza: anzi il carattere fisico della stabilità che le è proprio, ha suggerito la specificazione valutativa e il criterio di identificazione, divenuto subito, per immediata estensione, categoriale”.

(7) Aquí se hace referencia a la tutela contractual del propietario. Debe sin embargo, tenerse presente que en el “code civile” la locación es un acto de administración (y no de disposición), criterio según el cual se califica el elenco, por lo demás amplio, de los sujetos legitimados a locar. V. Baudry Lacantinerie e Wahl, Del contratto di locazione, trac. it. Vol. I, Milano, S. F., ps. 37 y sig.

(8) Véase cuanto se dice infra N^o 6 sobre la conservación y valorización de la tierra como bien productivo como criterio distintivo del “bail a ferme”.

(9) Lizerand, Le regime rural de l’ancien France, I, París, 1942, p. 30.

(10) Astuti, Aspetti del regime giuridico medioevale della proprietà fondiaria e dei contratti agrari, en Dopo il primo convegno, p. 77.

(11) La frase es de Portalis, cit. en Terrat, Du regime de la propriété dans le code civil, en Livre du centenaire, I, París, 1904, p. 334.

de las cargas (relevances) feudales. La propiedad, y sobre todo la propiedad de la tierra, es el reflejo de la libertad individual en el ámbito de la economía.⁽¹²⁾ Los nuevos valores⁽¹³⁾ revolucionarios fueron recogidos por la legislación: si la "revolution de 1789 fu par essence une traslation de propriété" (como afirmó Taine), el "code civil" de 1804 representa "la revolution organisée".⁽¹⁴⁾

El derecho de propiedad de la tierra permanece en la esfera individualista de su titular, y la libertad de contratación le permite convertirla en instrumento de renta. La enseñanza de los fisiócratas, según la cual la libertad de contratación entre propietario y locatario garantiza la armonía social⁽¹⁵⁾ viene consagrada en la disciplina específica del contrato de locación. En el code civil la locación manifiesta la tutela de la autonomía del propietario, permitiéndole transferir el uso y goce de su tierra sin comprometer su derecho real sobre esta.⁽¹⁶⁾ El ejercicio del derecho del locatario permanece sujeto a la voluntad del propietario, quien imparte una destinación al fundo rústico que el cultivador debe en todo caso respetar.⁽¹⁷⁾ El control de la utilización que del fundo haga el locatario compete únicamente al propietario, y para este la propiedad se manifiesta esencialmente como "une source de revenus et une garantie d'indépendance".⁽¹⁸⁾

(12) Irti, *Del diritto civile al diritto agrario*, (Momenti di storia giuridica francese), Milano, 1962, p. 8.

(13) La relevancia ética de los nuevos valores revolucionarios influenciaron sustancialmente el pensamiento filosófico decimonónico, como se aprecia en la filosofía vitalista, y principalmente en la obra de F. Nietzsche. Siendo el derecho fundamentalmente un sistema de límites, su conciliación con la voluntad de poder, enunciado principal de la filosofía de Nietzsche presenta particularidades interesantes. Ver Barahona, "La filosofía jurídica de Federico Nietzsche: una posición existencial ante el derecho", en *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, volumen del año 1966.

(14) Sorel, *Introduction, Livre du centenaire*, cit. I, p. XXX.

(15) V. Waline, *L'individualisme et le droit*, París, 1949, p. 178; Laski, *The rise of european liberalism*, London 1962, p. 180. Adam Smith, sin embargo, había ya puesto de relieve (la primera edición de su *On the richness of nations* es de 1776) como la supremacía económica del propietario produce consecuencias injustas en el precio que debe pagar el locatario. Ver de esta obra de Smith el Libro I, Cap. XI.

(16) Como pone de relieve Savatier, *Les metamorphoses du droit prive d'aujourd'hui*, París 1959, Vol. III, p. 158, el propietario se reservaba "eminemment", tous les droits sur la chose".

(17) V. artículos 1766 del code civil. Los artículos 834 y 835 del code rural de 1955 (que conceden un amplio poder de transformación al arrendatario), demuestran cómo modernamente la política legislativa se orienta a proteger al arrendatario en su calidad de cultivador frente al propietario rentista.

(18) Savatier, *L'évolution des structures du droit agricole français*, en *Atti del Primo Convegno Internazionale di diritto agrario*, Vol. II, Milano 1954, p. 511.

2.—La disciplina de la locación en el "code civil" está contenida en el título VIII del libro III, artículos 1708 a 1831. El capítulo I contiene disposiciones generales sobre los dos tipos de locación, "celui des choses et celui d'ouvrage". El capítulo II, que trata de la locación de cosas, se subdivide en tres sesiones, dedicadas la primera a las reglas comunes a la locación de casas ("baux de maisons"), y de bienes rústicos ("biens ruraux", la segunda a las normas reguladoras de la locación urbana ("baux a loyer") y la tercera a la locación de fundos rústicos ("baux a ferme"). El capítulo III está dedicado a los diversos tipos de locación de obras ("louage d'ouvrage et d'industrie"), y no interesa a los fines de este trabajo.

Las reglas particulares de la locación de fundos rústicos disciplinan la prohibición de ceder o subarrendar impuesta al colono parciario (artículos 1763, 1764), los efectos del error sobre la cabida del fondo (artículo 1765), la obligación del locatario de equipar el fondo (artículo 1766), la obligación de reintegrar las cosechas al granero (artículo 1767), la obligación de advertir al concedente de las usurpaciones (artículo 1768), los derechos del locatario en caso de pérdida de las cosechas (artículos 1769, 1770, 1771), las estipulaciones que remiten al locatario la carga de los casos fortuitos (artículos 1772, 1773), la duración del contrato (artículos 1774, 1775), su prórroga tácita (artículo 1776) y las relaciones entre arrendatarios sucesivos sobre el fondo (artículos 1777, 1778). (Véase nota 38 infra).

La unidad sistemática de la locación de cosas y de obras acogida por el code civil sigue la tradición romana e intermedia, que unificó la "locatio rerum" y la "locatio operis y operarum" en base a la obligación del conductor de devolver al locator la cosa locada.⁽¹⁹⁾ La disciplina deriva directamente de la formulada por Pothier en su tratado, tomando de este incluso la definición del contrato, concebido como "contrat par lequel l'une des parties s'oblige a faire jouir l'autre d'une chose pensante un certain temp et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer" (artículo 1709).⁽²⁰⁾

(19) Amirante, *Locazione* (dir. rom.), en *Novissimo Digesto italiano*, Vol. IX, Milano, 1963; Brasiello, *L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano*, en *Riv. it. scienze giuridiche*, 1927, p. 529 y sig.

(20) La influencia del tratado de Pothier (*Trattato del contratto de locazione*, en *Opere*, 2ª ed. italiana, Livorno, 1942, tomo II), fue puesta de relieve por los primeros comentaristas del code civil, V. por ejemplo Troplong, *De l'échange et du louage*, París, 1840, Vol. II, tit.

HEERDA
EMPOSIBLE!

La adherencia del code civil a la "locatio romana" se ha mostrado insuficiente a los fines de regular la locación de bienes productivos, especialmente la locación de fundos rústicos.⁽²¹⁾ En el derecho clásico el fenómeno productivo en agricultura permaneció como atributo de la propiedad, desconociéndose autonomía de gestión al productor no propietario.⁽²²⁾ El "fundus instructus" fue ampliamente tutelado en las fuentes romanas como unidad productiva agrícola,⁽²³⁾ pero su destino productivo fue siempre atributo del propietario, y el contrato de locación fundaba una relación meramente personal y temporal, en contraste con la tendencia moderna a reconocer caracteres reales en el arrendamiento de fundos rústicos.⁽²⁴⁾

La disciplina del code civil, remitiéndose a la tradición romanista unitaria, ignoró las diferencias surgidas en el alto medioevo al interno del contrato de locación. Originadas en motivos prácticos⁽²⁵⁾ llegaron a adquirir relevancia jurídica sistemática bajo el principio de la "participación", que tendía a valorizar la posición de los concesionarios de tierra frente al principio del "dominus

VIII, N° 1, quien admitía la identidad genérica de ambos contratos ("louage des choses et louage d'ouvrage"), limitándose a señalar las modalidades distintivas de la legislación derivadas de la diferencia de objeto. Para una síntesis histórica de los orígenes del contrato de locación en el code civil y en otros códigos europeos del siglo XIX, ver recientemente Tabet, *La locazione-conduzione*, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, dirigido por Cicu y Messineo, Vol. XXV, Milano, 1972, ps. 6-34.

- (21) Importantes modificaciones han sido introducidas en materia de locación de "fonds de commerce", que han culminado con la ley 13 de julio de 1933 y la ley 18 de abril de 1946. V. Derruppé, *La nature juridique du preneur a bail*, París 1952, ps. 83 y sig. La locación de fundos rústicos es regulada modernamente por el "statut du fermage", "ordinance" de 17 de octubre de 1945, modificado por la ley 13 de abril de 1946, y con subsiguientes modificaciones, actualmente en el code rural, artículos 790 y sig.
- (22) V. Grossi, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medioevale*, Padova 1968, ps. 26 y sig., quien explica cómo el contrato agrario fue casi del todo desconocido (las exigencias de la producción agrícola "si risolvono mediante o il lavoro servile o lo schema estremamente lato della locazione").
- (23) Sobre el "fundus instructus" como organismo económico-social regulado en las fuentes romanas, ver especialmente el escrito de Bolla, "Il fondo nei suoi aspetti giuridici", presentado al Primo congresso nazionale di diritto agrario, italiano, Firenze, 1935, ahora publicado en *Scritti di diritto agrario*, Milano, 1963, ps. 281 y siguientes.
- (24) La naturaleza del derecho del arrendatario constituye uno de los aspectos más significativos y que mayor interés suscitan en la evolución del arrendamiento de fundos rústicos respecto de la locación. Para su relevancia en la estructura del contrato, también desde el punto de vista jurisdiccional, ver últimamente Germano, *Il processo agrario*, (Studio comparativo sul diritto europeo occidentale), Milano, 1973, ps. 56 y sig. Santoro —Passarelli, en su relación al 3º Congreso Nazionale di Diritto Agrario, Firenze 1952, bajo el título Proprieta e lavoro in agricoltura, señaló cómo las limitaciones impuestas al propietario en la nueva legislación agraria respecto de la terminación del contrato, implican el reconocimiento al arrendatario de una nueva especie de "ius ad rem." V. Atti, Milano, 1954, p. 16. En el derecho francés, Demppé, cit., ps. 43 y sig. y le bibliograpé en nota 28 infra.

fundi" como titular de poderes y derechos.⁽²⁶⁾ La estabilidad del locatario frente al titular del derecho de propiedad se afianzó ulteriormente mediante la transformación del derecho del locatario de un "ius ad rem" en un "ius in re", reconocido bajo la forma jurídica del "domaine utile".⁽²⁷⁾

El régimen de la propiedad de la tierra en el code civil constituye, como hemos visto, el intento de unificar la propiedad bajo el perfil subjetivo, superando la distinción de "domaine direct" y "domaine utile". El rompimiento revolucionario con el "ancien regime" en materia de propiedad de la tierra implica también un rechazo del régimen feudal en materia de locación de fundos rústicos, negándose los caracteres reales de este contrato mediante la adopción técnica del modelo romanista. Se pone así de manifiesto la relación orgánica entre propiedad y locación de la tierra en el "code civil". Lo que es más importante aún, las tendencias legislativas y doctrinales modernas demuestran una progresiva disociación de la propiedad de la tierra, (paragonable a la ocurrida en el alto medioevo), sobrevenida principalmente a través del mencionado reconocimiento de atributos reales en el derecho del arrendatario de fundos rústicos.⁽²⁸⁾

3.—La fidelidad del "codice civile italiano" de 1865 al modelo napoleónico patente tanto en el diseño sistemático como en la disciplina de cada instituto, fue el resultado de una escogencia deliberada y consciente del legislador italiano.⁽²⁹⁾ El régimen de la

- (25) Las necesidades prácticas e inmediatas a que obedecían las distinciones vienen puestas en evidencia por el carácter limitado (en el tiempo y en el espacio), y sistemático de la legislación. V. Tabet, *La locazione conduzione*, op. cit., p. 19.
- (26) Grossi, *Le situazioni reali*, cit., ps. 91 y sig., señala cómo el principio de participación tendía a crear una indefinida proliferación de derechos reales, mientras la posición de cada concesionario "tendeva a mettere, per così dire, radice nella cosa e a non restare sul piano della situazione a efficacia meramente personale".
- (27) V. Galloni, *Premesse ad una nozione autonoma dell'affitto di fondi rustici*, Riv. dir. agr., 1971, I, p. 168.
- (28) Véase en particular la doctrina francesa que ha puesto de relieve la preeminencia de los poderes del arrendatario frente al arrendador, en referencia principalmente al "statut de fermage", Ripert, *Le statut du fermage (du droit contractuel au droit de l'entreprise)*, en Recuell Dalloz, 1946, I, II, ps. 3 y sig. Voirin, *La proprieta rurale en droit francais contemporain*, en *Atti I Conveg. Inter. dir. agr.*, Milano, 1954, Vol. II, p. 550.
- (29) Nicoló, *Codice civile*, en *Enc. del Dir.*, Vol. CII, p. 242. Para el Corradini, *Le dotificazione*, cit., p. 58, bajo el perfil ideológico y estructural el código italiano de 1865, "si allinea col testo francese e ne rappresenta una palese filiazione". Ver también Lazzara,

propiedad del code civil encontró acomodo en la estructura económica y social de la Italia del siglo XIX, que al igual que la francesa de la época atribuía mayor importancia al bien tierra y a su comercio.⁽³⁰⁾ Para percatarse de la semejanza del código italiano de 1865 al code civil, es suficiente advertir como la definición de la propiedad (artículo 436) sigue a la definición francesa (artículo 544), estableciéndose que “la proprieta e il diritto di disporre e godere della cose nella maniera piu assoluta, purchè non se ne faccia un uso vietato dallo leggi o dai regolamenti”.

La locación en el código italiano de 1865 mantiene la unidad del contrato característico de su antecesor francés. El título IX del libro III se articula en cinco capítulos, de los cuales el primero dedicado a las “disposizioni generali” el segundo a las normas sobre la “locazione delle cose”, subdividido en tres “sezioni” (“regole comuni alle locazioni delle case e dei beni rustici”, “regole particolari alla locazione delle case”, “regole particolari alla locazione dei fondi rustici”), el tercero a la “locazione delle opere” el cuarto a la “mezzadria, o masseria o colonia”, y el quinto a la “locazione a soccida o socio”, dividido en cinco “sezioni”.

La doctrina surgida en torno al código tendió a poner de relieve los elementos comunes a la locazione delle cose y a la locazione delle opere,⁽³¹⁾ señalando que las diferencias de régimen jurídico derivan esencialmente de la diversidad de objeto.⁽³²⁾

Las reglas particulares de la locación de fundos rústicos eran una mera aplicación específica de la normativa general de la locación de cosas, consideradas “particulares” por la doctrina única-

Orientamenti di politica legislativa in agricoltura nel 1865, en Riv. dir. agr., I, 1970, ps. 423 y sig.

(30) Nicoló, loc. y op. ull. cit.

(31) V. Abello, Trattato della locazione, Napoli-Torino, 1916; Vol. I, ps. 76 y sig., para quien “conceptualmente las varias formas de locación se colean todas a la idea única de goce”. (p. 77), además de la constatación de que en “todo contrato de locación son comunes los elementos esenciales de su constitución, o mejor dicho, idénticos los extremos de su existencia jurídica (cosa, precio consenso) y único el sustrato de las obligaciones que se estipulan, o mejor dicho, el objeto directo consistente en el uso o en el goce, de una cierta cosa, entendida en su sentido lato de objeto del derecho” (p. 79).

(32) De la diferencia de objeto en la locación de cosas y en la de obras, surge la diferencia más importante, que concierne “el incumplimiento de las prestaciones principales que en uno y otro contrato son respectivamente estipuladas”. Abello, Trattato della locazione, cit. p. 81. En el mismo sentido, Simoncelli, Trattato delle locazione dei predii urbani e rustici, Lanciano, 1892, p. 7.

mente en cuanto constituían variaciones del régimen, general en lo referente a la consignación, conversación y cultivo del fundo, así como al pago del precio.⁽³³⁾ El código no atribuía mayor relieve a la naturaleza productiva del fundo rústico, cuya explotación interesa a la comunidad entera, y no únicamente a las partes contratantes.⁽³⁴⁾ La diferencia entre la locación de fundos urbanos y la de fundos rústicos residía en la diversidad de fines que el goce de los bienes se propone, sin que esta diversidad indujera a diferencias de relieve en la estructura del contrato.⁽³⁵⁾

El código civil español de 1889 sigue los parámetros descritos del “code civil” tanto en materia de propiedad como de locación de la tierra. El artículo 348 define la propiedad como “el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas por las leyes”. El propósito del código español, al igual que el de los códigos francés de 1804 e italiano de 1865, fue el de liberar la propiedad de sus cargas feudales, y convertirla en instituto “libre e individual tan libre como el hombre”.⁽³⁶⁾

El régimen del arrendamiento, contenido en el título VI del libro IV del código, se divide en tres capítulos: el primero contiene disposiciones generales del arrendamiento “que puede ser de cosas o de obras o servicios” (artículo 1542); el segundo las normas comunes del arrendamiento de cosas (fincas rústicas y urbanas) y se divide en cuatro secciones (disposiciones generales, derechos y obligaciones del arrendador y del arrendatario, disposiciones especiales para los arrendamientos de predios rústicos y disposiciones especiales para el arrendamiento de predios urbanos). El capítulo III trata del arrendamiento de obras y servicios. La disciplina del arrendamiento de predios o fundos rústicos denota la misma despreocupación por el fenómeno productivo que hemos apuntado en los códigos francés e italiano. Tal despreocupación es patente cuan-

(33) Fubini, Il contratto di locazione di cose, Milano, 1917, ps. 27, 295, 422. Abello, Trattato, cit. Vol. II, ps. 236, 256, 278.

(34) Fubini, Il contratto, cit. p. 295 pone de relieve la gravedad de la violación contractual que asume la falta de uso del fundo rústico de parte del locatario, pues “l'inazione del conduttore porta alla stessa distruzione della cosa locata”, anticipando la corriente doctrinal que vendría a sentar las bases de la autonomía del arrendamiento de fundos rústicos respecto de la locación. V. Nº 6 infra.

(35) Abello, Trattato, cit. Vol. II, p. 9.

(36) Azcárate, ensayo sobre la historia del derecho de propiedad y su estado actual en Europa, Madrid, 1883, Tomo II, p. 259.

activa, del que el arrendamiento de fundos rústicos constituye una modalidad, frente al contrato de locación de cosas "é apparsa come un logico corollario del tempo moderno, nel quale predomina la concezione dinamica e sociale della proprietà, in contrasto con la concezione statica dell'abrogato codice".⁽⁴⁴⁾

La disciplina contemporánea del arrendamiento de fundos rústicos pone de relieve la coherencia que existe entre la legislación inculcística de la propiedad de la tierra, que regula los poderes y obligaciones del propietario en orden a la gestión productiva, y los negocios mediante los cuales el propietario (o el titular de un derecho real no goce) de la tierra concede a otros sujetos dicha gestión productiva.⁽⁴⁵⁾ La evolución de los regímenes jurídicos de la propiedad de la tierra y del contrato de locación en los derechos europeos ha significado una ruptura con el code civil, que ha llevado a "l'abolition de la predominance de la propriété de la terre et des batiments, remplacée, désormais, dans sa primauté, par la propriété de l'exploitation".⁽⁴⁶⁾ A regular y proteger la organización productiva del arrendatario, estableciendo relaciones que aseguren la continuidad en el cultivo del fondo, la equidad de las prestaciones de las partes y el incremento de la producción agrícola se dirige, como veremos, la disciplina del arrendamiento de fundos rústicos en el moderno derecho agrario europeo.

A la evolución del instituto de la propiedad de la tierra (Ver N° 5 infra), condicionada teleológicamente a la producción agrícola, corresponde en régimen de contratos agrarios la transformación de la autonomía negocial en autonomía funcional.⁽⁴⁷⁾ La obligación de cultivar la tierra en un modo determinado que pesa sobre el propietario,⁽⁴⁸⁾ viene asumida por quien, a través de un contrato de arren-

damiento, se convierte en titular del derecho de uso y goce sobre el fondo rústico.⁽⁴⁹⁾ La actividad de gestión del arrendatario sobre el fondo rústico es reconocida por el derecho agrario moderno, actividad empresarial, y la tutela de su organización productiva adquiere preeminencia frente al propietario no cultivador.⁽⁵⁰⁾

5.—La doctrina contemporánea ha puesto de relieve como no existe un solo régimen de propiedad (precisamente el regulado en los códigos del siglo XIX), sino más bien "las propiedades".⁽⁵¹⁾ Las diferencias entre los diversos regímenes de propiedad surgen tanto desde el punto de vista subjetivo, mediante la aparición de nuevas formas de propiedad común, desconocidas en los códigos del siglo XIX, como del punto de vista objetivo.⁽⁵²⁾ La importancia del perfil objetivo en la distinción de los distintos regímenes jurídicos de los bienes adquirió un carácter fundamental en la primera doctrina agrarista, que advirtió en el bien tierra un organismo productivo, capaz de constituir el criterio principal de la autonomía científica del derecho agrario.⁽⁵³⁾ A nivel de teoría general, ha dado incluso lugar a la formulación de una nueva sistemática del moderno derecho privado, elaborada partiendo precisamente del "objeto",

(49) La obligación de cultivar la tierra pesa no sólo sobre el propietario: "il nostro diritto positivo (se refiere al italiano, pero situación similar ocurre en otros derechos europeos), tende a garantire la coltivazione della terra, il suo impiego alla produzione, qualunque sia la situazione giuridica cui viene a travarsi il soggetto che abbia il diritto di godere di essa: proprietario, enfiteuta, usufruttuario, affittuario e così via". Pugliatti, Terra, azienda agricola e impresa agraria, cit. p. 314. V. también en Romagnoli, Dalla locazione all'affitto, —Appunti all' art. 1615 cod. civ., en Studi in onore di Gioacchino Seaduto, Padova 1969, p. 29, nota 76.

(50) V. de Juglart, Les metamorphoses du droit agrarie francais, en Riv. dir. agr. 1962, I, p. 50. V. también Bassanelli, Il lavoro come fonte della proprietà della terra, en Atti 1° Conv. Inter. Dir. Agr., cit., ps. 604 y sig.

(51) Pugliatti ha sistematizado, especialmente por cuanto respecta a la propiedad de la tierra, la particularidad del régimen jurídico de los bienes cuya gestión interesa a la comunidad. Ver el escrito La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera), en Atti del terzo congresso nazionale di diritto agrario, ps. 46 y sig. y ahora en el volumen La proprietà nel nuovo diritto, op. cit., ps. 145 y sig. Anteriormente a este escrito la doctrina agrarista había ya señalado cómo debían reconocerse en el ordenamiento diversos tipos de propiedad, "ognuno con propri aspetti caratteristici e' diverso dall'altro per l'oggetto che lo rilieva". V. Mazzoni, L'esercizio dell'impresa nell'ordinamento corporativo, en Atti del primo congresso nazionale di diritto agrario, Firenze 1935, p. 339. V. además Majorca, La terra, en Atti secondo congresso nazionale di diritto agrario, (Firenze 1938), Roma 1939, ps. 167 y sig.

(52) Pugliatti, La proprietà, op. cit. ps. 151 y sig.

(53) Ver esp. Bolla, Il fondo nei suoi aspetti giuridici, en Atti del primo congresso Naz. di dir. agr., Firenze 1935, ahora en el volumen, Scritti di diritto agrario, Milano, 1963, ps. 281 y sig.

(44) Tabet, Affitto (in generale), Noviss. dig. it, 1957, p. 381. El código derogado al cual se refiere este autor es el código italiano de 1865, cuyos caracteres en materia de propiedad de la tierra y locación de fundos rústicos hemos brevemente descrito al número 3 supra.

(45) V. Romagnoli, La disciplina della proprietà terriera e dell'impresa agraria con particolare riferimento al godimento indiretto dei fondi rustici nella legislazione italiana e in alcune legislazioni europeas, en Riv. dir. agr., 1960, I, p. 425.

(46) Savatier, L'expérience française du nouveau statut des baux ruraux, en Riv. dir. agr., 1956, I, p. 36.

(47) V. Romano (Salvatore), Sulla nozione di proprietà, en Atti della prima assemblea, dell'Int. di Dir. agr. inter. e camp. (Firenze, 4-8, abril, 1960), Milano, 1964, p. 640.

(48) V. Tortoreto, Note sull'obbligo di coltivare in modo determinato, en Riv. dir. agr., 1969, I, ps. 204 y sig., ps. 377 y sig., ps. 520 y sig.

en vista de su relevancia frente al "sujeto".⁽⁵⁴⁾ La tesis ha sido justamente criticada, pero mantiene su legitimidad en su integración con el perfil subjetivo,⁽⁵⁵⁾ operando a través de las normas que imponen determinadas obligaciones de gestión al titular de los bienes productivos.

El estudio de la propiedad de los bienes desde el punto de vista de su función económico-social,⁽⁵⁶⁾ se colega al estudio del régimen de goce sobre estos, desde que el goce constituye el aspecto esencial de la propiedad.⁽⁵⁷⁾ El bien jurídico se integra como una "sintesi fra il particolare interesse tutelato e la situazione soggettiva predisposta dell'ordinamento giuridico come strumento di tutela."⁽⁵⁸⁾ A las clasificaciones clásicas entre los bienes, en las que se distingue entre bienes susceptibles de utilización repetida y bienes que se consumen por el uso, y entre bienes fructíferos e infructíferos, se agrega la de bienes productivos y no productivos.⁽⁵⁹⁾ El origen de la categoría de bienes productivos se encuentra en el criterio de tutela de parte del ordenamiento de la finalidad típica de aquellos bienes, que por su aptitud mediata o inmediatamente frugífera, adquieren particular relevancia jurídica. El régimen de propiedad de los bienes productivos se caracteriza por la tutela jurídica de su utilidad funcional (Ver infra N° 6).

La moderna legislación europea de la propiedad de los bienes productivos, ha superado la concepción decimonónica de la pro-

(54) Nos referimos aquí a la tesis de Finzi, propuesta en su comunicación al Primo cong. cit. ps. 160 y sig. de las Atti, cit., según la cual "il sistema del diritto privato tende a dissolversi, ma soltanto per ricomporsi sopra un'altra base... essenzialmente oggettiva (...). Il diritto privato patrimoniale vuole essere l'ordinamento dei beni (la terra, la nave, l'azienda produttiva) nella cornice dell'interesse nazionale. I rapporti sono capovolti: non più i beni in funzione del soggetto, ma questo in funzione di quelli".

(55) V. Pugliatti, La proprietà, op. cit. p. 246, quien considera legítimo el punto de vista objetivo, "a condizione che rimanga legato e tacitamente riferito al reciproco punto dei vista soggetto, e lo inegri, lasciandosi integrare da esso."

(56) La relevancia de la función económico-social de los bienes tiene interés en punto a la estructura del derecho del propietario. Para el Vassalli, Per una definizione legislativa del diritto di proprietà, en Studi Giuridici, II, Roma, 1939, p. 368, "i poteri attribuiti al proprietario e in generale, la disciplina giuridica della proprietà sono diversi a seconda dei beni che oformano oggetto del diritto". V. también Sandulli, Spunti per lo studio dei beni privati di interesse pubblico, en el Il diritto dell'economia, 1956, I, ps. 163 y sig. Romagnoli, Circolazione giuridica del fondo rustico e controllo dei prezzi, Milano, 1966, ps. 163 y sig.

(57) Pugliatti, La definizione della proprietà nel nuovo codice civile, en el Vol. La proprietà, cit., ps. 133 y sig. V. también Carozza, I, miglioramenti delle cose, op. cit. ps. 70 y sig., 83 y sig.

(58) Pugliatti, Beni e cose in senso giuridico, Milano, 1960, p. 11. Ver también p. 16.

(59) Santoro-Passarelli, Dottrine generali del diritto civile, Napoli, 1954, p. 44, Messineo, Manuale di diritto civile e commerciale, Vol. I, Milano, 1957, N° 27, 5.

iedad como un derecho subjetivo cuyo ejercicio interesaba únicamente al propietario.⁽⁶⁰⁾ La evolución del derecho de propiedad de los bienes productivos se caracteriza por un debilitamiento del derecho subjetivo, por la disminución de la señoría del propietario. El ordenamiento interviene sobre la autonomía del titular de los bienes, tal como era concebida en los códigos del siglo XIX, "impedendo al soggetto di distruggere, mal amministrare, trascurare la sua proprietà, restringendo la libera trasmissibilità di beni importanti per l'economia nazionale, stimolando l'esercizio del diritto in modo conforme agli interessi della comunità".⁽⁶¹⁾

El proceso evolutivo histórico, sobre el que aquí no podemos detenernos,⁽⁶²⁾ comprende el abandono de la tutela de la propiedad como atributo del individuo para enmarcarlo en el más amplio del interés social. El proceso se cumple a través de la imposición de límites a la propiedad,⁽⁶³⁾ que conllevan a la modificación del derecho subjetivo, especialmente bajo la influencia de las doctrinas que señalan la finalidad instrumental del derecho subjetivo del propietario.⁽⁶⁴⁾ A la fijación de una finalidad típica del derecho de propiedad de los bienes de interés para la economía nacional, corresponde la fijación de límites en la teoría del abuso de derecho, que pone de relieve la posibilidad de controlar la desviación del ejercicio de la propiedad de su finalidad típica.⁽⁶⁵⁾ Son estas teorías

(60) Bolla, Della proprietà fondiaria agraria come situazione oggettiva e come istituzione tipica, ahora en Scritti giuridici, cit. 664 y sig. La evolución se demuestra a nivel de normas constitucionales, ver Galloni, Il diritto agrario nelle costituzione europee, en Riv. dir. agr. 1961, I, ps. 86 y sig.

(61) De Vita, La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea, Milano, 1969, p. 37.

(62) V. Rodata, Note critiche in tema di proprietà, en Riv. trim. dir. e proc. civ., 1960, II, ps. 1288 y sig. De Vita, op. ull. cit. ps. 35 y sig., 141 y sig.

(63) El sistema de límites constituye un estadio importante en la evolución del derecho de propiedad. Los límites surgieron originalmente de los conflictos entre individuos y entre éstos y el cuerpo social en relación al régimen de vecindad, servidumbres, expropiación por utilidad pública y explotación de fuentes de energía. Ver Charmont, Les transformations du droit civil, París, 1912, ps. 200-234; Iti, Del diritto civile al diritto agrario, cit. ps. 34-37.

(64) Especialmente relevante en la historia de los derechos europeos es la obra de Jhering, Zweck in recht (traducida al francés con el título L'evolution du droit, París, 1909). A la integración de los fines del individuo con los de la sociedad corresponde también la conocida tesis de Duguit sobre el propietario-funcionario, en Les transformations generales du droit privé depuis le code Napoléon, París, 1920.

(65) La teoría del abuso del derecho tiende a reprimir actos objetivamente lícitos, pero orientados a satisfacer un interés poco importante para el propietario, causando además perjuicios a los demás. V. Charmont, L'abus du droit, en Rev. trim. droit civ., 1909, p. 113, Romano (Salvatore), Abuso del diritto (diritto attuale) en Enc. del Dir. Vol. I, ps. 167-68.

que reintegran al individuo al cuerpo social, y representan una reacción (fundada en las nuevas necesidades económico-sociales que siguen al desarrollo técnico) al individualismo del "code civil", limitando el arbitrio del individuo en el uso y goce de sus bienes. La teoría del abuso de derecho no se limita a un criterio psicológico, sino que implica la consideración de criterios económico-sociales.⁽⁶⁶⁾ La autonomía del individuo se convierte en autonomía funcional, y el derecho de propiedad se convierte en una función económico-social.⁽⁶⁷⁾

Esta evolución, aquí apenas mencionada, del derecho de propiedad, es particularmente aguda por cuanto respecta al régimen de propiedad de la tierra. Si la disciplina de la propiedad en los códigos del siglo XIX tenía como centro principal de referencia la propiedad de la tierra, es la titularidad de la tierra la que fundamentalmente sufre la transformación operada. Como escribía Capograssi, "appare ora veramente in questa crisi della proprietà il valore atico di questo sforzo con cui l'umanità tenta di unirsi alla vita della terra... La terra costringe, per così dire, l'uomo al lavoro, non si da se non e penetrata con una costante sempre presente attività di trasformazione e creazione".⁽⁶⁸⁾ La tierra se coloca en un sistema de valores dominado por la teleología social, con la superación del individualismo como valor jurídico acogido en el "code Napoléon".⁽⁶⁹⁾

La propiedad fondiaria-agraria se delinea como una institución típica, valorizada particularmente por el ordenamiento en cuanto bien jurídico susceptible de un goce productivo, y destinado a

(66) La correlación entre el derecho subjetivo y su finalidad social separa definitivamente el derecho subjetivo de la esfera voluntarista del individuo para ubicarlo en el contexto de las necesidades económico-sociales de la comunidad. V. Jossierand, *Essais de teleologie juridique*, I. De l'esprit des droits et de leur relativité, Theorie dite de l'abus des droits, Paris, 1927, ps. 300 y sig. Ver también De Vita, op. cit. ps. 178 y sig.

(67) Para el concepto de función social de la propiedad de los bienes productivos de la extensa bibliografía ver esp. Rodata, *Note critiche in tema di proprietà*, cit., ps. 1290 y sig. Id., *Poteri dei privati e disciplina della proprietà*, en el Vol. *Il diritto privato nella società moderna*, cit., ps. 355 y sig., Costantino, *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967, ps. 26 y sig.

(68) *Agricoltura, diritto proprietà*, op. cit. p. 250.

(69) Asi Irti, *Del diritto civile al diritto agrario*, cit. p. 52, quien explica las innovaciones surgidas al interno del code civil como consecuencia de la floreciente actividad comercial, y traza paralelamente la historia jurídica de la tierra, que "non appare più un bene statico, ma una ricchezza da inserire nell'ampio orizzonte della produzione nazionale".

servir finalidades de utilidad común.⁽⁷⁰⁾ El ejercicio del poder de goce sobre la tierra es regulado en el derecho agrario moderno como fin legalmente típico, impuesto por el interés común a la riqueza (cuya utilidad es) común.⁽⁷¹⁾

La obligación del propietario de realizar una gestión productiva sobre su tierra pone de relieve el ligamen entre función y estructura del derecho de propiedad sobre esta.⁽⁷²⁾ Es particularmente importante señalar que "la funzione esclusivamente è idonea a fungere da criterio d'individuazione: essa infatti, da la regione genetica dello strumento, e la regione permanente del suo impiego, cioè la ragione d'essere (oltre a quella di esser stato)".⁽⁷³⁾ Sobre la base de la función económico-social de la tierra, el instituto de la propiedad agraria adquiere autonomía frente al genérico (del artículo 544 "code civil") instituto de la propiedad.⁽⁷⁴⁾

La disciplina moderna del bien tierra como bien productivo se caracteriza por la imposición de un fin de interés público al propietario, cuyo cumplimiento implica una condición a los fines de tutela del derecho subjetivo.⁽⁷⁵⁾ Este condicionamiento del derecho de propiedad ha llevado a algunos autores a considerar la propiedad de la tierra más un interés legítimo que un derecho subjetivo.⁽⁷⁶⁾

La propiedad privada de los bienes productivos, y particularmente del bien tierra, es reconocida y tutelada por el ordena-

(70) Bolla, *Della proprietà fondiaria*, op. cit. p. 669.

(71) Zaccaro, *Premesse ad uno studio sul potere discrezionale dell'imprenditore agricolo*, en *Atti del terzo cong. naz. di dir. agr.*, cit. Vol. II, p. 548.

(72) Pugliatti ha puesto de relieve cómo "la struttura e legata alla funzione, e reciprocamente: lo estudio separato dell'una o dell'altra, giustificato per ragioni pratiche, non si può spingere oltre un certo segno, ed ha sempre bisogno di integrazione". (*La proprietà e le proprietà*, cit., p. 300). Ver también nota 56 supra.

(73) Pugliatti, loc. ult. cit.

(74) Bolla, *La pianificazione in agricoltura strumento di stabilizzazione e d'armonizzazione dei sistemi normativi*, en *Riv. dir. agr.* 1967, I, p. 11. Ver también Pugliatti, *Lineamenti della proprietà agricola*, en el volumen *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., ps. 311 y sig.

(75) V. Finzi, *Riflessi privatistici della costituzione*, en *Comm. sistematico alla costituzione italiana*, dir. da Calamandrei e Zevi, Vol. I, ps. 33 y sig., quien señala como el nuevo orientamento "consiste nel porre uno scopo di diritto pubblico come condizione per la tutela del diritto privato, nel determinare una finalità che è tutta sublimata da un senso di superiore moralità sociale, al godimento ed alla conservazione di un diritto privato".

(76) Ver de último Barcellona, *Gli istituti fondamentali del diritto privato*, Napoli, 1971, ps. 164 y sig. La transformación había ya sido señalada por Pugliatti, *La proprietà e le proprietà*, cit. p. 283, y anteriormente por Landi, *Diritti ed interessi nella concessione di terre incolte ai contadini*, en *Riv. dir. agr.*, 1944-47, ps. 139 y sig.

miento únicamente cuando es propiedad activa.⁽⁷⁷⁾ Cuando la tierra no es cultivada, y más aún no es mejorada, la conducta omisiva del propietario constituye un incumplimiento a un deber jurídico típico, sancionado por las normas que protegen el interés de la comunidad al uso y goce del bien.⁽⁷⁸⁾ Este coligamento entre propiedad y trabajo productivo otorga una preeminencia al trabajo sobre la propiedad inactiva, reconociéndose que “il principio che la proprietà formale e totalmente garantita solo quando es sorretta dal lavoro”, es “principio prossimo all'altro, che il lavoro vince e conquista la proprietà inerte”.⁽⁷⁹⁾ Junto a la noción tradicional de la propiedad surge la de propiedad “culturale” atribuida como derecho a un sujeto capaz de realizar una actividad económica organizada a los fines de la producción agrícola.⁽⁸⁰⁾

Reconocida la tipicidad económico-social del bien tierra, el derecho regula coactivamente su utilización productiva, con lo que la propiedad se resuelve en actividad.⁽⁸¹⁾

El contrato de arrendamiento de fundos rústicos cumple una función instrumental respecto de la producción agrícola, permitiendo el uso y goce de la tierra al cultivador no propietario. La tutela del cultivador y de la organización productiva que surge del contrato (Ver N° 10 infra), explican las limitaciones a la autonomía contractual establecidas por la moderna legislación agraria. La intervención pública sobre la agricultura, tiende a favorecer la producción agrícola en el interés de la comunidad, modificando con frecuencia los esquemas contractuales tradicionalmente privatistas y estableciendo regímenes vinculantes en las relaciones entre propiedad y trabajo.⁽⁸²⁾

(77) Santoro-Passarelli, Proprietà e lavoro in agricoltura, Atti terzo cong. naz. dir. agr., cit., p. 913.

(78) Para el derecho español ver Ballarín, Nueva función social de la propiedad rústica, en Riv. dir. agr., 1972, I, ps. 45 y sig. Este escrito, que constituye una interpretación de la ley N° 27, 1, 1971 de 21 de julio, 1971, pone de relieve la modificación sustancial operada por la moderna legislación agraria española al régimen del código civil de 1889. V. N° 3 supra. Sobre esta ley, ver nuestro comentario a las Jornadas italo-españolas de derecho agrario, en Riv. dir. agr. 1973, II, p. 79. Bassanelli, Il lavoro come fonte della proprietà della terra, cit., p. 610.

(79) Bassanelli, Il lavoro come fonte della proprietà della terra, cit., p. 610.

(80) Viau, Revolution agricole et propriété foncière, Paris, 1962, ps. 13 y sig.

(81) Irti, Del diritto civile al diritto agrario, cit., ps. 34-55.

(82) V. Carrozza, La conversione legale del contratto privato como strumento d'intervento pubblico in agricoltura, en Atti della seconda assemblea (Firenze 1963), Vol. II, Milano.

6.—Paralelamente a la evolución del régimen de la propiedad de la tierra como bien productivo, la doctrina europea advirtió la necesidad y conveniencia de configurar el arrendamiento de cosa productiva, particularmente del fondo rústico, como contrato autónomo respecto de la locación.

Según la doctrina francesa que primero planteó la autonomía del arrendamiento de cosa productiva (bail á fermè), el elemento específico de la distinción entre ambos contratos “doit etre essentiellement puisé dans la nature de leur objet. Toutes les fois que celui-ci consiste en une exploitation, quelle qu'elle soit, il s'agit d'un bail á reme”.⁽⁸³⁾

En el arrendamiento de cosa productiva cual el fondo rústico,⁽⁸⁴⁾ la característica del contrato reside precisamente en “la nature intrinsique du bien affermé qui constitue l'element substantiel d'une exploitation”, entendiéndose por tal elemento, “celui qui, au moyen d'une mise en valeur appropriée, sera directement productif entre les mais du preneur”.⁽⁸⁵⁾

La autonomía del arrendamiento de cosa productiva respecto de la locación se presenta así fundada sobre la naturaleza del objeto material del contrato,⁽⁸⁶⁾ que determina la modalidad y el contenido del goce del arrendatario. La distinción entre ambos contratos desde el punto de vista del objeto y sus consiguientes efectos en la estructura del contrato, es vista como el triunfo del realismo frente al conceptualismo jurídico que produjo en los códigos del siglo XIX no sólo disciplina unitaria de la locación de cosas y la “locación”

1964, ps. 515 y sig. Este autor pone de relieve la utilización de los contratos agrarios como instrumento de planificación, especialmente de la enfiteusis y del arrendamiento. Para un análisis similar del derecho agrario español ver De los Mozos, La conversión de los contratos agrarios en el derecho español, en el volumen, Estudios de derecho agrario, Madrid, 1971, ps. 249 y sig.

(83) Voirin, La jouissance d'une exploitation envisagée comme critere du bail á ferme et comme principe de son autonomie, en Revue trim. de droit civ., 1930, p. 295.

(84) Para la doctrina citada, en la categoría de bienes productivos se incluyen, además del fondo rústico, ciertos contratos de edición (l'editeur est comprable a un fermier), ciertas licencias concedidas al titular de una patente de invención y fundamentalmente el arrendamiento “du fonds de commerce envisagée dans son element essentiel, la clientele”. (Voirin, cit. p. 298).

(85) Voirin, op. cit. p. 297.

(86) Por lo que respecta al objeto del contrato de arrendamiento de fundos rústicos se distingue entre objeto inmediato (el hecho mediante el cual el arrendador otorga al arrendatario el goce del fondo arrendado) y objeto mediato, o material, cual el fondo rústico. Sobre la distinción ver Carrara, I, contratti agrari, Torino, 1952, ps. 203-204.

de obras, sino que además estableció un régimen general para la locación de cosas, atribuyendo escasa importancia a la naturaleza de los bienes y a su función económico-social.⁽⁸⁷⁾

Las particularidades económicas del arrendamiento de cosa productiva son el principio de una autonomía jurídica, que se constata en la estructura de contrato.⁽⁸⁸⁾

Al arrendador de un bien productivo cual el fondo rústico le interesan en manera particular los caracteres personales y aptitudes técnicas del arrendatario, pues el bien productivo que es mal explotado o abandonado, se deteriora y se deprecia. La importancia de los caracteres personales y las aptitudes técnicas del arrendatario configuran el elemento "intuitus personae" del contrato,⁽⁸⁹⁾ y explica la posibilidad de su anulación por error en la persona.⁽⁹⁰⁾ Las características específicas del arrendatario del fondo rústico, de valorar en sede interpretativa, consisten en la experiencia, conocimiento y habilidad para las labores agrícolas a las que debe ser destinado el fondo.⁽⁹¹⁾ Particular relevancia adquiere en la agricultura moderna el conocimiento de las reglas técnicas imprescindibles en el cuidado de cultivos especiales.^{(92), (93)}

(87) V. Santoro-Passarelli, Locazione e affitto rustico, Atti del primo congresso nazionale di diritto agrario, cit. p. 406. Es importante señalar como la autonomía del arrendamiento de cosa productiva es, en sus inicios, creación de la doctrina. En el derecho italiano por ejemplo, la normativa del código del 1942 (artículos 1615 y sig.) toma sus bases fundamentales de este escrito. Ver también del mismo autor, Verso una nuova disciplina dell'affitto, en Memorie dell'Accademia di scienze, lettere ed arti di Padova, 1940-41, ahora en Saggi di diritto civile, Vol. II, Napoli, 1961.

(88) A continuación se señalan los aspectos principales del contrato tal como fueron delineados por la primera doctrina. La evolución es completada en el número 11 infra.

(89) Voirin, op. cit., p. 315. Se trata de cualidades del arrendatario cuya posesión haya podido constituir *conditio sine qua non* a su celebración, en una situación jurídica similar a la ocuriente en el contrato de trabajo. V. Mazzoni, Manuale di diritto del lavoro, Milano, 1971, p. 540.

(90) En esta hipótesis se trata del error-motivo, que hace anulable el contrato cuando reviste caracteres de esencialidad. V. Trabucchi, Errore, Noviss. Dig. it., Torino, 1968, p. 610.

(91) Carrara, op. cit. ps. 243-245.

(92) Bassanelli, Affitto di fondi rustici, Enc. del dir. N° 13, c., Milano, 1958.

(93) En la ley costarricense sobre el arrendamiento de fundos rústicos (ley 9 marzo, 1944, N° 58) especial importancia se concede a la persona del arrendatario, especialmente en los artículos 5 y 6. Según estos artículos, el solicitante a quien "injustificadamente se le impide arrendar tierras tiene el derecho de quejarse a las autoridades administrativas a fin de obligar al propietario a poner sus tierras en cultivo, "o sea a cultivarlas personalmente o a darlas de arrendamiento (artículo 1). Puede justificadamente el propietario denegar tierras a quienes

La importancia de la persona del arrendatario en el arrendamiento de un fundo rústico como cosa productiva adquiere mayores relieves en el régimen que regula la posibilidad de sustitución del contratante original. Las dos hipótesis de transmisibilidad del contrato *ex parte conductoris*,⁽⁹⁴⁾ la sucesión particular y aquella universal,⁽⁹⁵⁾ adquieren características propias respecto al régimen general de la locación de cosas. En la sucesión universal, verificada por muerte del arrendatario, "le droit au bail ne devrait pas davantage passer aux heritiers du fermier", dado que, "les heritiers ne succedent pas necessairement a la capacite professionnelle, ni aux qualites personnelles de leur auteur".⁽⁹⁶⁾ En la segunda hipótesis, la sucesión del arrendatario se verifica en los casos de subarriendo o cesión del contrato. Cualquiera sea el medio jurídico utilizado,⁽⁹⁷⁾ el resultado es el mismo: la sustitución de la persona del arrendatario. Caracterizándose el arrendamiento de cosa productiva por el goce activo del arrendatario, no puede prescindirse del contratante original, salvo que así expresamente lo consienta el arrendante.⁽⁹⁸⁾

El funcionamiento de la "explotación" en el "bail á ferme" impone diversas obligaciones especiales al arrendatario, inexistentes

hayan cometido delitos contra la propiedad y estén inscritos en los respectivos registros (artículo 6). Interesa aquí señalar la consideración especial a la persona del arrendatario, su legitimación al negocio en vista de los intereses de la agricultura.

(94) La transmisibilidad "ex parte locatoris" puede advenir por la cesión de parte del arrendante de su derecho de crédito frente al arrendatario o bien por efecto de la venta del fondo arrendado. La persona del arrendador sin embargo, no reviste la misma importancia en el tema que estamos tratando, desde que no está obligado a un positivo *facere*. V. Carrara, op. cit. p. 195, Bassanelli, Affitto di fondi rustici, cit. p. 778.

(95) Sobre la distinción entre ambos tipos de sucesión en el contrato, v. Carrara, op. cit. ps. 186 y sig.

(96) Voirin, op. cit. p. 315. En el mismo sentido Santoro-Passarelli, Locazione e affitto rustico, cit. p. 412, quien ante la muerte del arrendatario considera que debería reconocerse al arrendador el derecho de declarar resuelto el contrato.

(97) La cesión del arrendamiento se opera mediante la alineación a un tercero del derecho del arrendatario, mientras que el subarriendo configura un arrendamiento hecho por el arrendatario en calidad de concedente. V. Simoncelli, La sublocazione e la cessione dell'affitto, en Archivio giuridico, XLIX, 1892, ps. 269 y sig. Messineo, Contratto in genere, II, Milano, 1972, p. 44, N° 19. En la cesión de contrato el cedente deviene efectivo arrendante, con las mismas obligaciones que correspondían al arrendante original. En el subarriendo, por el contrario, no ocurre una sustitución de sujetos frente al arrendante. El arrendatario sigue siendo el contratante original, manteniéndose inalterada la relación con el arrendante. Los efectos resultantes de la utilización de uno u otro medio jurídico son diversos en punto a las relaciones entre el arrendador y el arrendatario originales, el arrendatario y el subarrendatario o cesionario, el arrendador original y el subarrendador o cesionario y el subarrendante o cesionario y los terceros. Para una consideración detallada de la cuestión, ver Carrara, op. cit. ps. 189 y sig.

(98) Santoro-Passarelli, op. y loc. ult. cit.

en el contrato de locación. Así por ejemplo la obligación de explotar, de no abandonar el cultivo del fondo rústico. Recuérdese lo dicho al número anterior sobre la obligación del propietario o del titular del goce sobre el fondo de realizar una gestión activa sobre este. Aquí se trata de una interacción entre el régimen de propiedad de la tierra y su arrendamiento como cosa productiva. La obligación de explotar del arrendatario, "trouve sa raison d'être dans des données économiques. Une exploitation abandonnée ou interrompue, c'est un bien patrimonial qui se déprécie".⁽⁹⁹⁾

Visto que la actividad dirigida a la producción de la cosa (fondo) es característica de este contrato, el arrendatario tiene el deber de mantenerla en buen estado de productividad. De la responsabilidad personal del arrendatario al cultivo del fondo, la doctrina que estamos comentando deriva la conveniencia de atribuir a este la facultad de establecer los modos y métodos de cultivo.⁽¹⁰⁰⁾

A las facultades de dirección del cultivo, va conexas como corolario la cuestión, siempre viva, de los resarcimientos al arrendatario por las mejoras hechas en el fondo durante el transcurso del arrendamiento. La indemnización al arrendatario por sus mejoras sobre el fondo es un problema que en línea de principio encuentra solución a nivel de política jurídica, e interesa en punto a las necesidades productivas en agricultura.⁽¹⁰¹⁾

La indemnización al arrendatario por sus mejoras, en los límites y con las modalidades que el derecho positivo reconoce, debe complementarse con una duración mínima al contrato, establecida esta legislativamente. El contrato de arrendamiento de fundos rústicos no puede tener una duración indeterminada, remitida a la pura voluntad de las partes, no sólo debido al ritmo natural de los cultivos agrícolas, sino también por su relación correlativa con las mejoras del arrendatario. Las mejoras tendientes al aumento de la

(99) Voirin, op. cit. p. 318.

(100) Santoro-Pasarrelli, op. ult. cit. p. 416. Voirin, op. ult. cit. p. 321.

(101) Sobre la naturaleza jurídica de la facultad de mejorar, en el cuadro complejo del acto de mejora, ver el notable escrito de Carrozza, I, miglioramenti delle cose, nella teoria generale e nei rapporti agrari, Milano, 1965, Vol. I, ps. 76 y sig. El carácter económico-político de la cuestión fue puesta de relieve por Funaoli, Teoria dei miglioramenti fondiari, Siena, 1921, p. 89, quien observaba como la doctrina italiana del código italiano del 1865 hacia esfuerzos por garantizar al arrendatario la indemnización por sus mejoras "schivando con cura ogni contraria decisione che per puro diritto potrebbe prendersi al riguardo".

productividad del fondo, "exige des travaux et des frais dont le rendement n'est pas immédiat".⁽¹⁰²⁾ Si al arrendatario no le es garantizado un período suficiente de disfrute de sus mejoras, no tendrá ningún estímulo a realizarlas, lo que significa un perjuicio no sólo para el arrendante, sino también para la colectividad, interesada en un incremento de la producción agrícola.

El precio del arrendamiento, que en la actualidad legislativa y doctrinaria europea constituye uno de los aspectos más discutidos del contrato, (Ver N° 1 infra), debe ser visto como correspectivo (a nivel de causa) del *ius fruendi* del arrendatario, de manera que "loraqu'une force majeure met le fermier dans l'impossibilité de recueillir les fruits attendus, il a droit à une réduction du prix convenu".⁽¹⁰³⁾ La cuestión interesa en punto a la vigencia entera del contrato, desde que, como se admite modernamente, puede advenir una rescisión por lesión cuando el precio del arrendamiento no corresponda al valor de goce del fondo.⁽¹⁰⁴⁾ La autonomía del contrato de arrendamiento de fundos rústicos surge, como hemos repetidamente observado, en el marco más amplio del arrendamiento de cosa productiva. Conviene por lo tanto, antes de estudiar el fundo rústico como objeto material del contrato, hacer una breve referencia al concepto de cosa productiva en el moderno derecho europeo.

La noción de cosa productiva ha alcanzado mayores caracteres distintivos en el actual derecho italiano, en el esfuerzo de la doctrina por precisar el concepto de "affitto" del artículo 1615 del código civil de 1942.⁽¹⁰⁵⁾ Para la doctrina más reciente, el concepto de cosa productiva no comprende únicamente aquellas cosas o *universitantes* aptas para producir bienes mediante la transformación de materias primas o semielaboradas, tales como los establecimien-

(102) Voirin, op. cit. p. 327.

(103) Voirin, op. cit. ps. 324-325.

(104) Carrara, op. cit. ps. 214 y sig. El código Napoleón, acogiendo el criterio del Pothier, llegaba a una solución diversa, con base en las diferencias entre venta y locación. Si en la venta se admite la rescisión únicamente para los inmuebles, se decía con criterio poco convincente, no debe admitirse en la locación, desde que la lesión cae sobre los frutos, que jurídicamente son bienes muebles. Louage, cit. N° 36.

(105) El artículo dispone: "Quando la locazione ha per oggetto il godimento di una cosa produttiva, mobile o immobile, l'affittuario deve curarne la gestione in conformita della destinazione economica della cosa e dell'interesse della produzione. A lui spettano i frutti e le altre utilita della cosa".

tos industriales, "ma anche cosa detate di una producttività naturale che viene governata, incrementata, valorizzata dall'opera dell'uomo, como i fondi rustici, oppure atte a produrre energie o genericamente servizi".⁽¹⁰⁶⁾ En línea de principio, cosa productiva es "ciò che dá utilitá di qualsiasi genere idonea a procurare la soddisfazione di un bisogno, non ciò che serve a procacciare direttamente tale soddisfazione".⁽¹⁰⁷⁾

La caracterización de cosa productiva como objeto material del contrato de arrendamiento es así complementada por la actividad del hombre (perfil subjetivo) dirigida a aprovechar productivamente la aptitud frugífera del bien. La actividad del arrendatario en el ejercicio de su facultad de goce tiene efectos relevantes a nivel de la función típica (causa) del arrendamiento, y para lo que aquí mayormente interesa, del arrendamiento de fundos rústicos, como se verá poco más adelante (Nº 8).

7.—La disciplina particular del fundo rústico como objeto material del contrato de arrendamiento se integra con el régimen jurídico de la propiedad de la tierra, que como hemos visto impone deberes de gestión productiva al propietario o al titular del derecho de goce directo sobre el bien.

Mediante el arrendamiento de fundos rústicos puede cederse únicamente el fondo o bien este conjuntamente con una organización de bienes más o menos compleja, definida precisamente como "organizzazione concentrica" en cuanto gravita en torno a la tierra.⁽¹⁰⁸⁾

El contrato de arrendamiento de fundos rústicos es considerado contrato agrario, como se verá más adelante (Nº 10 infra), en cuanto constituye el medio jurídico apto a los fines de la constitución del complejo material de bienes con base en los cuales el futuro cultivador realizará, en un momento posterior y en cumplimiento

(106) V. Romagnoli, Dalla locazione all'affitto, appunti sull'art. 1615 cod. civ., cit., p. 13.

(107) Fragali, Affitto, Enc. del dir., p. 734.

(108) Nos referimos aquí al concepto de "azienda" (derecho italiano) y de "exploitation-bien" (derecho francés). La definición citada es de Pugliatti, Terra, azienda agricola e impresa agricola, cit. p. 314. Sobre esta categoría jurídica en el derecho agrario comparado ver los varios escritos recogidos en las Acti del 1º conv. internaz. di dir. agr., cit.; Romagnoli, Aspetti dell'unia aziendale in agricoltura, Milano, 1957; Salas y Barahona, Derecho Agrario, Costa Rica, 1973, ps. 22 y sig.

de un deber jurídico, su actividad productiva, clasificada como gestión empresarial en agricultura.⁽¹⁰⁹⁾

Aquí trataremos de precisar el concepto de fundo rústico como objeto material del contrato, con la advertencia, señalada por autorizada doctrina, que al arrendamiento de fundos rústicos le son aplicables las normas reguladoras del así llamado "affitto di azienda" en el derecho italiano.⁽¹¹⁰⁾

El principio delimitante del fundo rústico como objeto material del contrato en estudio resulta de la actividad productiva agraria que debe realizar el arrendatario, no de su ubicación en el llamado "campo" (concepto demasiado impreciso) o de su clasificación en un determinado registro.⁽¹¹¹⁾

A los fines de la identificación del arrendamiento de fundos rústicos como contrato autónomo respecto de la locación desde el punto de vista de su objeto material, el moderno derecho europeo, y particularmente el derecho agrario italiano,⁽¹¹²⁾ ha puesto de relieve los siguientes elementos calificativos del fondo rústico (que así califican la *fattispecie* contractual:⁽¹¹³⁾

a) El fundo rústico puede estar o no en producción al momento de celebración del contrato, lo que interesa es que el fondo sea dado en arrendamiento a los fines de la producción agrícola. La cesión contractual de un terreno inculto del que se concede el goce a los fines de la apropiación de los frutos espontáneamente pro-

(109) Además de los autores citados al Nº 10 infra, ver Carrozza, Il controllo fondiario-agrario integrale, en Gli istituti del diritto agrario, Vol. II, Milano, 1970, ps. 195 y sig.

(110) Bassanelli, Affitto di fondi rustici, cit. Nº 4. El arrendamiento de "azienda" constituye sin embargo una categoría más general, dentro de la cual el arrendamiento de fondos rústicos adquiere caracteres específicos, derivados de la tipicidad propia del fundo. V. Galloni, Premesse ad una nozione autonoma di affitto, cit. I, ps. 441-444.

(111) Carrozza, op. ult. cit., p. 201. Ver nota siguiente.

(112) Aquí transcribimos la enseñanza de la jurisprudencia italiana siguiendo la sistemática del Bassanelli, Affitto di fondo rustico, cit. Nº 3.

(113) Se explica la importancia de individualizar la *fattispecie* típica del arrendamiento de fundos rústicos en vista de la normativa especial de este contrato, que establece obligaciones específicas en algunos casos onerosas para las partes. El concepto técnico de *fattispecie* es de difícil traducción al idioma español, admitiendo diversas acepciones aún en el derecho italiano del que es originario. En términos generales puede decirse que la *fattispecie* constituye la situación típica que la norma abstractamente prevee, califica como relevante, y convierte en generadora de determinados efectos jurídicos. Ver Maiosca Fatto giuridico, *Fattispecie*, en Noviss. Dig. it., Vol. VII, Torino, 1961, p. 113. Carrozza, I, miglioramenti delle cose, op. cit., ps. 1-6.

ducidos por el fondo, no entra en el ámbito de la función típica del contrato de arrendamiento de fundos rústicos, y puede por lo tanto estar sujeta a las normas generales de la locación de cosas.⁽¹¹⁴⁾

(b) La destinación al cultivo debe ser dirigida a la producción de frutos como resultado patrimonialmente valorable. Ello excluye de la normativa del arrendamiento de fundos rústicos como contrato típico la cesión de un fondo para ser dedicado al cultivo con fines diversos (por ejemplo para la experimentación científica).

(c) No ocurre calificar el cultivo sobre el fondo respecto de los frutos cultivados, ni tampoco por el hecho de que el goce concedido sobre el fondo comprenda únicamente algunos cultivos en vez de la totalidad del fondo.⁽¹¹⁵⁾

(d) En la hipótesis en que un fondo sea dado en arrendamiento a los fines específicos del ejercicio de las actividades de caza o de constitución de un vivero de peces, para su explotación económica, tal contrato no es considerado arrendamiento de fundos rústicos, pues es supuesto constitutivo de este la destinación del fondo a actividades productivas de cultivo. Distinta obviamente es la cuestión referente a si el derecho de goce concedido en el arrendamiento incluya el derecho de caza y pesca, que en realidad sólo puede ser resuelta mediante el examen combinado de la legislación y el contenido del contrato.⁽¹¹⁶⁾

(e) El arrendamiento de un predio con ganados se rige por la normativa específica del arrendamiento de fundos rústicos cuando los ganados cumplen una función instrumental respecto al cultivo del fondo o bien dependen prevalentemente para su nutrición de la producción agrícola del fondo. Lo esencial en esta hipótesis, como en las anteriormente consideradas, es la destinación del fondo a la actividad productiva agrícola mediante el cultivo.⁽¹¹⁷⁾

(f) Por cuanto se refiere a la aplicación de la disciplina autónoma del arrendamiento de fundos rústicos desde el punto de vista de la extensión del fondo, este comprende no sólo la superficie de la tierra considerada en el contrato sino también el subsuelo y el espacio superior en cuanto puedan ser útiles a los fines del ejercicio de la actividad productiva agrícola.⁽¹¹⁸⁾ En el caso en que existan edificios sobre el fondo que no sean instrumentalmente útiles a la actividad productiva agrícola, no existe en línea de principio dificultad en regular el goce del fondo mediante el régimen del arrendamiento de fundos rústicos, y el uso de los edificios mediante el régimen de la locación urbana, "anche se le parti avessero considerato il contratto come un tutto unitario con pluralita di oggetti".⁽¹¹⁹⁾

8.—Hemos ya señalado que la gestión productiva del arrendatario califica el contrato de arrendamiento respecto de la locación. Corresponde ahora investigar precisamente los efectos relevantes de la actividad del arrendatario en el ejercicio de su derecho de goce a nivel de función típica (causa) del contrato de arrendamiento.

La investigación se centra sobre el artículo 1615 del código civil italiano del 1942 en relación con el cual la moderna doctrina italiana, como ha sido descrito en el número anterior, ha elaborado el concepto de cosa productiva. Penetrando en el contenido de este

(117) La actividad de cría de ganados por otra parte es actividad típicamente agraria, aun cuando en la hipótesis considerada la cesión del fondo no sea clasificada como arrendamiento de fundos rústicos a efectos de la aplicación de la normativa específica. Sobre la cría de ganados como actividad agraria y en interpretación del artículo 2135 del cod. civ. it. ver Bassanelli, *Dell'impresa agricola*, en *Comm. al cod. civ.*, al cuidado de Scialoja e Branca, libro V, Bologna, 1943, ps. 455 y sig., Germanó, *Sulla natura agraria dell'allevamento del bestiame*, en *Giur. agr. it.*, 1967, p. 223.

(118) Ver Carrara, *op. ult. cit.*, ps. 204-205.

(119) Bassanelli, *Affitto di fondo rustico*, cit. p. 763.

(114) La aplicabilidad de las normas de la locación deriva de la modalidad esencialmente improductiva en esta hipótesis del goce del arrendatario. Recuérdese que es elemento distintivo del arrendamiento respecto de la locación, además del objeto material del contrato, la gestión productiva del arrendatario. Ver Nº 8 y 9 *infra*.

(115) El tipo de productos cultivados sobre el fondo parece por el contrario tener importancia en el derecho agrario costarricense, en cuanto la normativa especial del arrendamiento de fundos rústicos tiene como finalidad específica el incremento la producción de artículos agrícolas necesarios para el consumo nacional (artículo 1, ley 9 de marzo de 1944, número 58). La disposición sin embargo, siendo específica no es taxativa. De otra parte, el mismo artículo 1 de esta ley establece que mientras no exista suficiente producción nacional de productos agrícolas necesarios para la alimentación popular (*sic*), será considerado contrario al interés público el mantener inculca la tierra y el cobro de un alto precio por su uso. El interés público al cultivo de la tierra y la justa distribución de su producto han sido confirmados por la ley de 14 de octubre de 1961, número 2825 (con varias reformas), artículos 1; inc. 1, y 144 entre otros. Ver Salas y Barahona, *Derecho agrario*, cit. ps. 71 y sig. La aplicación de la ley del 1944, principal reguladora del arrendamiento de fundos rústicos en el derecho agrario costarricense, encuentra sin embargo otros obstáculos, no ya en relación con su vigencia jurídico-formal, sino en sede administrativa y jurisdiccional, por la inexistencia de los medios materiales y jurídicos necesarios para su aplicación, mencionados y descritos en los artículos 2, 3, 7, 11, 14, 18, y 21.

(116) Ver Carrara, *I contratti agrari*, cit., p. 207.

artículo se aprecia como la modalidad de gestión del arrendatario complementa la naturaleza de cosa productiva del bien objeto del "affitto". Se trata de una complementación paralela a la ocurrente en el ámbito del derecho de propiedad, adonde el objeto productivo genera obligaciones de gestión de parte del sujeto titular del derecho de goce sobre el bien.⁽¹²⁰⁾

En materia de arrendamiento, la distinción entre cosa productiva y cosa no productiva, "si e fatta a seconda che il godimento di essa non essige la attivita del conduttore o consiste nell'adibirle a scopo produttivo".⁽¹²¹⁾

Constituyendo la modalidad de ejercicio del derecho de goce del arrendatario un elemento diferenciado del arrendamiento de cosa productiva respecto de la locación en general, es de mucho interés definir la relevancia de esta gestión activa al interno de la función típica del contrato (como negocio jurídico).⁽¹²²⁾ Definir, en otras palabras, si el deber jurídico de una gestión activa de parte del arrendatario resulta ser uno de los *essentialia negotii* del contrato de arrendamiento (y del arrendamiento de fundos rústicos en particular), con lo que asumiría relevancia a nivel de causa del negocio.⁽¹²³⁾ La cuestión se integra en el marco dogmático de la

(120) La cuestión evidentemente se resuelve en el ámbito de la teoría general del derecho. Recuérdese la tesis de Finzi sobre la orientación objetiva del derecho privado mencionada en nota 54 supra, a la que corresponden las siguientes palabras del Pugliatti: "La disciplina giuridica avrà sempre come fulcro gli uomini e la loro attività, e al più potrà orientare immediatamente verso i bini, per considerazioni di ordine pratico, le quali sono sempre legate alle necessita e alle attività degli uomini, isolati o aggruppati". La proprietà e le proprietà, cit. p. 246.

(121) La cita corresponde a la Relazione del Guardasigilli al código civil de 1942, número 867. El goce de las cosas productivas, "costituisce nel tempo stesso oggetto di un diritto e oggetto di un diritto e oggetto di un dovere, il dovere e posto non solo verso il locatore ma anche verso la collettività interessata a che le cose produttive diano frutti al massimo grado".

(122) La causa, a nivel de teoría general, es elemento de la categoría más amplia del negocio jurídico, a la que pertenece el contrato. La teoría general del negocio jurídico, manteniendo su validez a los fines de la conceptualización lógico-formal de la dogmática jurídica, es de otra parte insuficiente (ni pretende suficiencia) frente a las exigencias concretas de la vida social, en la que el arrendamiento de cosa productiva cumple una función económica diversa de la locación de cosas tal como era regulada en los códigos del siglo XIX.

Sobre el carácter de "estructura neutra" del negocio jurídico ("la costruzione di un concetto generale di negozio giuridico spostava l'attenzione della concretezza delle specifiche operazioni economiche ad una categoria puramente formale") ver Rodotà, introducción a la parte IV del volumen II diritto privato nella società moderna, cit. p. 205. Sobre el método de construcción de conceptos en la pandectística alemana, de adonde es originario el "concepto" de negocio jurídico, ver Larenz, Storia del metodo nella scienza giuridica, (trad. it. de Ventura), Milano, 1966, ps. 19 y sigs.

(123) Para el Betti, Voz Causa, en Noviss. Dig. it., "essenziali sono appunto gli elementi necessari a costituire un negozio di quel determinato tipo che si considera, cioè tali che senza

costrucción de una teoría del arrendamiento de cosa productiva como contrato autónomo, cuyas consecuencias prácticas se extienden a calificar específicamente las obligaciones del arrendatario en el contrato.⁽¹²⁴⁾

Una sentencia de la Corte de Casación italiana precisa en los siguientes términos "il nucleo fondamentale della nozione del contratto di affitto", disponiendo que "consiste nello spostamento della fase dinamica della produzione de un soggetto (locatore) ad un altro (affittuario)".⁽¹²⁵⁾ La doctrina encuentra en esta sentencia un reconocimiento a la disciplina diferenciada de los bienes, que especialmente en materia agraria, determina el colegamiento de la propiedad activa con la empresa.⁽¹²⁶⁾

La obligación de la gestión productiva que debe realizar el propietario impone a este el deber, en los casos en que no ejerza directamente el goce sobre el bien, de controlar su utilización productiva en manos del arrendatario.⁽¹²⁷⁾ La obligación del arrendatario de realizar una gestión productiva adquiere relieve no sólo frente al propietario,⁽¹²⁸⁾ sino también frente al interés de la colectividad, que exige del arrendatario un comportamiento similar en el uso del bien al que debe realizar el titular de la propiedad.⁽¹²⁹⁾ El deber del arrendatario de realizar una gestión productiva, que

di essi un negozio di que quel tipo non potrebbe sussistere". De otra parte, "la causa o regione del negozio s'identifica con la funzione economico-sociale del negozio intero... nella sintesi dei suoi elementi essenziali, como totalità e unità funzionale in cui si esplica l'autonomia privata" (Nº 1 y 2, Vol. II, Torino, 1963, p. 35). Ver también Pugliatti, Precisioni in tema di causa del negozio giuridico, en Diritto civile, metodo, teoria, pratica, Milano, 1951, ps. 105 y sig. Ver Nº 10 infra.

(124) Así fue puesto de relieve por la doctrina citada al Nº 6 supra, ver notas 83 y 87.

(125) Cass. 6 de Marzo de 1961, Nº 522 (en Foro it. 1961, I, p. 1043).

(126) V. Romagnoli, Dalla locazione all'affitto, cit. p. 27. Según Nicolini, Diritto agrario, Parma 1972, p. 122, "la fattispecie negoziale (del arrendamiento de fundos rústicos) é individuata e circoscritta della destinazione del fondo alla produzione".

(127) V. Germani, Disciplina della produzione e della vendita in agricoltura, en Atti 1º Conv. naz. di dir. agr. cit. p. 530.

(128) Respecto del propietario tiene categoría de obligación contractual, en cuanto satisface su interés a la valorización del bien. V. Voirin, La jouissance, cit. p. 319. El valor patrimonial de la obligación y la determinación del sujeto titular en la persona del arrendador, configuran la obligación como obligación contractual. V. Giorgianni, voz, Obbligazione (diritto privato), en Noviss. Dig. it., Cap. I, ps. 584 y sig.

(129) V. Finzi, Diritto di proprietà e disciplina della produzione, cit. p. 167. Pugliatti, Terra, Azienda agricola e impresa agricola, cit. p. 313.

se deriva de la estructura del contrato, permite concluir que "l'inserimento della cosa produttiva locata nella gestione produttiva posta in essere dall'affittuario, ha una precisa rilevanza causale".⁽¹³⁰⁾

Lo anterior permite afirmar que características propias del arrendamiento de cosa productiva (de su *fattispecie*), incluyendo el arrendamiento de fundos rústicos, son no únicamente la naturaleza productiva de la cosa arrendada, sino también el deber jurídico típico a cargo del arrendatario de realizar la gestión productiva correspondiente.

Resultado de esta conclusión, con importancia práctica, es la tutela del interés de la colectividad, además de aquel del propietario, a la gestión productiva de los recursos económicos fundamentales, cual especialmente la tierra. La relevancia de la gestión del arrendatario es valorable en sede interpretativa, adonde los conflictos de intereses entre las partes vienen resueltos en vista de la función económico-social del instituto.⁽¹³¹⁾

El arrendamiento de fundos rústicos se distingue de la categoría más amplia del arrendamiento de cosa productiva en base a elementos característicos del fundo rústico que se relacionan con la actividad de goce sobre el fondo, tales como la fijeza del ciclo de producción, el interés social a las iniciativas del arrendatario encaminadas a la obtención de una mayor productividad agrícola, el riesgo del cultivo y el régimen de los demás bienes instrumentales en agricultura.⁽¹³²⁾

9.—El contenido del derecho de goce del arrendatario de fundos rústicos, según la destinación típica del fondo específicamente caracterizada a los fines de la producción agrícola, consiste precisamente en el ejercicio de la actividad de gestión apta para estos fines.⁽¹³³⁾ El goce se dirige a la obtención de frutos agrícolas, tanto de aquellos productos del cultivo como de los que surjan espontáneamente del fundo, siéndole por el contrario negada al arren-

(130) Así Romagnoli. Della locazione, op. ult. cit. p. 30, quien se refiere al concepto de *causa* formulado por Betti, Teoría general del negocio jurídico, Torino, 1960, p. 183. Ver nota 122, supra.

(131) Betti, Interpretazione della legge e degli atti giuridici, Milano, 1971, p. 292.

(132) Bassanelli, Affitto di fondo rustico, op. cit. p. 763.

(133) Bassanelli, Affitto di fondi rustici, cit. p. 765. V. supra Nº 7.

datario, en virtud de la prohibición de subarriendo y cesión del contrato, la posibilidad de percibir frutos civiles.⁽¹³⁴⁾

Desde que el arrendatario tiene un poder directo sobre el fundo,⁽¹³⁵⁾ obtiene los frutos del fundo directamente, siendo su derecho de goce de una amplitud suficiente a extenderse a todas las utilidades que el fundo puede dar.⁽¹³⁶⁾ Los límites genéricos del goce del arrendatario derivan de la categoría unitaria, desde el punto de vista de la estructura, del goce sobre cosa ajena.⁽¹³⁷⁾ Característica esencial del goce es la posibilidad de un sujeto de utilizar en modo autónomo el bien, como fuente directa de utilidad o como instrumento inmediato para la obtención de beneficios.⁽¹³⁸⁾ La actividad de goce se clasifica en *uti* y *frui*: el primero consiste en el servirse de la cosa como objeto directo de goce, el segundo en la utilización de la cosa como instrumento apto para la satisfacción de necesidades económicas.⁽¹³⁹⁾ La amplitud de la esfera del goce del arrendatario puede ser idéntica a la atribuida al usufructuario, superándose así la distinción entre la estructura de los derechos reales o personales de goce sobre cosa ajena.⁽¹⁴⁰⁾

(134) Bassanelli, loc. ult. cit. Sobre la prohibición de subarriendo y de cesión del arrendatario de fundos rústicos ver Nº 6 supra. De otra parte, ha sido puesto de relieve cómo el llamado goce indirecto, que se limita a la percepción de los "frutos civiles" es un goce impropio según el contenido técnico del goce, que implica la utilización inmediata de un bien, realizada por un sujeto en modo autónomo, en ejercicio de su propio derecho y a su propio beneficio. V. Carrozza, I miglioramenti delle cose, cit. ps. 72 y sig. Ver la observación en nota 140 infra.

(135) Giorgianni, Contributo alla teoria di diritti di godimento su cosa altrui, Milano, 1940, p. 187. Bassanelli, Affitto di fondo rustico, cit. p. 765.

(136) Bassanelli, Il lavoro come fonte della proprietà della terra, op. cit. ps. 604-605.

(137) Giorgianni, op. ult. cit. Ver ps. 33 y sig. para la clasificación (en tres categorías), del uso sobre cosa ajena desde el punto de vista *cuantitativo*.

(138) Natoli, Il conflitto dei diritti e l'articolo 1380 del codice civile, Milano, 1950, ps. 107-109.

(139) Venezian, Dell-usufrutto, dell'uso e dell'abitazione, Napoli-Torino, 1931-35, Vol. I, ps. 83 y sig.

(140) Bassanelli, Affitto di fondo rustico, cit. p. 766. Es conveniente, sin embargo, aclarar que diferencias relevantes en la estructura de la relación (real o personal) que tiene por objeto el goce sobre cosa ajena, surgen adonde se considere que en el arrendamiento tal estructura es primordialmente obligacional. En otras palabras, si se parte del criterio que en el usufructo no existe una obligación correlativa al derecho del usufructuario, mientras que en el arrendamiento el poder de goce del arrendatario tiene como correlativo la obligación del arrendante, sea esta obligación concebida como una obligación negativa de permitir el goce del arrendatario, o bien como obligación positiva de prestar al arrendatario el goce de la cosa *quotidie et singulis momentis*. Sobre ambas tesis ver Giorgianni, op. ult. cit. ps. 109 y sigs. La moderna doctrina sin embargo, tiende a reconocer al derecho del arrendatario de fundos rústicos una naturaleza real. V. citas 24 y 28 supra.

Mediante el contrato de arrendamiento de fundos rústicos se atribuyen al arrendatario una serie de poderes jurídicos que lo distinguen definitivamente de la locación.⁽¹⁴¹⁾ El goce del arrendatario es sustancialmente mayor al del locatario: este puede utilizar la cosa directa o indirectamente (a través de la sublocación o cesión del contrato), pero no tiene la misma libertad de disponer de la cosa concedida al arrendatario.⁽¹⁴²⁾ Al arrendatario se le reconocen todos los aspectos del goce (uti y frui), y desarrolla su actividad productiva con un amplio margen de libertad, incluyendo las facultades de realizar todas las obras necesarias dirigidas a la conservación e incremento de la producción agrícola, así como la escogencia de los factores productivos pertinentes.⁽¹⁴³⁾

Las nuevas legislaciones europeas, como por ejemplo la italiana, permiten al arrendatario de fundos rústicos "prendere tutte le iniziative di organizzazione e di gestione richieste dalla razionale coltivazione del fondo, dagli allevamenti di animali o dall'esercizio delle attività connesse".⁽¹⁴⁴⁾ El ejercicio de la actividad productiva del arrendatario sobre el fundo rústico es así valorada idéntica a la que desarrolla el empresario agrícola, y encuentra sus propios límites en el ámbito de los poderes y deberes que a este último el ordenamiento concede e impone.⁽¹⁴⁵⁾

10.—Hemos ya examinado (Nº 8 supra) como la gestión productiva del arrendatario adquiere relevancia causal en el arrendamiento de fundos rústicos y constituye elemento distintivo de este contrato respecto de la locación. El arrendamiento de fundos rústicos es estipulado a los fines, jurídicamente previstos en el esquema del contrato, de crear y regular una organización productiva.

(141) En la locación, por el contrario, el contrato comporta la cesión de precisos derechos subjetivos. Ver Galloni, *Premesse ad una nozione autonoma dell'affitto di fondi rustici*, I, Riv. dir. agr. 1971, I, p. 165, y II, Riv. dir. agr., 1971, I, p. 431. Id. *L'evoluzione legislativa del contratto di affitto di fondi rustici alla luce della teoria dei poteri*, Riv. dir. agr., 1972, fasc. 1, p. 303. Como ejemplo de los poderes conferidos al arrendatario, este autor cita los de los arts. 1618 y 1620 código civil italiano, que "trovano la loro fonte o legittimazione nel contratto, ma attengono all'organizzazione di un ordinamento produttivo". Premessi, cit. II, ps. 439 y sig.

(142) Carrozza, *I miglioramenti delle cose*, op. ult. cit. ps. 133 y sig., lo que explican los amplios poderes de mejorar el fondo concedido al arrendatario. V. Nº 11 infra.

(143) Bassanelli, *Affitto di fondo rusticos*, cit. Nº 4. Ver cita siguiente.

(144) Ley 11, febrero 1971, Nº 11, art. 10. Para el Massart, *L'affitto di fondo rustico nella nuova disciplina*, Milano, 1972, ps. 64 y sig., estas atribuciones derogan completamente el artículo 1620 del cod. civ. it., según el cual el arrendatario debe limitar sus iniciativas a las que no causen ningún perjuicio al arrendador.

El deber del arrendatario de realizar una gestión activa sobre el fundo rústico representa el presupuesto de su calificación como empresario agrícola. La actividad productiva del arrendatario, realizada, en manera profesional y mediante la asunción de riesgos, es normalmente idéntica a la que ejercita el empresario agrícola.⁽¹⁴⁶⁾ Para el arrendatario, el ejercicio de la empresa agraria es obligación derivante de la función económico-jurídica del contrato, y constituye un "comportamiento dovuto".⁽¹⁴⁷⁾

Mediante el contrato de arrendamiento, el futuro cultivador se procura, a un precio y por un período convencional o legalmente determinado (Ver Nº 11 infra), el goce del fundo rústico a los fines del ejercicio de la empresa agraria.⁽¹⁴⁸⁾ La relación funcional del contrato de arrendamiento de fundos rústicos con la empresa agraria permite clasificarlo como contrato agrario, definido este como el instrumento jurídico mediante el cual se transmite la base material de una empresa agraria o se regula su ejercicio.⁽¹⁴⁹⁾

En la elaboración de la categoría unitaria del contrato agrario, obra principalmente de la doctrina italiana,⁽¹⁵⁰⁾ pueden distinguirse dos momentos histórico-sistemáticos fundamentales, corres-

(145) Bassanelli, *Affitto di fondi rustico*, cit. p. 765. Ver Nº 10 y 11 infra.

(146) V. Bassanelli, *Affitto di fondi rustici*, cit. p. 766. Romagnoli, *Impresa agraria*, *Noviss. Dig. it.* Nº 6. Sobre la categoría de empresario agrícola ver de último Galgano, *L'imprenditore*, Bologna, 1970, ps. 34 y sig.

(147) V. además de los autores citados al número 5 supra, Irti, *Proprietà e impresa*, Napoli, 1965, p. 93, quien hace la afirmación citada, tratando del comentado artículo 1615 del cod. civ. it. de 1942.

(148) V. Carrara-Santini, *Contratto agrario*, Enc. del Dir. p. 14. Bassanelli, *Struttura e funzione del contratto agrario*, en Riv. dir. agr. 1952, II, ps. 526 y sig. En el derecho francés, De Juglart, *L'exploitation rurale*, París, 1949, ps. 62 y sig. y Mazaud, *Leçons du droit civil*, 3 ed. al cuidado de De Juglart, tomo III, París, 1968, p. 445, adonde se pone de relieve como "le fermier utilise la chose louée pour développer son exploitation, son entreprise".

(149) V. Bolla-Frassoldati, *Contratto agrario*, *Noviss. Dig. it.* p. 538. Bassanelli, *Struttura e funzione del contratto agrario*, cit., p. 527, señala cómo el contrato es anterior a la empresa, es un acto de organización, destinado al ejercicio de la empresa. Mediante el arrendamiento puede cederse únicamente el goce del fundo rústico, o bien de la organización de bienes más compleja denominada "azienda". Ver nota 110 supra.

(150) Intentos notables se han hecho también en Francia y España. Ver Marty, *Les contrats agraires en droit français*, en Riv. dir. agr. 1968, I, ps. 229 y sig. quien señala cómo la evolución de los contratos agrarios en Francia se manifiesta primordialmente en los regímenes especiales de los diversos tipos de arrendamientos agrarios y de contratos de compraventa en agricultura. Para el derecho español véanse especialmente Luna Serrano, *La tipicità dei contratti nel quadro della evoluzione del diritto agrario apagnolo*, en Riv. dir. agr., 1969, IV, ps. 441 y sig. Ballesteros y Costea, *Teoria generale del contratto agrario*, en Riv. dir. agr., 1971, I, ps. 324 y sig.

pondientes a la doctrina anterior y a aquella posterior al código civil italiano de 1942. La doctrina anterior al código identificaba como elemento común todo contrato agrario el goce productivo de un fondo rústico y de los otros bienes conexos con la agricultura.⁽¹⁵¹⁾

En la introducción en el código del 1942 de la categoría de la empresa agraria, se establece una relación orgánica entre contrato agrario y empresa agraria, señalándose como elemento común a todo contrato agrario su función económico-social (causa), cual la constitución(de la base material) o el ejercicio de la empresa agraria. Los primeros intentos doctrinales en esta dirección se apoyaron en la relación existente al interno de toda empresa agraria entre el capital (fondiario y mueble) y el trabajo (directivo y ejecutivo). De las diversas combinaciones de los factores productivos en agricultura según su calidad, cantidad y titularidad, surgen las distinciones entre tipos de empresa agraria, desde el punto de vista jurídico, y consecuentemente de los diversos contratos agrarios.⁽¹⁵²⁾ Esta concepción, fundada sobre los elementos económicos de la actividad productiva, ha sido superada por la más moderna doctrina,⁽¹⁵³⁾ que demitiéndose a la autonomía adquirida por la empresa agraria respecto de la titularidad de los factores de la producción, pone el acento en el concurso de los sujetos —generalmente dos— que tienden a vincularse en una forma calificada de cooperación para dar vida a una organización productiva en agricultura.⁽¹⁵⁴⁾ Hoy día se entiende por contrato agrario el contrato colegado a la categoría normativa típica de la empresa agraria.⁽¹⁵⁵⁾

(151) V. por todos, Bolla, *Contratto agrario*, *Nuovo Dig. it.*, 1938, ahora en *Scritti di diritto agrario*, cit., ps. 391 y sig.

(152) V. Carrara, *I contratti agrari*, op. cit., ps. 3 y sig. Pace, *I contratti agrari*, Milano, 1953, ps. 57 y sig.

(153) Para un estudio de la evolución del concepto de contrato agrario en el derecho italiano, ver Galloni, *La comunione di scopo nei contratti agrari*, en *Riv. dir. agr.*, 1965, II, ps. 85-93. Irti, *Appunti per una classificazione dei contratti agrari*, en *Riv. dir. agr.*, 1961, I, ps. 670 y sig.

(154) Bassanelli, *Struttura e funzione*, op. cit. p. 526. Galloni, *La comunione di scopo*, cit., ps. 100 y sig.

(155) La empresa agraria en el cod. cit. it. de 1942 (artículos 2135 y sig.) es regulada como una categoría específica de la empresa en general (artículo 2082), cuyos caracteres particulares derivan de la naturaleza de la actividad productiva realizada por el empresario agrícola, según las modalidades tipificadas en el artículo 2135. De la abundante bibliografía ver esp. Bassanelli, *Dell'impresa agricola*, en *Comentario cod. civ. de Scialoja e Branca*, Bologna, 1943, ps. 406 y sig.; Pugliatti, *Terra, azienda agricola e impresa agricola*, cit. ps. 319 y sig.; Romagnoli voz, *Impresa Agraria*, *Noviss. dig. it.*, con referencias biblio-

Desde que el fundamento de la categoría unitaria del contrato agrario reside, en su relación funcional con la empresa agraria, existen diversos tipos de contratos agrarios, correspondientes a los distintos momentos de vida de la empresa.⁽¹⁵⁶⁾ A esta clasificación funcional de los contratos agrarios se agrega tradicionalmente una segunda, que distingue desde el punto de vista de su estructura entre contratos agrarios de estructura asociativa y contratos agrarios de estructura conmutativa.⁽¹⁵⁷⁾ Según esta clasificación, el arrendamiento es definido contrato agrario de estructura conmutativa, o de cambio: el cambio del goce sobre el fondo rústico como bien productivo contra el precio convenido o legalmente determinado. Los extremos de esta segunda clasificación están siendo sin embargo atenuados por una moderna corriente doctrinal, que advierte una estructura común a todos los contratos agrarios.⁽¹⁵⁸⁾

La clasificación funcional de los contratos agrarios se detalla en relación con los cuatro momentos del ciclo de vida de la empresa agraria: organización, funcionamiento, coordinación y crisis, a cada uno de los cuales corresponde un tipo de contrato agrario.⁽¹⁵⁹⁾ El arrendamiento de fundos rústicos pertenece a la categoría

gráficas, y de último Galgano, *L'imprenditore*, cit., ps. 34 y sig. Sobre el concepto de actividad agrícola en el marco más amplio de lo típicamente agrario, ver Carrozza, *La nozione di agrarietà; fondamento ed estensione, ponencia (aún inédita) a las Jornadas italo-españolas de derecho agrario*, Salamanca-Valladolid, 4-8, noviembre, 1972, comentario de Barahona en *Riv. dir. agr.* 1973, II, p. . Sobre el concepto de empresa agraria en el derecho francés, v. De Juglart, *L'exploitation agricole*, cit. ps.3 y sig. Savatier, *L'evolution des structures du droit agricole français*, en *Atti del 1º Conv. Inter. di. Dir. agr. cit.* Vol. I, ps. 483 y sig. Malezieux, *Traite du droit rural*, París, 1972, ps. 108 y sig. En el derecho español especialmente Ballarín, *Derecho Agrario*, Madrid, 1965, ps. 243 y sig. Luna I, ps. 504 y sig.

(156) Bassanelli, en *Fore it.* 1956, I, ps. 104 y sig., y esp. Irti, *Appunti per una classificazione*, Serrano, *La formación dogmática del concepto de derecho agrario*, en *Riv. dir. agr.*, 1972, cit., ps. 690 y sig. Ver cita 159 infra.

(157) Carrara, *I contratti agrari*, cit. ps. 2 y sig. Ballester y Costea, *Teoría generale*, cit. ps. 329 y sig.

(158) V. Galloni, *La comunione di scopo*, cit. ps. 123 y sig. y *Premesse ad una nozione autonoma*, cit. I, ps. 177 y sig. Este autor intenta demostrar cómo en todo contrato agrario, incluyendo aquellos de estructura de cambio como el arrendamiento de fundos rústicos, existe una comunión de fines entre ambos contratantes. En el arrendamiento, el cambio del goce por el precio, según esta tesis, "è atrumentale per realizzare uno scopo pratico ulteriore voluto dalle parti, come e quello della organizzazione produttiva", (*La comunione*, cit. p. 124). Conforme a esta teoría, elementos calificativos de todo contrato agrario son, además de la causa y el objeto, el consenso (realizado sobre un tipo de empresa agraria típica), el fin común de los contratantes (constitución y ejercicio de una empresa agraria), la bilateralidad y la duración (mínima, natural, y legal), (*Premesse*, cit. ps. 193 y sig.).

(159) La clasificación es del Irti, *Appunti*, cit. ps. 690 y sig. y se especifica en la siguiente manera: 1) contratos agrarios de organización, que pueden tener estructura de cambio

de los contratos agrarios de organización, en cuanto permite al futuro empresario concentrar los factores de la producción a los fines jurídicamente típicos de la gestión productiva. La empresa del arrendatario constituye uno de los tipos de empresa agraria sobre fundo ajeno, sobre "fondo non proprie",⁽¹⁶⁰⁾ y es objeto de una tutela especial en el ordenamiento como organismo productivo en agricultura.

Las nuevas directivas de la política agraria de los países europeos tienden, como ha sido mencionado en la Introducción a este trabajo, a proteger la gestión del arrendatario en vista del interés comunitario y nacional al fomento de la producción agrícola. El contrato de arrendamiento de fundos rústicos se encuentra hoy vinculado al interés público,⁽¹⁶¹⁾ y su régimen jurídico manifiesta la complementariedad entre derecho público y derecho privado que tiende a suprimir esta distinción en el estudio de la entera disciplina del derecho agrario.⁽¹⁶²⁾

La tutela del interés de la comunidad en el arrendamiento de fundos rústicos se manifiesta no únicamente a través de la declaración explícita de la mayoría de las leyes de cada país del ca-

(arrendamiento, asignación en régimen de reforma agraria, contrato de trabajo con tributación en cuota) o asociativa (aparcería de tierra y de ganados (soccida), la colonia parciaria); 2) contratos agrarios de funcionamiento, es decir, contratos (de empleo o de mandato) que cumplan la función de sustituir al empresario en el ejercicio de la actividad económica; 3) contratos agrarios de coordinación, que restringen la libertad de concurrencia entre empresas de la misma categoría; 4) relaciones contractuales referidas a la crisis de la empresa, que determinan el control de la gestión en la actividad económica.

(160) Irti, Proprietà e impresa, cit. p. 93. Carrara, I contratti agrari, cit. 3. Así también Malezieux, op. cit. p. 105, quien pone de relieve como "la dissociation de l'entreprise agricole et de la propriete eu sol est realisee dans le cas des exploitations louees. Dans le cas du fermage... la conclusion du bail rend impossible l'existence de l'entreprise dans le patrimoine du propriétaire da sol et rend possible cette existence dans le patrimoine du fermier".

(161) V. Galloni, Limiti dell'autonomia privata nella nuova disciplina dei contratti agrari, cit. p. 79. La vinculación del contrato al interés general implica la posibilidad de sus modificaciones por intervención pública de naturaleza administrativa, legislativa y aún judicial. Sobre el particular véase Cappelletti, Il problema processuale del diritto agrario alla luce delle tendenze pianificatrice delle costituzioni moderne, en Atti della seconda assemblea, cit. Vol. II, ps. 475 y sig.

(162) Frente al desarrollo de esta disciplina, resulta hoy superada la idea que el derecho agrario "non é che una branca del diritto civile", según la expresión de Betti en Lezioni di diritto civile sui contratti agrari, Milano, 1957, p. 1. Las relaciones jurídicas que se forman en el ejercicio de la agricultura son en la actualidad objeto de la más variada intervención pública, como hemos dicho a la nota anterior, y el derecho agrario se sustrae del ámbito en este sentido limitado del derecho civil. Ver Carrozza, L'assegnazione delle terre di riforma come posizione di studio del diritto agrario, Milano, 1957, ps. 10-12, nota 8.

rácter de orden público de sus disposiciones, sino también en la constitución y funcionamiento de mecanismos administrativos y de órganos jurisdiccionales de competencia especializada.⁽¹⁶³⁾ El régimen jurídico de las relaciones entre arrendador y arrendatario, cuya armonización adecuada se traduce en un incremento de la productividad y en una mayor justicia social, manifiesta la aspiración a la tutela de los diversos órdenes de intereses presentes en el contrato.⁽¹⁶⁴⁾

Una vez delineados los aspectos salientes del proceso de evolución del arrendamiento de fundos rústicos como contrato agrario, creemos conveniente hacer una referencia, aunque breve, a las legislaciones actuales de algunos países europeos,⁽¹⁶⁵⁾ poniendo de relieve aquellas normas reguladoras del contrato más directamente relacionadas con la protección de la empresa del arrendatario y del interés público al aumento de la producción agrícola. Entendemos como tales las normas correspondientes al régimen de las mejoras realizadas sobre el fundo durante la ejecución del contrato, principalmente de aquellas realizadas por el arrendatario, a la duración del contrato, y a todo lo concerniente al pago de la renta, recordando que forman una unidad funcional en la moderna disciplina del arrendamiento rústico.⁽¹⁶⁶⁾

(163) V. Abenscur, Moral López, y Jacoby, Los arrendamientos rústicos; Principios de legislación (Estudio de derecho comparado), Roma 1957, ps. 49 y sig. Sobre los mecanismos administrativos y particularmente sobre los tribunales agrarios en el derecho europeo actual ver Germanó, Il processo agrario, cit. ps. 19 y sig. y 121 y sig.

(164) Así para Capograssi, Agricoltura diritto proprietá, cit. p. 250, el problema fundamental que afronta el derecho agrario es el de unir tres "vidas", la vida del individuo, la vida de la comunidad y la "vida della terra", y agrega: "tutte e tre debbono unirse e debbono unirse come vita, non come sfruttamento o asservimento l'una dell'altra".

(165) Tratamos aquí de la legislación francesa, italiana, y española, así como también del derecho inglés, cuyo régimen en materia, no obstante la diversidad de sistema jurídico, la sitúan entre las más avanzadas en los ordenamientos europeos. La evolución del arrendamiento de fundos rústicos en Inglaterra se explica en vista del alto porcentaje (64%) de la tierra que es arrendada en este país. En Francia se arrienda el 38% de la tierra cultivable, en Italia el 19% (pero otro 33% es concedida en aparcería o colonia parciaria), y en España el 22% (con un 14% adicional en aparcería). Sobre los primeros tres países ver los datos que refiere, tomados de diversas fuentes, Germanó, Il processo agrario, cit. p. 21. Para España ver los datos del Censo Agrario de 1962, citados y comentados por Sanz Jarque, La problemática de los arrendamientos rústicos y de las aparcerías, en Derecho y reforma agraria, Universidad de los Andes, Venezuela, 1970, (Nº 2), ps. 134-135.

(166) Recuérdese lo dicho al Nº 6 supra, adonde además hemos ya tratado de la transmisión del arrendamiento, pertinente a este estudio (que analiza el arrendamiento de fundos rústicos también como instrumento de política agraria), en cuanto las cualidades personales y técnicas del arrendatario tienen importancia en la dirección de la empresa productiva.

a) Mejoras. El mejoramiento del fundo se configura como una *fattispecie* compleja, compuesta de un acto jurídico (acto real no negocial), el acto de mejoramiento, y de un hecho natural, que constituye el resultado del acto de mejoramiento, o sea la mejora material.⁽¹⁶⁷⁾

Tratando del mejoramiento del fundo, interesa primordialmente relevar, frente a la legislación europea en materia, la atribución al arrendatario del poder de realizar el acto jurídico de mejora,⁽¹⁶⁸⁾ y consecuentemente de los efectos jurídicos del mejoramiento, en manera particular del derecho (de crédito) del arrendatario a una indemnización por su mejora. La cuestión implica considerar la legitimación del arrendatario, que se resuelve en su poder de mejorar,⁽¹⁶⁹⁾ a realizar determinados actos de mejoramiento, como consecuencia de los cuales surge a cargo del propietario una obligación de indemnizarlo en la medida y según las modalidades dispuestas en cada ordenamiento nacional.

El problema jurídico fundamental en materia se entra en el interés del arrendatario a mejorar el fundo a los fines de obtener una mayor productividad en su provecho, y el interés del propietario de apropiarse de las mejoras sobre el fundo. En grado superior los intereses públicos se dirigen a favorecer las iniciativas del arrendatario que incrementen la producción agrícola y estimulen la capacidad productiva del fundo.⁽¹⁷⁰⁾

En Inglaterra la lucha de los arrendatarios por obtener el poder autónomo de mejorar y una indemnización por sus mejoras comenzó a principios del siglo pasado, manifestándose desde enton-

(167) Tales son los presupuestos categoriales metodológicos empleados por Carrozza en su citada obra, *I miglioramenti delle cose nella teoria generale e nei rapporti agrarie*, Vol. I, ps. 1-7, quien explica la "*fattispecie complessa*" del mejoramiento distinguiendo entre el acto jurídico de mejora y el resultado de este. Este criterio metodológico permite la construcción de una teoría del mejoramiento agrario, cuyo estudio compete precisamente al derecho agrario (ver del mismo autor *I miglioramenti agrari*, en *Gli istituti di diritto agrario*, Vol. I, Milano 1962, p. 190 y *Linee di una teoria dei miglioramenti agrari*, en *Atti della prima assemblea*, cit. Vol. II, ps. 117 y sig.) además de distinguir nitidamente el mejoramiento de la accesión y la adición.

(168) El problema de la atribución al arrendatario del poder de mejorar se refiere a su consideración como poder autónomo, pues en el caso de su concesión total o parcial de parte del arrendador, la cuestión se reduce a una mera interpretación de la voluntad negocial. Ver Carrozza, *I miglioramenti delle cose*, cit. p. 121.

(169) V. Carrozza, op. ult. cit. ps. 69 y sig.

(170) V. Carrozza, op. ult. cit. ps. 19 y sig. Savatier, *L'expérience française du nouveau statut des baux ruraux*, en *Riv. dir. agr.* 1956, ps. 39 y sig.

ces una corriente jurisprudencial y legislativa favorable a sus intereses.⁽¹⁷¹⁾ En el derecho contemporáneo, las Sections 46 a 48 del *Agricultural Holdings Act* de 1948 y la Section 4 del *Agricultural Act* de 1958 permiten al arrendatario o "tenant" realizar "short term improvements" sin requerir el consentimiento del arrendador.⁽¹⁷²⁾ Para los "long term improvements", regulados en la 3 Schedule del *Agri. Hold. Act* de 1948, es necesario el consentimiento del arrendador, en cuanto se trata de obras que inciden sobre la destinación del fundo. A falta de este consentimiento el arrendatario puede recurrir al *Agricultural Land Tribunal*, cuya autorización sustituye a todo efecto la voluntad del "landlord".⁽¹⁷³⁾

En Francia puede el arrendatario realizar las llamadas "ameliorations culturales" sin requerir el consentimiento del arrendador o "bailleur", siendo este necesario para las "ameliorations foncières" (artículos 848 y 850 code rural). El primer tipo de mejoras son aquellas consideradas normales en el ejercicio del cultivo mientras que las segundas implican una modificación sustancial en la destinación del fundo (mutación del tipo de cultivo, construcción de edificios, etc.).⁽¹⁷⁴⁾ Cuando el arrendador no consienta a la realización de las "ameliorations foncières", puede el arrendatario recurrir a un "Tribunal paritaire des baux ruraux" a fin de obtener la correspondiente autorización.⁽¹⁷⁵⁾

En el derecho positivo italiano actual, la ley 11 de febrero de 1971, N° 11, no distingue entre mejoramientos desde el punto de vista de su entidad, sino únicamente en relación con los sujetos mejorantes, según se trate de arrendatarios que conducen su empresa con mano de obra asalariada, o de aquellos que cultivan directamente su tierra "col lavoro prevalentemente proprio o di persone della propria famiglia" (artículo 1647 del cod. civ. it.).⁽¹⁷⁶⁾ El ar-

(171) Para una análisis histórico de las decisiones jurisprudenciales y de la evolución legislativa en materia ver Mustoe and Wood, *Agricultural Law and tenant right*, London 1959, ps. 205 y sig.

(172) Sobre el concepto de las así llamadas mejoras a corto plazo ("short term improvements") y mejoras a largo plazo ("long term improvements") en el derecho inglés ver Scammell, *The law of agricultural holdings*, London 1964, ps. 216 y sig.

(173) V. Mustoe and Wood, op. ult. cit. ps. 242 y sig. Kolbert, *The english law relating to the repair and improvement of settled agricultural estates*, en *Riv. dir. agr.* 1964, I, p. 191.

(174) V. Guilbaud, *Le status du fermage et du metayage*, Paris 1964, ps. 95 y sig. Megret, *Baux ruraux*, Paris 1968, ps. 40 y sig.

(175) V. Hebraud, *E tendue et caracteres de la competence du tribunal paritaire des baux ruraux*, en *Riv. tri. droit civ.*, 1971, p. 888.

título 11 de la ley faculta tanto al arrendador cuanto al arrendatario no cultivador directo a realizar mejoramientos del fundo siempre que correspondan a los programas o las tendencias regionales zonales de desarrollo agrícola, a juicio de la autoridad administrativa competente (Ispettorato agrario della provincia).⁽¹⁷⁷⁾ Según el artículo 14 el arrendatario cultivador directo no está obligado a comunicar su intención de realizar mejoramientos a la autoridad administrativa, siendo suficiente un aviso al arrendador.⁽¹⁷⁸⁾

En España el capítulo V del reglamento a la ley de 15 de marzo de 1935,⁽¹⁷⁹⁾ distingue las mejoras sobre el fundo en mejoras obligatorias, necesarias y útiles. Las llamadas mejoras obligatorias y mejoras necesarias son en realidad reparaciones requeridas para el mantenimiento del fundo e impuestas al propietario por la ley o por resolución administrativa (artículos 19 y 22 del reglamento). Las mejoras útiles, entendiendo por tales aquellas que aumenten sustancialmente la producción o el valor de la finca, pueden ser realizadas por el arrendador y/o por el arrendatario, previo acuerdo de partes o en su defecto por decisión del tribunal competente. Si las realiza el arrendador dan lugar, al igual que en el caso de las mejoras obligatorias, a una elevación del precio de la renta. Si las lleva a cabo el arrendatario, con el necesario conocimiento del arrendatario a fines de fiscalización de los gastos, tiene derecho a una indemnización proporcional al aumento del valor o al incremento de la producción obtenido.⁽¹⁸⁰⁾

(176) Ver sobre el particular Massart, L'affitto di fondo rustico, op. cit. ps. 70 y sig. Parla-greco, Affitto di fondi rustici e sua evoluzione giuridica, en Giur. agr. it. 1971, p. 135. La nueva legislación mantiene, con calificaciones (artículos 24 y 25), la distinción entre arrendatarios establecida por el código italiano de 1942, artículos 1647-1654. Sobre el concepto de arrendamiento a cultivador directo véase esp. Bassanelli, Affitto di fondo rustico, cit. N.º 27. Resulta interesante agregar que las disposiciones de la comunidad europea en materia de arrendamiento de fundos rústicos plantean al derecho italiano la necesidad de revisar este régimen diferencial entre arrendatarios de fundos rústicos, acogido también, (por influencia italiana) en el cod. civ. portugués de 1966, artículos 1064 y sig. Ver Carrozza, Il fatto poliiico nell' ordinamento giuridico della agricoltura, cit. p. 116.

(177) V. Massart, L'affitto di fundo rusico, cit. p. 70.

(178) Esta diferencia se explica en base al menor poder económico y consiguiente menor poder de transformación del fundo del cultivador directo. V. Mosco, L'affitto di fondo rustico, Bari 1971, p. 81.

(179) El reglamento es el decreto 745/1.935 de 29 de abril de 1959, y recopila en forma coordinada el derecho vigente en materia.

(180) Además del conocimiento del arrendador, se requiere que el valor mayor de la finca persista al extinguirse el arrendamiento. Sobre la disciplina de las mejoras útiles, criticada por la doctrina por las limitaciones impuestas al arrendatario, ver Ballarín Marcial, La estructura de la propiedad desde el punto de vista de los contratos agrarios, en Atti della prima assemblea, cit. Vol. II, ps. 44 y sig.

b) Duración. En el arrendamiento de fundos rústicos la duración adquiere una relevancia particular como resultado de la relación instrumental del contrato con la empresa del arrendatario. El arrendamiento rústico es definido contrato a tracto sucesivo, o "contrato de duración" con lo que se quiere indicar que su ejecución no se agota en un solo momento sino que se desenvuelve por un período de tiempo de longitud apreciable.⁽¹⁸¹⁾ Una duración apropiadamente larga del arrendamiento otorga una mayor estabilidad al arrendatario, estimulándolo a realizar mejoras al garantizarle su disfrute por un cierto período, favoreciendo así una culti-vación más productiva del fundo.

Como hemos ya señalado, el arrendamiento da lugar a una escisión entre la propiedad de la tierra y la empresa agraria del arrendatario, manifestándose la contraposición de intereses a propósito de la duración del contrato. Mientras el arrendador pretende la conservación y valorización del suelo, el arrendatario intenta obtener el mayor provecho posible durante el transcurso del contrato, con lo que puede perjudicar no sólo los intereses del propietario sino también aquellos de la comunidad. A fin de conciliar, al menos en cierta medida, este conflicto de intereses, las modernas legislaciones se dirigen a propiciar la estabilidad del arrendatario sobre el fundo. En algunos ordenamientos, la ley favorece la concentración de la empresa con la propiedad en fase sucesiva al cumplimiento del contrato.⁽¹⁸²⁾

La tutela a la estabilidad del arrendatario sobre el fundo contrasta con la disciplina de los códigos decimonónicos, cuya protección al propietario como titular de un derecho absoluto y exclusivo sobre la tierra se manifestaba a través de una tendencia contraria, precisamente el establecimiento de límites máximos al

(181) V. Carrara, I contratti agrari, cit. p. 324. Sobre la relevancia del tiempo en la satisfacción de los intereses de las partes en determinados contratos de *durata*, ver Oppo, I contratti di durata, en Riv. dir. comm., 1943, I, ps. 150 y sig.

(182) V. Bassanelli, Struttura e funbione del contratto agrario, cit. p. 150, quien pone de relieve como la inestabilidad de la relación temporalmente limitada perjudica a las partes (particularmente al arrendatario) y a la comunidad al detenerse la actividad productiva con toma modernamente otro cariz, concediéndosele un derecho de prelación para la compra la extinción del contrato. La protección a la continuidad de la empresa del arrendatario del fundo cuando el propietario decida venderlo. Sobre las diversas modalidades de acceso de los arrendatarios a la propiedad del fundo en el derecho comparado, ver Abensour, Moral López, y Jacoby, Los arrendamientos rústicos, op. cit. ps. 40 y sig.

contrato de arrendamiento.⁽¹⁸³⁾ En los ordenamientos contemporáneos, la duración de la empresa, cuya continuidad es tutelada por normas de derecho necesario.

En el actual derecho francés, la duración mínima del contrato es de nueve años, "non obstant toutes clauses et tous usages contraires" (artículo 811 code rural). Existe además una categoría especial de arrendamientos rústicos, el llamado "bail á longue terme", cuya duración mínima es de 18 y 25 años.⁽¹⁸⁴⁾ El artículo 837 del code rural establece a favor del arrendatario o "preneur" un derecho de renovación del contrato por un término idéntico, a la que puede oponerse el arrendador o "bailleur" únicamente con base en motivos taxativamente previstos en los artículos 811, 845, 846, 946 del code rural.⁽¹⁸⁵⁾

En Italia al igual que en Francia es fijada legalmente la duración de los contratos de arrendamiento, pero únicamente respecto de los arrendatarios que conducen el fundo con mano de obra asalariada. Los contratos con arrendatarios que cultivan personalmente el fundo y con ayuda de su familia pueden estipularse a tiempo indeterminado estando sin embargo en la actualidad sujetas a la prórroga legal.⁽¹⁸⁶⁾ Por lo que se refiere a los contratos celebrados

(183) Para esta interpretación de la diversidad de políticas legislativas en materia ver Galloni, *Premesse ad una nozione autonoma dell'affitto di fondi rusici*, cit., I, p. 193, según el cual las codificaciones del siglo XIX tutelaban en esta forma la propiedad contra la tendencia a la transformación del derecho del arrendatario a un derecho real a través de la "locatio a longum tempus". Sobre este último contrato v. Grossi, *Locatio a longum tempus*, *Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune*, Napoli, 1963.

(184) Este contrato fue introducido en el ordenamiento francés por la ley número 70-1928 de 31 diciembre, 1970 (modificada por ley N° 72-9 del 3 de enero de 1972). Su régimen contiene excepciones a las normas que regulan el pago de la renta y la ejecución de mejoras en el arrendamiento rústico ordinario. El canon debe fijarse en una cantidad determinada de los principales productos de la región, pero en vez de aplicarse el artículo 812 del code rural, se calcula con base a la producción media del fundo durante los últimos cinco años; respecto de las mejoras, el arrendatario puede realizar las que desee sin requerir el consentimiento del arrendador, siempre y cuando su amortización termine en los próximos cinco años después de la terminación del arrendamiento. Ver Ourliac y De Juglart, *Les baux ruraux a long terme* (Lois du 31 décembre, 1970, et du 3 janvier, 1972), en *Juris Classeur Périodique*, 1972, Doct., N° 2449.

(185) El sistema francés de la renovación salvo justa causa ha sido criticado por Savatier, *L'expérience française du nouveau statut des baux ruraux*, cit., p. 42, quien considera constituye un privilegio de los "beati possidentes" sin ofrecer garantía de beneficio en el interés de la comunidad. Sobre la justa causa en el desahucio del arrendatario, v. Betti, *Lezioni di diritto civile sui contratti agrari*, cit. ps. 92 y sig.

(186) Los contratos de arrendatarios cultivadores directos, según la distinción del derecho italiano mencionada en la nota 176 supra se rigen por lo dispuesto en el artículo 1630 del cod.

por arrendatarios no cultivadores directos, el artículo 17 de la ley de 11 de febrero de 1971, N° 11, establece la duración mínima de quince años, modificando expresamente el artículo 1 de la ley de 22 de julio de 1966, N° 606, que prescribía un período mínimo de seis años.⁽¹⁸⁷⁾

Esta ley del 1971 colega la duración del contrato a la realización de mejoras, como se deriva de la inclusión del mencionado artículo 17 en el título segundo, que trata de los poderes del arrendatario en la dirección del fundo y la celebración de mejoras. El artículo 12 de la ley, correspondiente al mismo título, instituye la prórroga obligatoria del contrato por un período no inferior a doce años cuando el arrendatario, cumpliendo con el procedimiento establecido en los artículos 11 y 14 de la ley, haya mejorado con sus propios recursos el fundo.⁽¹⁸⁸⁾

En España la legislación vigente del arrendamiento de fundos rústicos establece plazos diversos de duración mínima del contrato según la cuantía de la renta. Para aquellos contratos en que esta sea igual o superior a las cinco mil pesetas la duración es de seis años. Cuando la renta no alcance esta cifra, el arrendamiento tendrá un período mínimo de tres años. Para el caso en que la finca sea dedicada principalmente a la cría de ganado, el plazo mínimo de duración del contrato es tres años, independientemente de la cuantía de la renta.⁽¹⁸⁹⁾ Es interesante mencionar que el arrendador

cit. it. de 1942. El artículo 14 de la ley 756 de 1964 ha sin embargo, prorrogado dichos contratos "fino a nuova disposizione". V. *Atti del seminario 1966 del IIDAIC*, cit. p. 47.

(187) Sobre esta última ley v. Geri, *La durata dell'affitto a conduttori non coltivatori diretti secondo la nuova legge 22 luglio 1966, N. 606*, en *Giur. agr. it.* 1967, p. 263.

(188) La manera en que el legislador italiano ha introducido estas innovaciones ha causado cierta perplejidad en doctrina. Para Massart, *L'affitto di fondo rustico*, cit. p. 96, el artículo 17 se dirige a tutelar la continuidad de la empresa en el interés general y no únicamente en aquel del arrendatario, por lo que no parece adecuado limitarlo a aquellas mejoras realizadas (por calificación expresa) por el arrendatario. Para Mosco, *L'affitto di fondo rustico*, cit. p. 98, de la relación entre los artículos 12 y 17 resulta una "delle piu gravi violazioni dell'autonomia contrattuale operate dalla legge".

(189) Se establece además un derecho de prórroga a favor del arrendatario, que lo faculta a continuar el contrato por otro período de 6 años tratándose de arrendamientos de cuantía igual o superior a las 5.000 pesetas, mientras que en la otra hipótesis mencionada, el cultivador puede prorrogarlo sucesivamente durante 15 años (artículos 10 y 11 del Reglamento). El derecho de prórroga queda sin efecto cuando en la primera categoría de arrendamiento el propietario se proponga explotar directamente su tierra. V. sobre la ley 16 de julio de 1954, que en materia fue recogida por el reglamento de 1959 que comentamos, Rodríguez-Solano y García-Galán, *Arrendamientos rústicos (Legislación y jurisprudencia)*, Madrid, Vol. I, 1957, p. 62.

puede poner fin al contrato desahuciendo judicialmente al arrendatario cuando este no demuestre la debida diligencia en el cultivo y la conservación del fundo.⁽¹⁹⁰⁾

En el derecho inglés el artículo 2 del Agricultural Holding Act de 1948 establece una duración mínima de un año a todo arrendamiento, elevándose por determinación legal a este término todo contrato estipulado con una duración inferior. El artículo 3 del Agricultural Holding (Scotland) Act de 1949 y el artículo 4 del Agricultural Holding Act de 1958 preveen la renovación tácita anual de los arrendamientos, y limitan las causales al desahucio del arrendatario, que debe ser notificado a este con al menos un año de antelación a su fecha efectiva. Cuando el arrendatario conteste con una "counter-notice" al requerimiento del "landlord", es el juez del "Agricultural Land Tribunal" quien debe autorizar el desahucio.⁽¹⁹¹⁾

c) Renta. En el arrendamiento de fundos rústicos, clasificado como contrato agrario de cambio, la obligación del arrendatario de corresponder, mediante el pago de la renta, a la concesión del goce del fundo, adquiere características particulares que demuestran la tutela otorgada por el ordenamiento a la empresa del arrendatario. Modernamente el canon es considerado en relación con las prestaciones de las partes, y debe constituir un correspectivo al goce efectivo del fundo. La prestación del arrendador (concesión del fundo) satisface el interés del arrendatario a los fines del ejercicio de la empresa agraria, y la prestación de este último (pago de la renta) satisface el interés del arrendador a un beneficio fundiario.⁽¹⁹²⁾

A la función de equivalencia de las prestaciones de las partes en el arrendamiento de fundos rústicos⁽¹⁹³⁾ corresponden los

(190) Sobre las causas de extinción del contrato, Cap. VI del Reglamento, artículos 24-36, ver Ballarín, La estructura de la propiedad, cit. ps. 46 y sigs.

(191) Ver Jackson and Muir Watt, Agricultural Holdings, London, 1959, ps. 46 y sig. Mustoe and Wood, Agricultural Law and tenant right, cit. ps. 142 y sig.

(192) Parlagreco, Il "canone locatizio" nel contratto di affitto agricolo, Milano, 1964, ps. 3 y sig. pone de relieve las relaciones entre el pago de la renta y las características de onerosidad, conmutatividad, y correspectividad del arrendamiento de fundos rústicos. Sobre estos conceptos en la teoría general del contrato ver Messineo, Contratto, Enc. del dir. Vol IX, ps. 817, 924, 920.

(193) La equivalencia de las prestaciones constituye un elemento de seguridad para el arrendatario, quien estará en mejor disposición de incrementar y mejorar la producción del fundo cuando

problemas de mayor interés jurídico respecto del pago de la renta, cuales especialmente la fijación de su cuantía en dinero o en productos del fundo, y la posibilidad de su control y eventual reducción ante el advenimiento de hechos y circunstancias excepcionales.

El derecho positivo y la práctica contractual conocen diversas modalidades de pago de la renta en dinero o en productos, tales como el pago en cantidad fija de dinero, en cantidad fija de productos, parte en dinero y parte en productos, en dinero con referencia al precio de una cantidad determinada de productos, en cuota parciaria de productos de la cosecha anual o bien en una suma de dinero determinada en referencia al precio de la cuota de productos.⁽¹⁹⁴⁾

Las legislaciones española, francesa e inglesa permiten el pago de la renta en dinero o en productos del fundo, mientras que la actual legislación italiana establece únicamente el pago en dinero.⁽¹⁹⁵⁾

En España el artículo 7 del tantas veces citado Reglamento de 1959 dispone que la fijación de la renta queda al arbitrio de las partes, con las excepciones que se dirán, debiendo estipularse en una cantidad determinada de trigo, prescribiendo seguidamente que "de establecerse la renta en dinero o en otra especie distinta del trigo, se puede operar en cualquier momento la conversión en trigo".⁽¹⁹⁶⁾

el canon corresponde al rendimiento efectivo de la tierra. Véase Abensour, Moral López y Jacoby, Los arrendamientos rústicos, cit. p. 35.

(194) Para una explicación de los diversos sistemas de fijación de la renta véase Bassanelli, Affitto di fondo rustico, cit. N° 5. La diversidad de sistemas se explica por el intento del legislador y de las partes de equilibrar en lo posible la entidad de las prestaciones, adecuando el pago de la renta al goce efectivo del fundo. Según Galloni, La comunione di scopo nei contratti agrari, cit. ps. 134-136, la reducción de la renta en los casos de pérdida de los productos o de improductividad del fundo, se explica en base a la colaboración del arrendante en la gestión del fundo. Para el Bassanelli, op. ult. cit., N° 5 y 7, esta afirmación carece de sentido bajo el punto de vista jurídico, explicándose la reducción de la renta en la hipótesis mencionada por una aplicación del principio "res perit domino", en cuanto los frutos constituyen parte del fundo hasta el momento de su percepción.

(195) Para un análisis histórico de los diversos sistemas de pago de la renta arrendaticia en productos del fundo ver Parlagreco, Il canone locatizio, cit. ps. 22 y sig.; Carrara, I contratti agrari, cit. ps. 210-214.

(196) La disposición se explica considerando que el precio del trigo es fijado anualmente por el Ministerio de la Agricultura. Este control administrativo sobre el precio del trigo, que reverte en un control de la cuantía de las rentas, constituye un instrumento adaptable a las políticas agrícolas dirigidas a la protección de la empresa del arrendatario. Ver Ballarín, La estructura de la propiedad, cit. p. 37.

En Francia las "comissions consultativas des baux ruraux" fijan límites máximos y mínimos a la cuantía de la renta, atenuando la desigualdad de hecho del poder contractual de las partes. En vista de la larga duración del contrato (9 años como mínimo), la legislación establece que la renta no puede determinarse directamente en dinero, pues la devaluación monetaria en el transcurso del contrato vendría a perjudicar al arrendador, provocando una disminución en el uso del contrato.⁽¹⁹⁷⁾ Como consecuencia, el canon debe determinarse en productos del fundo, con referencia a una cierta cantidad de productos de la región natural del departamento adonde esté ubicado el fundo (artículo 812 code rural).

En Inglaterra la modalidad de pago de la renta así como su cuantía pueden ser libremente fijadas por las partes,⁽¹⁹⁸⁾ guardando mayor interés la eventual revisión de su cuantía, de la que se dirá poco más adelante.

En Italia la nueva ley de 11 de febrero de 1971, N° 11 ha modificado radicalmente la disciplina anterior por cuanto se refiere a la modalidad de pago de la renta. Según el artículo 1 de la ley de 12 de junio de 1962, N° 567, el canon debía ser fijado y pagado en una cantidad determinada de productos del fundo, permitiéndose con carácter de excepción el pago en dinero únicamente cuando los usos locales correspondientes así lo autorizaban.⁽¹⁹⁹⁾ La nueva ley establece por el contrario que el canon debe determinarse y pagarse en dinero, eliminando toda otra modalidad de pago posible.⁽²⁰⁰⁾

La política legislativa de protección a la empresa del arrendatario se manifiesta con claridad tratando del problema de la cuantía de la renta que este debe abonar al arrendador. El liberalismo económico, cuyas proyecciones en los códigos del siglo XIX

(197) V. Mazeaud, *Leçons du droit civil*, cit. p. 481.

(198) Véase al respecto, Scammel, *The law of agricultural holdings*, cit. p. 89, quien pone de relieve la ausencia de control sobre la renta en el arrendamiento, en cuanto "the law of supply and demand must and will affect the true assesment of a renta of an agricultural holding from time to time".

(199) Sobre esta última ley ver Parlagreco, *Le nuove norme in materia de affitto di fondo rustico*, en *Giur. agr. it.*, 1962, p. 618. Para un estudio de los precedentes históricos a esta ley, v. también del Parlagreco, *Novita legislative per gli affitto di fondi rustici*, en *Riv. dir. agr.* 1962, ps. 422 y sig.

(200) Así lo concluye la doctrina considerando que la nueva norma ha sustituido íntegramente el artículo 1 de la ley del 1962. V. Parlagreco, *La nuova legge sull'affitto dei fondi rustici*, Roma, 1971, p. 3. Como apunta Massart, *L'affitto di fondo rustico*, cit., p. 43, al disponer obligatoriamente el pago en dinero la nueva ley elimina la garantía, establecida a favor de ambas partes, de las oscilaciones de los precios de los productos del fundo en el mercado.

hemos brevemente examinado al inicio de este trabajo, inspiró el principio contractual de la libre determinación de la renta por acuerdo de partes.⁽²⁰¹⁾ Las modernas legislaciones europeas aquí examinadas, salvo la inglesa con la calificación que se dirá, establecen particulares mecanismos coactivos para la determinación de la cuantía del canon, sustrayéndola en mayor o menor medida del ámbito de la voluntad contractual de las partes.

La fijación administrativa o en su caso jurisdiccional de la cuantía de la renta, conlleva la posibilidad de su control, tendiéndose a garantizar en el interés de las partes y de la comunidad la remuneración equitativa del trabajo del arrendatario y de su familia, así como la buena conducción del fundo.⁽²⁰²⁾

La ley italiana de 11 de febrero de 1971, N° 11 prescribe en su artículo 3 que a los fines de tutela de los intereses antes mencionados, una comisión administrativa provincial deberá establecer cada cuatro años y al menos 6 meses antes del inicio del año agrícola, la fijación del canon por zonas agrarias. En la fijación del canon la comisión tomará como base las rentas dominicales determinadas en el catastro de 1939, estableciendo coeficientes de multiplicación de estas rentas comprendidas entre un mínimo de 12 y un máximo de 45 veces según las directivas de la comisión técnica central.⁽²⁰³⁾ El artículo 5 de esta misma ley establece las modali-

(201) Como hemos observado a la nota 15 supra, el mismo Adam Smith advertía los peligros que tal libertad formal entrañaba debido a la superioridad económica del arrendador. Es interesante mencionar que Pothier, *Trattato della locazione*, cit., p. 36 cuya influencia sobre la disciplina de la locación en el code civil hemos reslatado al N° 2 infra, afirmaba que no era necesaria la correspondencia entre goce y precio, estando sin embargo, obligado el arrendador, por razones de conciencia y de buena fe, a restituir al arrendatario la parte del canon que resultare excesiva en relación con el beneficio obtenido por el arrendatario de su cultivo del fundo. Sobre la determinación de la cuantía del canon en las diversas épocas históricas, Parlagreco, *Il canone locatizio*, cit. ps. 37-41.

(202) Refiriéndose a la citada ley italiana de 12 de junio de 1962 N° 567, cuyo artículo 3 contenía una disposición programática idéntica a la del artículo 3 de la nueva ley del 1971, Bassanelli advertía que más propiamente debía hablarse de una ganancia equitativa del empresario que de una retribución equitativa de su trabajo, desde que las disposiciones sobre el "equo canone" se aplican tanto al arrendatario cultivador directo cuanto al conductor en arrendamiento que contrata trabajo asalariado. Ver, *La legislazione sui contratti agrari*, tela di Penelope, en *Riv. Dir. dell'econ.*, 1969, p. 525. En el mismo sentido respecto de la nueva ley se pronuncia Massart, *L'Affitto di fondo rustico*, cit. p. 46.

(203) Respecto de los coeficientes de multiplicación de las rentas dominicales a los fines de la determinación del canon, la Corte de Casación italiana, en sentencia de 14 de julio de 1972, N° 155 ha declarado, como era de esperarse, la inconstitucionalidad de los artículos 3 y 4 de esta ley, afirmando que tales coeficientes resultan inadecuados y no representativos de la renta que según los artículos 42 y 44 de la Constitución está legitimado a recibir el propietario, operándose a través de la fijación de estos coeficientes una expropiación sin la

dades y los porcentajes de reducción del canon ante el advenimiento de calamidades naturales que causen daños graves a los cultivos provocando el perecimiento de los frutos o su imposibilidad de percepción en medida no inferior al 30% de la producción normal.⁽²⁰⁴⁾

En el derecho francés la determinación de la cuantía del canon en productos del fundo implica dos operaciones, cuales la fijación administrativa de la cuantía media en el departamento y la fijación por las partes en cada "exploitation".⁽²⁰⁵⁾ Las "Commissions consultatives des baux ruraux" establecen niveles máximos y mínimos de la cuantía de la renta en cantidades determinadas de productos del fundo con base a las particularidades agrícolas de cada región del tipo de explotación agrícola local, así como del cultivo y de la calidad del terreno de que se trate.⁽²⁰⁶⁾ En el ámbito de estos límites administrativamente fijados, las partes convienen el precio, que si bien debe ser obligatoriamente calculado en productos del fundo, su modalidad de pago efectivo puede variar por acuerdo entre estas.⁽²⁰⁷⁾

El mismo artículo 812, N° 13 del code rural faculta a cualquiera de las partes a solicitar al "Tribunal paritaire" la revisión de la cuantía de la renta, a partir del tercer año de ejecución del contrato.⁽²⁰⁸⁾ Los artículos 814 y siguientes del code rural permiten al arrendatario obtener una remisión de precio cuando la cosecha perezca por casos fortuitos, siendo la única excepción al principio la contemplada en el artículo 817, cuando el arrendatario asume el riesgo de los casos fortuitos ordinarios.⁽²⁰⁹⁾

indemnización correspondiente, el monto de la cual como la misma Corte ha establecido en varias ocasiones, no debe ser "ne simbolico ne irrisorio". Según la sentencia, los datos catastrales de 1939, por efectos de la devaluación monetaria, debían alcanzar los coeficientes mínimos y máximos de 38 y 105.

(204) La doctrina ha puesto de relieve cómo los acontecimientos dañinos mencionados requieren ser de carácter general y de efectos extensivos a la entera zona agraria. Por todos, v. Massart, *L' affito*, cit. p. 61.

(205) Guilbaud, *Le statut du fermage et du metayage*, cit. p. 177. Mazeaud, *Leçons du droit civil*, cit. p. 481.

(206) En la fijación de esta cuantía las comisiones sin embargo, deben atenerse en su límite máximo a la cantidad de productos que en la región consideraba representaban en 1939 el canon normal del arrendamiento. V. Megret, *Baux ruraux*, cit. ps. 38 y 39.

(207) El artículo 812-1 del code rural prevé el caso de fijación del precio en trigo, que en Francia está también sujeto a un particular control administrativo. V. Guilbaud, *Le statut*, cit., p. 483.

(208) El decreto N° 1069 de 5 octubre de 1960 introduce modificaciones a esta disposición en el caso en que la renta haya sido determinada parte en trigo y parte en otro producto del fundo. V. Mazeaud, *Leçons du droit civil*, cit. p. 483.

(209) V. Mazeaud, *Op. y loc. ult. cit.* Guilbaud, *Le statut du fermage*, cit. p. 485.

En España el artículo 7 del Reglamento (Decreto 745/1935 de 29 de abril de 1959) regula el llamado derecho de revisión de la renta, susceptible de ser ejercitado por cualquiera de los contratantes, mediante la solicitud al Tribunal competente de su fijación definitiva.⁽²¹⁰⁾ Además de esta posibilidad de revisión judicial de la renta, contribuyen a restringir el ámbito de la autonomía contractual la alteración de la renta por decisión gubernamental así como la reducción y condonación de esta por el advenimiento de casos fortuitos extraordinarios.⁽²¹¹⁾

En Inglaterra siendo permitida la fijación inicial de la cuantía del canon en el contrato por la libre voluntad de las partes, la "Section 8" del "Agricultural Holdings Act" de 1948 autoriza tanto al arrendador como al arrendatario a requerir la intervención de un árbitro para determinar la posibilidad de su variación subsiguiente y el volumen de la nueva renta cuando se admita la modificación del pacto original. En términos generales el árbitro puede modificar la cuantía de la renta cuando mejoras hayan sido realizadas por el arrendador sin servirse de un préstamo estatal a esos fines, o bien por el arrendatario en cumplimiento de una estipulación contenida en el contrato.⁽²¹²⁾

Existen posibilidades de modificaciones de la renta cuando el arrendador o el arrendatario decidan sustraer parte del fundo de la actividad de cultivo a los propósitos de su conservación como pasto, o bien cuando se haya pactado la prohibición al arrendatario de realizar ciertos actos y el "Agricultural Land Tribunal" altere dicho pacto en vista del interés de alguna de las partes o de la comunidad.⁽²¹³⁾

(210) Exceptuados de la revisión se encuentran sin embargo, aquellos contratos que hubieren sido sometidos al momento de su formulación al conocimiento del juez municipal o comarcal. V. Ballarín, *La estructura de la propiedad*, cit. p. 37. Luna Serrano, *La tipicità dei contratti nel quadro della evoluzione del diritto agrario spagnolo*, cit. p. 455.

(211) La cuantía de la renta arrendaticia se encuentra sujeta, como observamos en la nota 196 supra, al precio del trigo. El artículo 8 del reglamento enumera como casos fortuitos extraordinarios que dan lugar a la reducción o condonación de la renta los terremotos, la inundación insólita, la guerra, la langosta y otros semejantes. V. Ballarín, *La estructura de la propiedad*, cit. p. 38.

(212) Para las varias hipótesis en que tales mejoras dan lugar al aumento de la renta ver Mustoe and Wood, *Agricultural law and tenant right*, cit. p. 129. Akins, *Landlord and tenant*, London 1967, ps. 81-82.

(213) Sobre la sustracción de parte del fundo a la actividad de cultivo, (Section 65 del Agricultural Holdings act de 1948). V. Mustoe and Wood, *op. ult. cit.* p. 138. Sobre los actos mencionados, que incluyen la quema de hierbas y la sustitución de cultivos secundarios, (Schedule 1, del Agricultural Holdings act de 1953). V. Scammell, *The law of agricultural holdings*, London 1964, ps. 81 y sig.