

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA  
ESCUELA DE DERECHO

Revista  
de  
Ciencias Jurídicas

57



No. 4

25 OCT 2011

Noviembre de 1964

340 R  
#4  
NOV  
1964  
REV 141462



Sistema de Bibliotecas - UCR  
  
REV 141462

BOB & DIV  
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA  
FACULTAD DE DERECHO

DIRECTOR:  
C. EDUARDO ORTIZ ORTIZ

### SUMARIO:

#### ESCRITOS ORIGINALES

|  | Pág. |
|--|------|
| El Misterio del Proceso .....<br>Prof. Salvatore Satta   | 7    |
| El Proceso en la Unidad del Ordenamiento .....<br>Prof. Salvatore Satta                          | 28   |
| Sobre el Concepto del Derecho .....<br>Dr. Raúl Cervantes Ahumada                                | 38   |
| Los Procesos de Nuremberg.....<br>Dr. Paul M. Hebert   | 57   |
| El Pacto de Reserva de Dominio en la Compraventa .....<br>Lic. Pablo Casafont Romero             | 74   |
| El Jurado en Costa Rica .....<br>Lic. Hugo Porter Murillo  | 122  |
| Nociones de Derecho Precolombino .....<br>Lic. Jorge Enrique Guier                               | 154  |
| Introducción al Estudio del Derecho Agrario de Costa Rica .....<br>Lic. José Manuel Camacho F.   | 175  |
| Los Grandes Problemas de la Ciencia Política Contemporánea .....<br>Dr. Salvador M. Dana Montaña | 265  |

#### SECCION LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

|  |     |
|--|-----|
| La Jurisdicción Tutelar de Menores en Costa Rica .....<br>Licda. María Eugenia Vargas Solera | 295 |
| Comentarios al Proyecto de Ley Sobre Propiedad Horizontal .....<br>Lic. Rogelio Sotela M.    | 325 |

## ESCRITOS ORIGINALES

# EL MISTERIO DEL PROCESO

Prof. SALVATORE SATTA

Ordinario de Derecho Procesal,  
Universidad de Roma.

Traducción de Walter Antillón  
Montealegre, Suplente de Teoría  
del Estado, Universidad de C. R.

Narran las historias que el 2 de setiembre de 1792, mientras el Tribunal revolucionario constituido hacia pocos días (tenía "a su haber" solamente tres cabezas) juzgaba al Mayor Bachmann, de la Guardia Suiza del Rey, un rumor sordo y lejano invadió la gran Sala de las Audiencias, que llevaba el nombre de San Luis.

Reunida al conjuero de esporádicos cañonazos —de aquel cañón que en la fantasía del Poeta de un siglo después sería "admonitorio"— una inmensa multitud, la masa de todas las revoluciones, emergía de los bajos fondos y se regaba por las riberas y puentes del Sena. Eran las tres

(\*) Al traducir los ensayos que ahora presentamos, fue nuestro propósito divulgar entre los cultores del Derecho Procesal en nuestro País, aun cuando sea en la forma de síntesis en que aquí se exponen, las ideas que sustenta el ilustre profesor de la Facultad de Derecho de Roma acerca del Ordenamiento Jurídico, el Proceso y la Acción.

Concebidas en su juventud de estudioso, estas ideas, sumamente originales, fueron sometidas a dura crítica por parte de los más grandes procesalistas de entonces (recuérdese la célebre polémica con Carnelutti) y hoy mismo no puede decirse que los ataques hayan cesado; antes bien, afluyen continuamente desde autorizadísimos sectores de la Doctrina. Pero las ideas del Profesor Satta no han hecho más que reafirmarse ante la crítica, ganando cada día autoridad, y hoy puede decirse que su influencia es ostensible, sobre todo entre los jóvenes estudiosos de la materia.

Su programa, nutrido esencialmente de las doctrinas filosóficas del Profesor Giuseppe Capograssi, no consiste solamente en la crítica —aguda y a veces demoleadora— de la Doctrina Tradicional, o más directamente de la de Chiovenda, sino y principalmente constituye un replanteamiento "da capo" de la entera teoría del Ordenamiento Jurídico, a fin de presentar a éste en su sencilla unidad. Desde su perspectiva de procesalista, y al igual que otros grandes Maestros de esta disciplina, Satta ha debido ascender al plano de la Filosofía del Derecho en busca

de la tarde y el día era limpio y cálido. Impasibles, los jueces se aprestaban a interrogar a varios soldados suizos, arrestados también ellos desde el 10 de agosto, que desde las cárceles repletas habían sido conducidos allí para que rindieran testimonio contra su Jefe. Hacia las cuatro y media el rumor se hace más cercano e insistente: parece casi subir al Palacio mismo. Un ujier del Tribunal —las crónicas han conservado su nombre— se asoma a la ventana que da al patio de la Sección de Varones de la Cárcel, y una espantosa visión se ofrece a su mirada. Una horda de descamisados, excitados por algún demagogo, había forzado las puertas, y armada de puñales, hoces y picos arrastraba a medio patio a cuanto prisionero encontraba, y haciéndole comparecer allí ante un improvisado Tribunal del Pueblo, hacía de ellos horrible estrago. Como los desgraciados, presa del terror, se refugiaban dentro de las celdas, improvisando barricadas, echaban abajo puertas y obstáculos y golpeando ciega y furiosamente los abatían uno sobre otro: mísero amasijo de carne sangrante. Ni las luchas, ni los

---

de una nueva fundamentación de los fenómenos procesales, que allanara las muchas perplejidades que en su mente habían dejado los sistemas abstraccionistas, entonces en boga. Y fue por esto que su doctrina, rechazando toda elaborada abstracción, todo concepto escolástico, ha buscado en el detalle "vivo" la Dinámica del Ordenamiento.

Pero debemos limitar este comentario de traductor a lo meramente informativo: Los dos trabajos que presentamos han sido escritos en períodos muy distantes entre sí, pues "El Misterio del Proceso" es de abril de 1949, y "El Proceso en la unidad del Ordenamiento", de mayo de 1963; pero claramente puede notarse entre ambos una esencial unidad de criterio y de sentido, no obstante la aparente diversidad del asunto que en cada uno de ellos se trata. El primero, hoy día famoso, fue leído en la Universidad de Catania pocos años después de concluida la Segunda Guerra Mundial, con el recuerdo aun latente del régimen de justicia del "fascio" y del nazismo, y más aun el de los Tribunales Militares de Nuremberg, patéticas realidades cuya significación se ofrecía fecunda para un estudioso del Proceso. Tales factores, creemos, habrán contribuido decisivamente para que el escritor tratara de sorprender en lo histórico, y aun en lo simplemente anecdótico, es decir, en el puro "dato", la única posibilidad de elaborar conceptos científicamente válidos en el campo jurídico. El segundo de los trabajos, en cambio, fruto de plena madurez, propende en mayor grado a la síntesis teórica, pudiendo, merced a esa orientación, ilustrar mejor a quienes quieran acercarse al pensamiento del autor.

gritos, ni los sollozos, ni los llamados desesperados, ni el ruido de los golpes y las puertas derribadas, ni las cabezas segadas, los pechos desgarrados, la sangre que corre a torrentes, el horror que de esta arena de masacre sube, con el olor de la carnicería, hasta las ventanas, nada interrumpe o retarda la Audiencia que se desarrolla en el Tribunal, en la Sala llamada "de San Luis".

De pronto entre la masa bestializada corre la voz de que los Suizos del Rey están en la Sala de las Audiencias. Con gritos inhumanos se atropellan escaleras arriba, atraviesan estancias y vestíbulos —venerables por antiguos recuerdos— y aparecen en el umbral, ensangrentados los andrajos y las armas. El terror es tal que los Suizos se arrojan al suelo, arrastrándose por debajo de las bancas para huir de la cacería.

Sólo el acusado Bachmann, que está seguro de morir, sea en manos del Juez o en las manos de estos asesinos, deja el escabel que ha ocupado desde hace treinta y seis horas y se presenta a la barra como para decir: matadme!

---

Excepto sus "Instituciones del Derecho de Quiebra", vertidas y editadas en español por el Profesor Sentís Melendo, la obra de Satta ha permanecido extraña a nuestra lengua y, consecuentemente, casi ignorada por nuestros juristas —fenómeno que, por otra parte, no es único, puesto que también ignoramos casi todo acerca de obras tan importantes como las de Virgilio Andrioli, Enrico Allorio, Gian Antonio Micheli, Liebman, Cappelletti, Furno, Garbagnati y muchos otros distinguidos Maestros del Derecho Procesal, cuyas doctrinas constituyen hoy día un contingente único en el Mundo. Ante ello, el pequeño esfuerzo que con estas traducciones hemos cumplido tiende a despertar la atención de nuestros estudiosos hacia el pensamiento del distinguido jurista, ofreciendo un suscito panorama de sus doctrinas, en la esperanza de que pronto veamos vertidas al castellano sus obras mayores, entre las que cabe mencionar su "Derecho Procesal Civil", que ha alcanzado la sexta edición, "La Ejecución Forzada", que forma parte del Tratado de Derecho Civil dirigido por el Profesor Filippo Vasalli, y especialmente sus "Comentarios al Código de Procedimientos Civiles" de los que hasta ahora han aparecido tres volúmenes, y que se considera su obra fundamental.

No queremos terminar estas palabras sin expresar nuestro agradecimiento al Profesor Satta, por la amable acogida que diera a nuestro proyecto de traducir sus ensayos, y su benévola autorización para que fueran publicadas nuestras versiones. Esperamos haber merecido su gesto.

Ocurre entonces un hecho admirable: el Presidente Lavau detiene con un gesto a los invasores y con pocas y enérgicas palabras los intimaba a "respetar la Ley y al acusado que está bajo su Espada". Véase entonces a los masacradores, en silencio, replegarse dócilmente hacia la puerta. "Ellos comprendieron —comenta Lenótre: *Le Tribunal révolutionnaire, Paris, 1947*, página 52, del cual recogemos el episodio— que la obra que ellos cumplían allá abajo, con las mangas arrolladas y la pica entre las manos, estos burgueses de capa negra y sombrero de plumas la realizaban perfeccionada (la parachévent) desde sus sitiales".

El triste incidente se ofrece como un misterio doloroso a la contemplación del Jurista. Es vicisitud de ayer, pero también es la vicisitud de hoy y será la de mañana, puesto que ciertamente no podemos hacernos la ilusión de que el frágil artículo de la nueva Constitución que prohíbe instituir Tribunales o Jueces Extraordinarios obligue a la Historia y decida la mutación de su curso sangriento. Estas promesas que los hombres, temerosos unos de otros, se cambian en una Carta más o menos solemne, son como las promesas de eterna fidelidad en el amor: valen "rebus sic stantibus", hasta que la naturaleza, la pasión, la locura, no tomen la delantera. Pero en el episodio que hemos narrado y en las palabras con que el historiador lo comenta, el drama tiene casi la fijeza de una fábula; la acción ha sido como fijada en el círculo de una linterna mágica o, si queremos mantener el sentido religioso de horror, en el cuadro de un "vía crucis".

Dos grupos de hombres están frente a frente en la Sala de San Luis. Acerca de uno de ellos, que se encuentra en el umbral, no cabe la menor duda: son asesinos. Tienen las manos enrojecidas, los andrajos sucios de sangre; sangre piden todavía, con los ojos fijos en los pobres prisioneros que están al otro lado de la barra. Pero el otro, los otros hombres? Si se interroga al hombre de la calle no dudará para decir que también ellos son asesinos; y por tales los

tiene, además, el decir popular cuando sustituye el nombre de Palais de Justice por el de Palais "ou l'on condamne". Y son asesinos porque son las mismas personas, distintas apenas por la capa negra y el sombrero de plumas; y si dicen: "el acusado está bajo la Espada de la Justicia", con ello solamente entienden decir, y son al momento comprendidos: "dejadlo tranquilo, que ya nos encargaremos de matarlo nosotros". Acerca de la sustancia de las cosas, que no es sino su valoración moral, sería vano discutir. Pero el Jurista que contemplara con puros ojos de jurista la horrible escena sentiría que la valoración moral no bastaría a penetrar su esencia, y multitud de preguntas oprimirían su espíritu reluciente —casi diría: su propia conciencia.

Si unos y otros son asesinos, por qué éstos, que podrían impunemente asesinar por medio de la acción directa, lo hacen a través de un proceso? Pero, es éste en realidad un proceso? Y si es un proceso, qué cosa es entonces el otro Proceso, aquél en que pensamos al hablar de Justicia y de Derecho? Y, en definitiva, qué cosa es el Proceso? Preguntas a las que tal vez no se puede responder, pero frente a las cuales es necesario dar una respuesta, si no queremos concluir nuestra vida de estudiosos con la amarga impresión de haber perdido el tiempo girando en torno a un vano fantasma, a una sombra a la que tomamos por algo consistente.

Difícil responder: difícil hasta trazarse una línea lógica para llegar a la respuesta.

Pero veamos. Esta gente quiere asesinar a través de un proceso. Cuál sea el motivo, contingente u ocasional, en cuya virtud prefieren el Proceso al asesinato directo, podemos dispensarnos de averiguarlo: la experiencia moderna sobre este género de cosas nos advierte que el interés que determina esta opción atroz no es reductible a principios ni categorías: manet alta mente repositum. Lo que importa es que prefieran asesinar a través de un proceso; quieren, entonces, un proceso: quieren "El Proceso".

Ahora bien, este hecho me parece de una capital importancia, cuya apreciación escapa, naturalmente, a quienes desean asesinar a través del Proceso; y la importancia está en esto: que el Proceso es un acto esencialmente y por definición "antirrevolucionario"; es un momento eterno del Espíritu, y quien hace la Revolución no puede desearlo sin que, en cierto modo, se niegue a sí mismo. Tal vez Danton lo sentía y lo expresaba en términos brutales cuando, durante el Proceso del Rey, para arrastrar a los dubitativos, a los no revolucionarios, y uncirlos al Carro Sangriento de la Revolución, gritaba desde la tribuna: no queremos juzgar al Rey, queremos matarlo!

Retengamos este primer dato. Veremos en seguida de qué manera la contradicción se forma en el pensamiento y el acto revolucionario. Sin embargo, es necesario presentarse primero dos objeciones casi antitéticas que, si fueran reconocidas como válidas, socavarían la consistencia de tal dato.

Se podría, en efecto, observar que el carácter antirrevolucionario, el momento eterno, como arriba hemos dicho, no es específico del Proceso, sino que ya se encuentra en la Ley que precede al Proceso. Y ciertamente que hay aquí un aspecto de verdad, porque la Ley, considerada en sí y por sí, no es compatible con el acto revolucionario: también niega la Revolución quien desea la Ley. Pero si se mira con cuidado no se tarda en observar, que esa verdad es más aparente que real, o al menos más formal que sustancial, pues se refiere no ya a la Ley como contenido sino a la Ley como forma, como instrumento. El contenido de la Ley es siempre un mandato, y el Mandato es, por definición, un acto arbitrario: un acto de omnipotencia; y como tal no puede no ser revolucionario respecto a un acto anterior, a un Orden anterior. Como tal se sustrae también a toda crítica que no sea de carácter político o moral, por toda crítica que no sea de carácter político o moral, porque la crítica hecha desde el punto de vista jurídico corresponde, si es el caso, a un momento precedente: al de

34  
R

la usurpación del Poder; al de la subversión de las formas impuestas por un determinado Ordenamiento para constituir la Ley.

Se dirá —y así pasamos a la segunda objeción— que el contenido de la Ley, el Mandato Revolucionario, sería de tal naturaleza que el Proceso no podría sino llevar a la actuación de dicho Mandato, esto es, al asesinato. El Juez asesinaría porque la Ley se lo impone: el momento del asesinato legal no estaría en el Proceso, sino en la Ley; o para decirlo en términos modernos, se trataría de una cuestión de Derecho Sustancial, no Procesal. Si lo anterior fuera verdad el problema planteado por nosotros ni siquiera existiría. Y no se puede negar que existe también aquí un elemento de verdad, pues la Ley es indudablemente un "dato" que se impone al Juez, quien no puede no tomarla en cuenta. Pero no es más que un elemento (y no es necesario demostrar aquí la falsedad del silogismo judicial) puesto que si la Ley fuese algo más que eso, el Legislador no tendría necesidad de instituir los Tribunales Revolucionarios después de haber creado la Ley Revolucionaria. La realidad es que quien asesina no es el Legislador sino el Juez; no lo es la Norma Legislativa sino la Revolución Judicial. Y de ahí que el Proceso se contraponga con una total autonomía frente a la Ley y al Mandato, con una autonomía en la cual y por la cual el Mandato, como acto arbitrario de imperio, se disuelve; e imponiéndose tanto al Mandato como a quien lo ha formulado encuentra, fuera de cualquier contenido revolucionario, su "momento eterno".

La experiencia nos muestra la indestructible realidad de esta autonomía, que parece apoyarse —y ciertamente se apoya— sobre bases metajurídicas; y se trata precisamente de la experiencia del Tribunal Revolucionario, de aquel Tribunal creado ex profeso para destruir y negar dicha autonomía. Quienes el diecisiete de agosto de 1792 habían votado la Ley Constitutiva de aquel Tribunal, no tenían ciertamente conciencia de que dicha Ley comportaba dos vo-

luntades, no una sola: la voluntad del Proceso, esto es, que el Mandato Revolucionario viniera actuado por medio de un Proceso; y la voluntad de la Forma Revolucionaria de dicho Proceso. Esta última era, verdaderamente, la única voluntad que los animaba y de la cual tuvieron conciencia, porque en sustancia ellos no querían el Proceso, o querían un No-Proceso; pero el Proceso, una vez instituido, vive una vida propia o, al menos, tiende a vivirla, y se retuerce como una serpiente contra quien lo ha criado.

En efecto, no debían pasar muchos meses para que los resultados del Tribunal de 1792 aparecieran ya escarfedores a los que lo habían instituido (cierto es que la insurrección del 4 de setiembre lo había privado de la materia prima, pues casi todas las cabezas disponibles habían sido cortadas mediante la acción directa); y he aquí que se perfiló la exigencia de un nuevo Tribunal, que sería el de marzo de 1793, y del cual se diría explícitamente, por boca de Danton, que tendría como único objetivo el de prevenir la renovación de las masacres de setiembre, esto es —como bien comenta un historiador— el de sustituirlas legalmente. En este nuevo Tribunal, provisto de jurados nombrados por la Convención, el Proceso parece definitivamente atropellado y reducido a una pura farsa, a una mera parodia de Justicia; pero el Proceso es duro para morir, no puede deseárselo y no deseárselo a la vez, y no pasarán muchos meses, durante los cuales tantas cabezas caerán —y una de éstas, para recordar el episodio más grotesco, por el asesinato de una persona que había venido personalmente a deponer a la audiencia—, no pasarán, digo, muchos meses, sin que el Tenebroso Fouquier-Tinville, después del quinto día de iniciado el Proceso contra los girondinos, escribiera a la Convención: "Estamos siendo estorbados por las Formas que prescribe la Ley. . . Este Proceso será entonces interminable. De otra parte se nos pregunta qué necesidad hay de testigos (pourquoi des témoins?). La Convención, Francia entera acusa a los imputados; cada uno tiene en su alma la convicción

de que ellos son culpables. El Tribunal no puede hacer nada por sí mismo: está obligado a seguir la Ley. Corresponde a la Convención hacer desaparecer todas las dificultades que obstaculizan su camino". Y la Convención, a propuesta de Robespierre, da una vuelta de tornillo —como se diría en el Lenguaje del Cinismo Moderno— y vota de inmediato un Decreto en cuya virtud "Si el Proceso se prolonga por tres días, el Presidente abrirá la siguiente Sesión preguntando a los Jurados si su Juicio está suficientemente formado (suffisamment éclairé). Si los Jueces responden que sí, se procederá a la Sentencia". Existe todavía el Proceso? Se diría aquí que del Proceso no queda realmente nada, que en este caso verdaderamente es la Ley la que asesina, y no el Juez. Sin embargo no será así. Los Dioses tienen sed, pero el Proceso es siempre una pantalla —todo lo tenue que se quiera— que impide derramar el líquido sanguíneo. Ciertamente que no se notará casi esta pantalla cuando se trate de hacer caer a granel las oscuras cabezas de los infelices que quedaron apresados en el engranaje: pero ya llega el día en que, siguiendo el movimiento necesario de todas las revoluciones, los mismos Dioses, uno por uno, se alternarán sobre los fatídicos estrados del Tribunal. Y será la vez de Danton y sus cómplices. Los pequeños hombres a quienes ha sido confiada la tarea de matar al Tribuno ven entonces con terror la pantalla levantarse delante de ellos. En vano Fouquier-Tinville recurre al miserable expediente de hacer retardar la apertura de las audiencias, para que los tres días del tristemente célebre Decreto se reduzca a unas pocas horas: los Jurados pueden responder siempre —y todo hace prever que lo harán— que no están "suffisamment éclairés". Un riesgo inmenso que compromete tal vez las cabezas de los acusados y las de los Jueces. Y he aquí de nuevo a Fouquier-Tinville que escribe a la Convención la tenebrosa carta: "Ciudadanos Representantes, una terrible tempestad retumba desde que la Sesión ha comenzado. Los acusados reclaman desatinadamente que se oiga a los testigos de descargo. . . Nosotros os invitamos a trazarnos de-

finitivamente la conducta que debemos asumir al respecto, puesto que el Orden Judicial no nos ofrece ningún medio para motivar su rechazo". La respuesta será un Decreto de la Convención que pondrá a los acusados fuera del Proceso (hors des Débats): un anticipo de lo que será la Ley de 22 "Pradial", en cuya virtud el interrogatorio, el testimonio, la defensa, todo será puesto a un lado; pero ante todo serán suprimidos los jueces débiles, "faibles" (el Acusador Público los había señalado con una pequeña "f" después de la ejecución de Danton), que impedían morir al Proceso.

Encerrado en su celda, durante aquellas pocas horas que debían transcurrir entre la condena y la ejecución, Danton se acusa de haber hecho instituir el Tribunal Revolucionario, y pide por ello perdón a Dios y a los hombres. Ciertamente que él no tiene tiempo entonces de pensar estas pobres cosas que nosotros pensamos, ni de darse cuenta de que para matarlo a él había sido primero necesario matar también aquella larva de proceso que él mismo había creado. Desde el punto de vista moral, que en el momento supremo es el único que cuenta, el Decreto de la Convención era una lógica consecuencia de aquel Proceso, y ciertamente Dios habría rechazado como un sofisma cualquier distinción entre ambos. Mas tarde empero, cuando suene la hora de la expiación, y Fouquier-Tinville sea a su vez arrastrado delante de los Jueces, el viejo hombre de leyes encontraría, casi por olfato, que en aquella distinción estriba su impunidad, y trataría de cubrir con el Proceso, con el valor eterno del Proceso, sus maldades. "Me hacéis responsable por los Juicios —grita—. Si se atacaran los Procesos yo no tendría nada que responder". Pero es precisamente el Proceso —aquel Proceso que se revolvió contra él en las horas más trágicas del Terror— que hoy resurge de sus cenizas y frente a Dios y los hombres reclama su condenación.

Quieren el Proceso, y lo quieren —piénsese bien— verdaderamente, con todas las implicaciones que el mismo acarrea. Antes bien, se diría que, paradójicamente, es la única

cosa que verdaderamente quieren, porque es la única que pueden no querer. El crimen, la degollina, podrían ellos consumarla y justificarla —y así la justifican los espíritus menos desprejuiciados— como una inmensa Medida de Seguridad que no tiene necesidad de apelar a la Justicia para distinguirse del asesinato. En una de aquellas conversaciones privadas que interesan siempre las cosas supremas, aunque su asunto sea el más humilde, Capograssi observaba que el Proceso Revolucionario no es sino un delito que se desenvuelve todo en las tinieblas, menos un pequeño trozo: un trozo descubierto. Y es en este pequeño trecho descubierto, en esta pequeña zona de luz, que se fija la mente del Jurista buscando de penetrar el misterio más allá de la clara, demasiado clara apariencia de las cosas.

En los años de mi Primavera —pues también los Juristas tienen una Primavera— me ocurría de razonar sobre el problema del así llamado "Objetivo del Proceso". Es un problema fundamental, un problema central, en el cual dos concepciones y dos mundos se oponen y se encuentran: "La Actuación de la Voluntad de la Ley" por un lado, y por el otro "La Defensa del Derecho Subjetivo", la Concepción Publicística y la Concepción Privatística del Proceso, con importantes reflejos también en el campo de la Práctica. Y razonando con la temeridad propia de los años mozos yo afirmé entonces que el problema estaba mal planteado: que de hecho no existía, puesto que simplemente el Proceso, como tal, no tenía un objetivo, si bien ciertamente sí lo podían y debían tener las personas que actuaban en el Proceso y los actos en los que se concretaba su función. Como Danton, he pedido perdón muchas veces a Dios y a los hombres por tamaña audacia; pero ahora, fijando la atención en aquel pequeño "trozo descubierto", la intuición juvenil reafloja y se impone a la madura experiencia, si es que no es la experiencia, como tanto sucede, la que se resuelve en juvenil intuición. En realidad me parece que se pueda convenir en que el objetivo de un acto es algo que

está necesariamente fuera del acto, representa el insertarse del acto en la vida práctica y, como tal, es indispensable al mismo, que privado de su "objetivo" no sería siquiera un acto: la misma Ley refleja esta verdad cuando hace destacar la inidoneidad del acto para alcanzar su propio objetivo. Pero el Proceso, tiene un objetivo? No se diga, por caridad!, que su objetivo es la "actuación de la Ley" o la "defensa del Derecho Subjetivo", o el castigo del reo, ni tampoco la Justicia o la búsqueda de la Verdad: si eso fuese verdad, sería absolutamente incomprensible la Sentencia injusta y la propia fuerza de la Cosa Juzgada, que cubre, mucho más que la tierra, los errores de los Jueces. Todas estas pueden ser, y son, los objetivos del Legislador que organiza el Proceso; de la Parte o del Ministerio Público que en concreto lo promueven; no el objetivo del Proceso. Si se quiere asignar un objetivo al Proceso, ese no puede ser otro que el Juicio: y, en efecto, "processus iudicii" era la antigua fórmula, contraída después casi por antonomasia en "Proceso". Pero el Juicio no es un objetivo exterior al Proceso, porque éste no es otra cosa que Juicio y "formación" de Juicio; si entonces aquél tiene un objetivo, lo tiene en sí mismo, lo cual es como decir que no tiene ninguno. Verdaderamente Proceso y Juicio son actos sin objetivo, los únicos actos de la Vida que no lo tienen.

Paradoja? No; no es una paradoja: es un misterio. El Misterio del Proceso; el Misterio de la Vida. Si contemplamos el curso de nuestra existencia —el breve curso de nuestra vida individual; el largo curso de la vida de la Humanidad— el mismo nos aparece como un subseguirse, un entrelazarse, un sobreponerse de acciones bellas o feas, buenas o malas, santas o diabólicas; y es más, la Vida misma no es otra cosa que el inmenso río de la acción humana que parece proseguir y desenvolverse sin reposo. Y he aquí que en un determinado punto este río se detiene; mejor dicho, a cada instante, en cada momento de su curso se detiene: debe hacerlo so pena de convertirse en un torrente

desencadenado que todo lo anega y arrastra; la acción se repliega en sí misma y dócil, resignadamente se somete al Juicio. Porque precisamente el Juicio es este golpe de freno: un acto contrario, entonces, a la Economía de la Vida, que es toda movimiento, voluntad, acción; un acto antihumano, inhumano, un acto que verdaderamente —si se le considera, bien entendido, en su esencia— no tiene objetivo. Los hombres han intuido la naturaleza divina de este acto sin objetivo y han puesto a merced del mismo su existencia. Y hasta es más: han construido sobre este acto único toda su existencia. Pues según nuestro Credo, cuando termine la Vida, cuando haya concluido toda Acción, vendrá Uno, no para castigar, no para premiar, sino para juzgar: "qui venturus est iudicare vivos et mortuos".

Juzgar; no castigar. Castigar puede cualquiera, pues castigar no es más que Acción, brutal acción. Castiga Minos, ciñendo la cola; pero cuando el Alma se presenta frente a él, el Juicio ya ha sido cumplido en una esfera en la cual él, demonio, no puede penetrar.

El principio "nulla poena sine iudicio" no expresa solamente una exigencia práctica de Justicia sino también una necesidad ontológica. Sin embargo, en este punto, y casi por una inversión de su naturaleza divina, el Juicio nos presenta otro rostro que no es menos misterioso que el primero, siendo quizá más tenebroso. El Principio "nulla poena sine iudicio" parece invertirse: si el Juicio es necesario a la Pena, ésta aparece también como necesaria al Juicio: "nullum iudicium sine poena". Se diría más bien que toda la Pena está en el Juicio; que la Pena-Acción (la Cárcel, el Verdugo) interesan solamente en cuanto son, por así decirlo, prosecución del Juicio (piénsese en el término "ajusticiar"). Chiovenda ha hablado del Proceso como "Fuente Autónoma de Bienes"; se podría, con más realismo, hablar de "Fuente Autónoma de Males"; y me parece que Carnelutti, con su poderosa intuición, lo ha visto así cuando habla de "disolución de la Pena en el Proceso", hasta el punto de llegar

a la desconcertante consecuencia de que la Sentencia de Absolución es la confesión de un error judicial. En todo caso todos tenemos la experiencia de que nada es tomado tan a pecho por los hombres como la vida del criminal o supuesto criminal que ellos quieren suprimir a través del Juicio; nada los desilusiona más que el condenado que se anticipa al Juicio mediante el suicidio; y la Historia está llena de ejemplos antiguos y tal vez recientísimos de suicidas ajusticiados.

La razón inmediata de este singular fenómeno; la razón, diría "deleznable" —de la única de que los hombres se dan cuenta— está en el originario y siempre permanente núcleo de venganza del cual la Justicia se ha desenvuelto. Pero la verdadera razón, la razón esencial, esa es mucho más profunda; y es que nada aborrecen los hombres más que el Juicio, este acto sin objetivo que han puesto en el centro de su existencia. Cada uno es íntimamente inocente: el verdadero inocente no es el que resulta absuelto sino más bien el que pasa por la Vida sin Juicio. Pero aborrecen a éste por la misma razón en cuya virtud, a su turno, quieren juzgar: porque significa postular la injusticia de una Acción y, en consecuencia, invocar lo justo contra ella. Esto no se suele advertir en los Procesos corrientes, pero se revela claramente en los así llamados "Políticos", en los que parece que se contrapusieran dos Justicias; que distinguir lo Justo de lo Injusto no sea entonces posible sino en la línea de la Fuerza; en los que no se sabe ya quién es el Acusado y quién el Acusador; y en los que la absolución del Acusado se resuelve en una Condena, a menudo no solamente moral, contra el Acusador. Lo que importa, en suma, no es que caiga la cabeza, sino solamente que, si cae, yo esté en lo Justo: por tanto, lo que importa es el Juicio. Por esto, por la instancia de Justicia, y digamos también de "Divina Justicia", que hay en el Juicio, se dijo: "No juzguéis". Pero también por esto el Juicio (el buscar la razón de lo Justo, como bien lo sintió el Dante) es una Pena: es la única y

verdadera Pena. El genio de Blas Pascal ha fijado para siempre esta verdad en un pensamiento sublime: "Jesucristo no quiso ser ejecutado sin la forma de la Justicia porque es mucho más ignominioso morir por virtud de un Juicio que por una sedición injusta".

Quieren juzgar porque sin Juicio no hay Pena; porque quieren ser Justos. En una palabra, porque reconocen en el Juicio un momento eterno en el cual se detiene su convulso movimiento. Su drama se parece al del ateo, que no puede negar a Dios sin, a la vez, afirmarlo. Pero si el drama de éste se desarrolla en los fríos dominios del intelecto y puede, por ello, ser dejado tranquilamente sin solución, el otro a que nos referimos se desenvuelve bajo el signo tempestuoso de la Acción, y en ésta encuentra, como en el filo de la espada de Alejandro, su desenlace. De la Acción, en efecto, la Revolución se traslada al Juicio, y la antítesis irreconciliable se recompone en la fórmula: Juicio Revolucionario, Proceso Revolucionario, Tribunal Revolucionario.

Después de lo dicho no tenemos necesidad de demostrar que tal fórmula carece de sentido. Si el Juicio es Juicio no es "Revolucionario"; si el Juicio es revolucionario, no es "Juicio". Pero es precisamente de esta fórmula de donde surge el problema más angustioso, porque para quien quiera considerarla sin pasión, ella traslada brutalmente el Misterio del Proceso de la Teoría a la Práctica. Es cierto que frente a nuestras especulaciones el Hombre de la Revolución puede hacerse, a su vez, especulador, y decirnos: "Tenéis toda la razón. Me he equivocado: éste no es un Juicio Revolucionario; es simplemente un Juicio o, mejor dicho: éste es "el Juicio". Quid est veritas? La pregunta de Pilato se resuelve perfectamente en esta otra: "Quid est processus?"

Pero reflexionad bien: el Hombre de la Revolución Francesa no habría hablado nunca de este modo. Aquellos buenos busgueses se habían puesto a cortar cabezas sin tener vocación para ello, y como son numerosos los testimonios

de su piedad, resulta así patente, a través de dichos testimonios, que ellos tenían conciencia de la monstruosidad de sus procesos y anhelaban el momento en el cual se restablecería el Imperio de la Ley y se volvería al Proceso Común, o más simplemente, al Proceso. La postulación del Proceso Revolucionario como un Valor es propia de los revolucionarios modernos y surge como corolario del concepto de "Revolución Permanente" que ellos han dado a conocer; forma parte de aquella "Umwertung aller Werte" que tal vez es la nota más trágica de nuestra existencia. Y no tiene ninguna importancia que ellos sean de buena o de mala fe, que crean o no lo que dicen: la instancia está en la Acción, tanto más apremiante cuanto más absurda sea la Acción. En aquel breve "trozo descubierto" aparecen hoy, no ya las miserables comparsas incrédulas de su suerte, víctimas rebeldes que gritan y cubren de maldiciones a sus verdugos, sino extrañas figuras de alucinados que no piden otra cosa sino confesar sus culpas, que aceptan y exaltan a los jueces que los condenan, y casi guían sus manos al escribir la fatal Sentencia. Es de cada una de estas figuras de donde prorrumpe la angustiosa pregunta: quid est processus?

Sí; qué cosa es el Proceso?

Pensamos en la antigua definición de Búlgaro: "processus est actus trium personarum, actoris, rei, iudicis". Esta definición, a la que se refiere, como es sabido, la doctrina de la así llamada "Relación Jurídica Procesal", pone en relieve el carácter de lucha, el carácter verdaderamente dramático que es intrínseco al Proceso. Son tres personas que luchan entre sí: el actor contra el demandado, el acusador contra el acusado; todos, en fin, contra el Juez, porque cada uno quiere plegarlo a su razón o, si queremos ser más optimistas, cada uno quiere que él sea aquel Juez sapiente, incorrupto, incorruptible, que Anatole France decía haber conocido —pero solo en pintura. Sobre la lucha de estos eternos personajes, y para regular la lucha, surgen

las leyes procesales, el Código de procedimientos. Nada, en verdad, es más fastidioso que estos Códigos para quien los lea sin ojo de historiador o filósofo: una serie de normas reglamentarias que estorban la Acción más de lo que ayudan a su desenvolvimiento. Pero cada una de estas normas encierra una secular experiencia, toda la experiencia de esta pobre Humanidad que ha confiado al Juicio su suerte, y tiembla ante la desmedida potencia de este Juicio. Se diría casi que todo el esfuerzo de los hombres con estas leyes del Proceso, con la institución misma del Proceso, está dirigido a la absurda esperanza de objetivar, de despersonalizar el Juicio, de reducir al Juez a mero trámite humano de una verdad que está fuera y sobre él. En estas Leyes, en estos Códigos, en esta secular experiencia pensamos nosotros cuando pensamos en el Proceso. Podemos entonces decir que no es Proceso todo aquello que va contra esta Experiencia, y que no es, por ello, Proceso, el Proceso Revolucionario?

Hubiera sido demasiado bello si los Dioses hubieran dado a los hombres criterios tan absolutos, tan directamente formales para distinguir lo recto de lo torcido y, en definitiva, el Bien del Mal. Pues una experiencia no es más que una experiencia, y vale mientras no se forme otra experiencia contraria. Y en verdad; quién puede negar que también el Proceso Revolucionario no sea un dato de la Experiencia? Y no es un dato de la Experiencia, seguramente, el Proceso Marcial? Y a qué se reduce el Proceso Arbitral cuando los árbitros tienen la facultad de regular el desenvolvimiento del Juicio del modo que crean más oportuno? Sin contar con que la Praxis de las revoluciones modernas puede llegar a tal punto de refinamiento que torne sobremanera difícil descubrir el punto en cuya virtud pueda decirse con seguridad que existe una contradicción con la Experiencia?

Precisa entonces ir más al fondo, buscar más profundamente. Precisa ver si en toda esta Experiencia no hay un dato que refleje, no ya la existencia de Verdad, de Justicia,

de Certeza, etc., cosas estas todas que abstractamente pueden tenerse aun sin Proceso, sino precisamente la esencia del Juicio, cosa por la que pueda decirse, si faltara, que dicho Juicio no existe. Es necesario, en otros términos, indagar y fijar, si es posible, cuál sea el elemento constitutivo del Juicio, faltando el cual no se pueda ni siquiera hablar de éste. Y a mí me parece que este elemento sea individual, y que sea uno solo: que el Juicio sea emitido por un Tercero. No es un descubrimiento; es un Principio tan viejo como el Mundo que ninguno puede ser Juez de su propia causa, lo que significa que quien juzga en causa propia no emite un Juicio.

A primera vista ninguna observación parece más desesperante que ésta. Bastará entonces que un tercero disponga de nuestros haberes y nuestra vida para que se pueda decir que el Juicio se ha realizado? Es entonces un juicio, el Juicio, también aquel Proceso en la taberna del hoy célebre monólogo de Capograssi?<sup>1</sup> Pero el ansia de la duda se aplaca cuando se valora la exacta significación de esta elemental exigencia: que el Juicio sea emitido por un Tercero.

Tercero es quien no es Parte; no hay otro modo de definirlo, pero quién es Parte? El Proceso, cualquier proceso, considerado exteriormente, nos presenta un Actor, un Demandado, un Acusado, un Ofendido, un Perjudicado, un Acusador, si se quiere; todos estos son, ciertamente, Partes, pero no son las únicas partes. A lo sumo son "los actores" (es la palabra precisa), las "dramatis personae". Mas allá de ellos todos saben que hay una multiplicidad de sujetos a los cuales el Proceso favorece o daña, y que solo desde un punto de vista meramente formal no pueden ser llamados Partes. Cuando el Lenguaje Común, en su profunda filosofía, dice que el Juez debe ser imparcial, es decir, que no debe ser Parte, es a este concepto amplio y no ciertamente al

concepto técnico formal, al que se refiere. Y la Experiencia Jurídica se adhiere, por los demás, a la intuición del lenguaje, cuando fija los motivos de recusación y de abstención de los jueces. Pero todavía más allá de estos sujetos y más allá de la esfera de las relaciones individuales, existe, invisible, pero siempre presente y siempre apremiante, otra Parte: aquella que en el Proceso encuentra su obstáculo natural; aquella por la cual y contra la cual el Proceso ha sido instituido; la Parte a la que impersonalmente quisiera llamar "de la Acción" y que se suele subjetivar en el Poder Ejecutivo, pero que en realidad se extiende mucho más allá de éste, hasta comprender tal vez los Poderes de Hecho, que no pueden sufrir, como el Poder Legal, el Proceso y el Juicio. La máxima experiencia del Proceso se concreta indudablemente en la independencia de los Jueces, lo que no significa otra cosa que la garantía de que el Juez no es ni será Parte, porque no es Juez sino Parte aquél que depende de quien administra la Acción.

Tal vez todo esto no resalta o no tiene tanta importancia en el Proceso Civil, en el que los intereses, por graves que sean, permanecen siempre limitados dentro del ámbito de una Relación. Pero en el Proceso Penal, y sobre todo en aquellos procesos que toman el nombre, ya por sí mismo significativo, de "Políticos", se manifiesta toda la verdad, y a menudo en trágicas formas, de este amplísimo concepto de Parte. También en este caso Carnelutti ha tenido una luminosa intuición cuando dice que el Principio de Publicidad del Debate se explica solamente en cuanto se reconozca al público que tiene derecho a asistir al Proceso la calidad de Parte, y es precisamente en cuanto es Parte que les está vedado manifestar opiniones y sentimientos, o comportarse en forma tal que intimide o provoque. Si el Público fuese un tercero, es decir, extraño al conflicto de intereses que explota en el Delito, todo eso sería evidentemente superfluo<sup>2</sup>. Y

(1) El quid ius y el quid iuris en una reciente Sentencia. Publicado en la Revista de Derecho Procesal Civil. 1948, Tomo I, pág. 76.

(2) Lezioni sul processo penale. Vol. I; pág. 125.  
Revista de Derecho Procesal Civil. 1948, Tomo I, pág. 57.

como Parte, hace presión sobre la frágil barrera de madera que lo separa del Juez: si logra superarla materialmente, se producirá el linchamiento; si logra superarla espiritualmente, será la Parte la que juzgará, y no el Juez, es decir, no se producirá Juicio. Ahora bien, si esto es verdad, el problema del Proceso Revolucionario se resuelve en este otro: si la Revolución del Proceso arrastre este único "dato" de la Experiencia que responde a la esencia misma del Juicio, esto es, que el Juicio debe ser emitido por un Tercero. La respuesta me parece inequívoca: el sustituirse de la Parte al Tercero representa sin duda una tendencia del ánimo humano, de la acción humana, aun fuera de la Revolución. Desde el Proceso de Jesús en adelante, todos los Juicios que el Vencedor ha celebrado sobre el Vencido, hasta el último clamorósísimo, dan testimonio de ello. Pero en la Praxis revolucionaria esta tendencia se transforma en exigencia absoluta de la Acción: ella reconoce, por las razones ya dichas, el Juicio, hasta el momento en que éste, obedeciendo a su propia lógica, no se vuelva contra la Praxis misma. Esto es, reconoce el Juicio mientras sea la Parte la que juzgue y mientras de la Parte no resurja, por las fuerzas de las cosas, el Tercero. El propio nombre de Tribunal del Pueblo lo indica con toda franqueza, así como lo indicaba Fouquier-Tinville cuando, en la carta arriba citada, apelaba, contra los testimonios, a la Francia entera. Pueblo, Francia entera, no son, en el lenguaje jurídico otra cosa que el público de las barras; no son otra cosa que "la Parte". Es así; es necesario que así sea, porque si el Juicio debiera ser emitido por un Tercero, la Revolución habría terminado, y la Parte se sentaría entonces en el banquillo de los imputados. Pero el Juicio emitido por la Parte no es un Juicio; y por ello el Proceso Revolucionario no es, para el jurista, un Juicio.

Y con esta conclusión el jurista ha cumplido su parte. Es cierto que el Hombre de Acción podría todavía objetarle alguna cosa. Podría decirle, y en efecto se lo dice, en su

convulsionado esfuerzo de mantener permanentemente su Revolución, que nuestro Juicio no es sino un Prejuicio; que el verdadero, único Juicio es y será de ahora en adelante, el Juicio de Parte: su Juicio. Frente a esta objeción el Jurista no tiene realmente nada que decir. El es como el sacerdote de una vieja religión que ve mudar el rostro de su Dios. Antes bien, más desafortunado que éste, no le es dado ni siquiera ocultar en una catacumba el cuerpo y el espíritu, porque como jurista no puede hacer arraigar sus dogmas en una fe, no puede arraigarse él mismo en una fe, no puede hacer una fe del Derecho. Abre la página del viejo filósofo y lee: "Planteémonos la famosa cuestión: qué haríamos nosotros si supiésemos que por la salud del Pueblo, por la existencia misma de la Humanidad, encontrásemos en algún lugar un hombre, un inocente, condenado a eternas torturas? Tal vez lo consentiríamos, a condición de que un filtro mágico, nos lo hiciese olvidar, a condición de que no supiésemos más nada. Pero si debiéramos saberlo, pensar en ello, dinos que este hombre está sometido a atroces suplicios para que nosotros podamos existir, que ésta es una condición de la existencia en general, ah no!, entonces mejor aceptar que nada exista, mejor dejar saltar el Planeta!"<sup>3</sup>

Así habla el filósofo, y un secreto consuelo emana de su palabra. Pero el Jurista, que contempla la Acción en su ser concreto, observa que los hombres, a través de su Historia, buscan ávidamente aquel filtro: no piden sino beber de aquel filtro; apoyar su felicidad sobre el sufrimiento de los demás. Para el filósofo puede ser cuestión de Bien y Mal, pero nuestro Siglo afortunado afirma aquella perenne aspiración —y esto es una cosa nueva— como un valor. Más allá del Bien y del Mal, el Jurista traduce en términos jurídicos dicha aspiración, y encuentra que la misma se resuelve en la prevalencia de la Acción sobre el Juicio, en la negación del Juicio, en la refutación de la que, para un Mundo que lentamente declina, es todavía Justicia.

(3) Bergson: Les deux sources de la Moral de la Religión. Pág. 76.

## EL PROCESO EN LA UNIDAD DEL ORDENAMIENTO

Prof. SALVATORE SATTA  
Ordinario de Derecho Procesal Civil  
de la Universidad de Roma

1. El problema de la relación entre Jurisdicción y Ordenamiento.
2. Visión tradicional y no crítica.
3. Dinámica y estática del Ordenamiento.

1. La doctrina ha resuelto el problema de la relación entre Jurisdicción y Ordenamiento de un modo muy simple: con una serie de abstracciones y conceptualizaciones. Ha comenzado por objetivar el Ordenamiento —y acaso sería mejor decir "por subjetivarlo". Ha ideado la Ley como una entidad existente en sí, distinta de la realidad y a ella superior y extraña. Ha atribuído a la Ley una voluntad; ha configurado esta voluntad como un mandato, descomponiendo la norma en precepto y sanción, y disolviendo aquel que manda y aquel que castiga en otras tantas abstracciones. Por ello lógicamente ha concebido lo Concreto como actuación de "la Voluntad de la Ley", y en especial la Jurisdicción y el Juicio, que fueron considerados, aun si ello fuera por medio de designaciones diversas, como declaraciones de aquella voluntad objetivamente existente, y como realización de la misma.

Esta objetivación fue espontáneamente favorecida, si no determinada, por la referencia de la Voluntad al Estado, como un Ente positivo y casi exponente de dicha Voluntad, y del hecho de que la misma aparece casi materializada en un "Corpus Iuris". Se diría que precisamente de este Libro nace un mundo construido con Normas, poblado de seres abstractos (el propietario, el acreedor, el cónyuge, el here-

dero, etc.) que en otro mundo distinto encuentran —cuando la encuentran— su encarnación.

Una concepción de este género, que responde, como es fácil de ver, a una visión absolutamente estática del Ordenamiento, y aun de la Vida, está en la base de todas las doctrinas sobre la Jurisdicción y la Acción. Pero tal vez en ninguna es tan evidente como en la de Chiovenda, por su rotundidad y por la férrea lógica con que fue reducida a sistema. Desde la primera página de su volumen Chiovenda introduce el concepto de "la Voluntad concreta de la Ley" que establece y concluye una relación con "la Voluntad Abstracta" y que se forma al verificarse los hechos prescritos por la Norma. Y decimos "concluye" porque la Voluntad Concreta, que no es sino el Derecho Subjetivo, adquiere una existencia objetiva, que es la misma existencia objetiva de la Voluntad Abstracta, y agota enteramente la realidad. Corolario de esta posición conceptual es la mera "declaratividad" de la Sentencia ("el Proceso sirve, no ya para hacer concreta la Voluntad de la Ley, puesto que esta Voluntad se ha formado ya como concreta antes del Proceso, sino para constatar cuál es dicha Voluntad, y para actuarla"): de ahí la posición secundaria que ocupa el Juicio; el dualismo entre Ordenamiento y Jurisdicción.

Por lo demás puede decirse que tales conceptos y fórmulas no se han mantenido hasta hoy como posiciones doctrinarias más o menos aceptables, pero han entrado a formar parte de nuestra tradición y de nuestro mismo lenguaje, lo cual constituye un seguro de vitalidad con respecto a determinadas condiciones de vida (pues cada uno tiende a construirse teóricamente su vida según la configuración real que la vida ha asumido y que se ha asumido en la vida). Sin embargo, quien hoy relea, después de la grave experiencia que hemos vivido, cualquier gran libro de entonces, no tarda en descubrir que ya en lo profundo operan diversos fermentos. Mortara, por ejemplo, aparece hoy, en ciertos aspectos, más cercano a nosotros que Chiovenda,

por algunas intuiciones que, aquí y allá, se descubren en su vasta obra: "la Ley es la estática del Derecho, la Jurisprudencia es su dinámica" he leído en una página suya, y esta afirmación tan moderna me ha dado la clave para comprender la extraña composición de su primer volumen, en el cual, como es bien sabido, se hace confluír en el Proceso todo el Ordenamiento; se comprende en el Procedimiento, como dentro de un inmenso fresco, toda la organización del Estado: la formación de las leyes, la acción de la Administración, las relaciones tributarias, la justicia administrativa, la Jurisdicción Penal, la teoría de la interpretación. Pero son, en realidad nuestros tiempos los que nos han hecho advertir el sustancial equívoco de la concepción estática del Derecho y del Ordenamiento; los que han sometido a crítica algunos conceptos esenciales para aquella concepción, como, por ejemplo, el contenido del mandato, ya sea en la Ley o en la sentencia (Redenti); los que en forma más decidida han puesto a la luz, para usar las palabras de Ascarelli, que "la idea de un orden normativo existente y operante independientemente del intérprete es una ilusión". Pero es sobre todo Capograssi, desde un plano de altísima especulación filosófica, quien ha observado la relación entre la Ley, la Voluntad Objetiva y la Acción, afirmando que la Ley es intrínseca a la Acción y de ella indisoluble; que existe por ello una indisoluble conexión entre la Voluntad Objetiva y la Subjetiva: en una palabra, que existe un "Proceso Jurídico" en cuya virtud la Norma Objetiva no es sino una vía, "un proceso" a través del cual se llega a la Voluntad Particular, la que viene, entonces, a condicionar su existencia.

Estamos, como se ve, en las antípodas de la visión estática y dualista de la vida jurídica (y diría: en las antípodas de Chiovenda, si algunas veces no me asaltase la sospecha de que en aquella idea de la Voluntad Concreta de la Ley está ya, vivo y presente, el sentido de la dinámica del Derecho, y de que el corolario de aquella —la "mera decla-

ratividad del Juicio" — no es sino una tentativa extrema de aferrar y afirmar la realidad y la verdad como objetivamente existentes).

Pero más allá de la ciencia y los científicos, no está tal vez ya en el legislador, en un plano estrictamente positivo, el sentido de la dinámica del Derecho y, por lo tanto, el de la unidad del Ordenamiento? En el artículo 1º de las Disposiciones de la Ley en General el Legislador considera la Ley, al lado del Reglamento y la Costumbre, no como "el Derecho" sino como "Fuente" del Derecho. Se trata de un lenguaje imaginativo, del cual el hábito nos ha hecho perder su sentido profundo: qué otra cosa quiere ello decir sino que la Ley es un momento de la organización de la realidad, el acto en el cual la Voluntad Objetiva que rige la Acción —como diría Capograssi— se manifiesta? Pero precisamente porque es "su momento", la Ley es indisoluble de la Acción: la Realidad, lo Concreto, el Derecho, son esta Acción y esta Ley, es esta Acción en cuanto "quiere" la Ley.

2. El proceso de determinación de lo Concreto consiste en esta progresión ideal que va de la Ley a la Acción. Decimos "ideal" porque siendo la Ley indisoluble de la Acción, la sucesión temporal y material no puede ser sino mera apariencia. La doctrina jurídica ha concebido esta progresión en términos de "abstracto" y de "concreto", y es esa una efficacísima concepción, pues en realidad lo Concreto, por su misma necesidad de ser y, por lo tanto, de "querer" su propia Ley, parece espejarse en ésta, reflejarla como algo que está fuera y sobre él; predeterminada y, por ende, excluyendo toda participación de lo Concreto, al cual tiende a degradar a la categoría de mero hecho lícito o ilícito, válido o no válido, según precisamente corresponda o no a la Ley. De aquí ha nacido la conceptualización de la Voluntad Objetiva, del Derecho, en Norma; y de la Norma en Mandato con su relativa Sanción, queriéndose así explicar

la absoluta necesidad que la Voluntad Objetiva tiene de concretarse, pues sin lo Concreto no sería Voluntad Objetiva sino una nada; de ahí la subjetivación en el Estado, el Imperio, la Obediencia, etc. Y es necesario decir que esta concepción responde a una cierta experiencia, porque en general se da un espontáneo adecuarse de la Acción a la Ley —y por eso todos parecemos aplicar, actuar una misma Ley, a todos extraña e impuesta. No solamente esto, sino que en el Mundo Actual la regla es que la Voluntad Objetiva se exprese a través de todo un aparato formal; constituye, en suma, un "acto del Príncipe" —sea o no Monarca— que parece no solo proceder de lo Concreto sino agotarlo o reducirlo a mero insignificante episodio de pasiva obediencia.

De cierto en todo esto hay que el "acto del Príncipe" tiene, como que es un acto que se inserta en el proceso de determinación de lo Concreto, su pleno valor: es un acto jurídico, regido por su propia Ley, del mismo modo que es un acto jurídico el Contrato, la Sentencia, un acto de cumplimiento o de ejecución y así sucesivamente. Ciertamente que existe una relación de precedencia entre acto y acto; o aún mejor: lo Concreto aparece, en su exterioridad, como un suceder de actos, no solo en su formación jurisdiccional, esto es, en el "processus iudicii", sino en la determinación general de que hablamos. El error comienza allí donde se tiende a identificar estos actos, y cada uno de estos actos, que son por sí mismos acciones concretas, con lo Concreto mismo, agotando así, en ellos, toda la realidad. Y es un error que se comete sobre todo por la Ley, dada también la anfibiaología del término, que unas veces indica el acto y otras la Voluntad Objetiva que rige la Acción. Pero basta observar el hecho de que la Ley puede no ser aplicada u observada jamás (como los famosos bandos manzonianos), o puede ser aplicada en la forma más varia, según el tiempo y el lugar, para caer en la cuenta de que el acto en cuestión puede reducirse a mero "flatus vocis"; que lo Concreto está solamente en la Acción que "quiere" la Voluntad Objetiva;

que la Acción, al querer esa Voluntad, esencialmente la crea.

En el fondo Chiovenda sentía esta verdad cuando decía que de cada contrato o de cada acto u hecho jurídico nace una Voluntad Concreta de Ley, aun si incurría en la omisión de detener estáticamente la observación en este punto. En realidad lo que se ha dicho para la Ley puede repetirse, palabra por palabra, para el Contrato, para la Sentencia, en fin, para cada acto o providencia: todos esos actos, en cuanto tengan un valor, es decir, en cuanto sean fieles a su propia Ley, se insertan en la formación de lo Concreto, pero no son, en sí mismos, lo Concreto. Este es, más bien, el resultado de dicho largo proceso; es el Orden, la Realidad, la Voluntad Objetiva que se ha hecho Acción y en cuanto se ha hecho Acción. Por esto, por esta esencial indisociabilidad, hemos hablado antes de una progresión ideal de la Ley a la Acción.

Pero la más evidente demostración del error de planteo de la doctrina tradicional la ofrece la hipótesis de la violación de la Ley, es decir, el caso en que falta la adecuación de la acción a la Voluntad Objetiva, sea porque se niegue la Ley, sea porque se cumpla su Voluntad. Parece muy difícil sostener que en este caso existe lo Concreto: y sin embargo es precisamente esto lo que se dice cuando se asume que la Sentencia y el Juicio tienen carácter declarativo (de un Derecho dado como existente; de un caso concreto ya cumplido con anterioridad al Juicio); mientras es claro que si lo Concreto existiera ya de antemano, entonces no habría necesidad de Juicio, antes bien, el Juicio no sería siquiera concebible. De aquí han surgido los falsos problemas que agitan la Doctrina: el dualismo entre Acción y Derecho; la doble fuente de la Obligación (la Ley y la Sentencia); la distinción entre Norma Primaria y Secundaria y, en general, la subsidiariedad del Proceso y del Juicio. La simple verdad es, en cambio, que en tal caso lo Concreto no logra formarse porque ha faltado la Acción: la progresión ideal de

la Ley a la Acción. Pero lo Concreto no puede no existir y fuerza es, por ello, formarlo. Nace entonces, en este momento, el Proceso de Determinación de lo Concreto, el Proceso Jurisdiccional o, dicho llanamente, "el Proceso".

3. Y nace el Proceso ante todo como exigencia de que lo Concreto se determine, es decir, como postulación que del Ordenamiento hace un sujeto: como Acción. La Acción es entonces la única realidad, lo único concreto que existe cuando ha faltado la adecuación espontánea de la Voluntad Subjetiva a la Voluntad Objetiva, cuando la Ley no se ha "concretado". No existen entonces el Derecho Objetivo, la Ley, la Relación, el Derecho Subjetivo, porque su existencia no era sino el resultado de una visión estática del Ordenamiento que a la hora de la violación no tiene ya vigencia, o la tiene como hipótesis, o como prognosis, o como valoración económica, más no como realidad. La determinación de lo Concreto: la Acción, el Proceso, el Juicio, pertenecen a la dinámica, son el Ordenamiento en su aspecto dinámico, que es el único que en ese momento existe.

Y nace el Proceso como Juicio porque, si la determinación de lo Concreto implica cumplimiento de la Acción, de aquella acción que no se ha adecuado espontáneamente a la Voluntad Objetiva, a la Ley, y por otra parte la Acción es indisoluble de la Ley, la determinación de lo Concreto implicará entonces, necesariamente, el establecimiento de la Ley, la formación de la Normativa, y no de una normativa abstracta sino de aquella de la Acción concreta, que incluye, por consiguiente, el Juicio de Hecho (porque no hay duda de que el acto de constatación del hecho, el Juicio Histórico, no es mera constatación de un acontecimiento anterior y exterior, sino un momento de la determinación de lo Concreto; pertenece a su dinámica y es, en consecuencia, esencialmente creativo del Hecho).

Porque éste es el punto central de todo el fenómeno de que hablamos: el Proceso es enteramente creativo del

Ordenamiento del caso singular, o dicho más claramente, "crea" el caso singular, lo Concreto. La afirmación puede parecer —y es, ciertamente— paradójal; y aún más, hasta puede creerse fruto de extravagancia y de locura si se consideran el Ordenamiento y lo Concreto mismo desde el punto de vista estático, esto es si se realiza una labor de abstracción, meramente. En una visión así conformada se comprende que existan las leyes, y que existan los hechos, los derechos subjetivos, las obligaciones; y que quien no paga o quien mata es condenado "a priori" porque ha transgredido aquellas leyes y violado aquellos derechos; y que el Juez no hace sino verificar, constatar lo que en definitiva es ya cierto. Pero esta rosada visión (que por lo demás es necesaria bajo ciertos puntos de vista, y en primer lugar el didáctico) se disuelve pronto cuando se desciende a lo Concreto y se considera la realidad en su dinámica: aquí las Leyes son Fuente del Derecho, es decir, son actos a los cuales se debe y se puede atener para determinar la Acción, la Voluntad Objetiva que rige la Acción; aquí los hechos son, también ellos, "Fuentes" —como con singular paralelismo de lenguaje se dice "fuente de prueba"—, a los cuales se puede y se debe atener siempre para determinar la Acción, vale decir: no para constatar un Pasado irremediablemente pasado, sino para fijar un Presente y la Normativa del Presente.

Bajo este aspecto Fuente de Derecho y Fuente de Prueba son la misma cosa, porque en ambas se hace presente, esto es, se concreta de igual modo la Voluntad Objetiva y el Hecho. Aquí, en la dinámica del Ordenamiento, los derechos, las obligaciones, no son sino la Normativa de lo Concreto, el cual nace del único acto que es capaz de determinarlo, de su única Fuente: la Resolución Judicial.

Única Fuente porque —podemos decirlo, extendiendo el sentido de la imagen en el Derecho como en la Vida— "agua pasada no mueve molino". Si la relación entre lo Abstracto y lo Concreto es la que hemos dicho; si no existe

lo Abstracto como Realidad, sino que su realidad está en lo Concreto, en la Acción, indisociable de la Voluntad Objetiva, de la Norma, es claro que la Ley, el Contrato, el Ordenamiento, que no se han traducido en Acción, en aquella determinada Acción de aquel determinado Sujeto que era capaz, solo él, de concretarlos, es decir, de hacerlos realidad, no podrán ya existir como tales. Podrán existir —y tendrán que hacerlo, porque la Realidad "debe" ser— en otra Acción, en otro Sujeto, en la Acción de otro Sujeto, pero entonces no es menos claro que se tratará ahora de otra Ley, otro Ordenamiento, esto es, que serán necesariamente re-creados por aquel Sujeto. La frase de Chiovenda de que en toda sentencia, de cualquier género que sea, hay una "verificación", quiere en el fondo decir precisamente lo que aquí se ha dicho, esto es, que cada Juez, en cada sentencia que dicta, crea "ex necessitate" la Normativa de lo Concreto que quiere determinar. Y esta misma realidad demuestra en qué consiste el curiosísimo error de la "Teoría de los Destinatarios de las Normas Jurídicas"; de un planteamiento que tiene como presupuesto la absurda escisión entre lo Abstracto y lo Concreto, sin comprender que los destinatarios son los que llevan a cabo la Acción, y cumpliendo la Acción se imponen a sí mismos su propia Norma. Es evidente, en efecto, que "destinatarios" (si se quiere emplear esta palabra, que es una pura imagen) lo son los que en cada caso deben realizar lo Concreto, como los sujetos privados que deben adecuar su acción a la Norma; los Jueces, que deben igualmente adecuar su acción conforme a las reglas que disciplinan el cumplimiento de su función; los otros eventuales órganos, en suma: todos aquellos que están empeñados en la Dinámica del Ordenamiento; y siendo todos, esto es, no siendo posible hacer distinciones, es decididamente vano plantearse de modo especial el problema de los destinatarios.

El problema arduo es, en cambio, el de establecer qué cosa sean, respecto a la integral re-creación de la

Normativa que hace el Juez, la Ley, el Contrato, las Pruebas, el Ordenamiento en general, en sus previsiones normativas de hecho y de derecho que no han logrado "concretarse", que no han alcanzado su objetivo, por decirlo así. La respuesta a esta pregunta debe buscarse una vez más en la Dinámica de la Realidad, o sea que dicha cuestión se resuelve en la otra acerca de cuál puesto ocupan la Ley, el Contrato, etc., en el Proceso General de determinación de lo Concreto. Es, en efecto, claro, que la respuesta sería totalmente negativa si la concepción fuese puramente estática, porque una previsión que no se ha traducido en realidad es poco menos que nada; pero desde el plano dinámico las cosas son de otra manera. La Ley, el Contrato, las Pruebas, permanecen en el estado de concreción que tenían, permanecen como "actos". Cuando el artículo 113 dice que el Juez debe juzgar según el Derecho, o cuando el 115 dice que el Juez debe tomar como fundamento de su decisión las pruebas propuestas por las partes, dice precisamente esto: que el Juez debe buscar el Derecho y el Hecho en los actos en que aquéllos se han manifestado, y que como tales continúan siendo operantes. Ascarelli, que había observado el fenómeno desde el ángulo visual de la interpretación, hablaba de "testimonios". Se podría también decir, manteniendo la fórmula tradicional, que los actos referidos permanecen como "fuentes", pero no como fuentes de otros actos como la Resolución del Juez —y consecuentemente, de lo Concreto determinado en la misma—, sino más bien fuentes de la Normativa que el Juez crea en el Proceso de determinación de lo Concreto. En la Dinámica del Ordenamiento cada acto absuelve a su propia función. El absurdo estriba en configurar una serie de realidades estáticas y autónomas, es decir, de ordenamientos autónomos, y así postular una realidad objetiva de la Norma junto a una realidad no menos objetiva del Juicio, ligadas una a la otra por una pasiva verificación.

## SOBRE EL CONCEPTO DEL DERECHO

RAUL CERVANTES AHUMADA.  
Titular Derecho Mercantil  
Universidad Nacional Autónoma  
de México.

SUMARIO: 1.—El panorama. 2.—Los conceptos más autorizados.

La gran mayoría de los filósofos del derecho pretende definir éste a través de la norma jurídica, respecto de la cual se pretende encontrar la diferencia específica con otros tipos de normas, principalmente las normas éticas y las de trato social.

Se habla de la autonomía y la subjetividad de las normas éticas y de la heteronomía y la autarquía de las jurídicas; y entre filósofos que calificaremos de "normativistas", la mayoría encuentra la diferencia específica de la norma jurídica, respecto de sus géneros próximos, en la sanción.

Una minoría niega a la sanción el carácter de elemento esencial de lo jurídico; pero pretende que es esencial al derecho la coercitividad, esto es: la posibilidad de que la sanción se produzca para imponer el cumplimiento de la norma, o la compensación por ser ésta violada. Esto indica que, directa o indirectamente, es la sanción lo que se considera como elemento característico esencial.

La concepción del derecho como conjunto de normas caracterizadas por la sanción, podemos afirmar que es una concepción tradicionalmente aceptada en nuestras facultades de Derecho. Tal concepción la consideramos estrecha e incompleta, y en este breve ensayo procuraremos demostrar su insuficiencia.

2. Creemos que será útil presentar una brevísima relación, necesariamente incompleta, de las concepciones normativistas que consideramos más representativas:

a)—El normativismo tiene su origen en la filosofía de Emmanuel Kant, el genio filosófico del idealismo alemán. Verdross recoge la definición del derecho de Kant en la siguiente forma: el Derecho "es el conjunto de las condiciones bajo las cuales la voluntad de cada uno pueda armonizar con la voluntad de los demás, según una ley universal de la libertad". (1)

"A cada derecho va unido, de acuerdo con el principio de contradicción, la facultad de obligar a quien lo viola", porque todo agravio a la libertad de "otro constituye una injusticia".

Kant pretende distinguir la norma jurídica de la norma moral, por el elemento externo de la coacción que caracteriza a ésta última.

b)—Para Jorge del Vecchio, el ilustre Jus-filósofo italiano, "el derecho es la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determina excluyendo todo impedimento". (2)

En este concepto formalista, "aparentemente arquitectónico", del Vecchio pretende presentar una noción formal de lo jurídico.

c)—Conocida es la tesis de Kelsen, que con su "Teoría pura del derecho", tanto ha influido en nuestro medio.

(1) Alfred Verdross. *La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental*. Traducción de Mario de la Cueva, México, 1962.

(2) Jorge del Vecchio. *Supuestos, Concepto y Principio del Derecho*. Traducción de Cristóbal Masso Escofet, Barcelona 1962.

En rigurosa concepción lógica, Kelsen elabora la distinción entre el ser y el deber ser. El Derecho pertenece al mundo del deber ser. En contraposición a la ciencia de la naturaleza, el Derecho es una ciencia del espíritu; un orden coactivo, que se distingue de otros órdenes por el elemento de la sanción. Para Kelsen no hay más derecho que el derecho positivo, el que deriva de la norma fundamental, la que "convierte el poder social evidentemente existente en un deber jurídico". (3)

No se trata de hacer la crítica directa de la doctrina kelseniana; pero creemos útil anotar la lapidaria expresión de Helmut Coing: "la distinción entre ser y deber ser, fundamental para Kelsen, se basa en el concepto del ser demasiado estrecho, limitado al ser real. Pero también las normas son ser —ser ideal—". (4)

d)—Algunos autores modernos pretenden estructurar un concepto del Derecho con base en los principios de la buena fe. Entre estos autores destaca Volansky, quien ha publicado un sugestivo "Ensayo de una definición expresiva del Derecho basado sobre la idea de la buena fe". El Derecho es, para Volansky, "la autoridad y la disciplina de la buena fe impuestas por la delimitación conforme a manifestaciones individuales y colectivas, que permiten actuar y reprimir a quienes las contravienen, para mantener la paz entre los hombres". (5)

Resulta interesante ver cómo el principio de la buena fe, que es, evidentemente, uno de los principios fundamentales del derecho, en cuanto orientador y en muchos as-

pectos delimitador de su contenido, pretende ser elevado, por el jurista francés que comentamos, al rango de elemento definitorio del derecho.

e)—Para el filósofo español Legaz y Lacambra, el Derecho es "una forma de vida social en la cual se realiza un punto de vista sobre la justicia, que delimita las respectivas esferas de licitud y deber, mediante un sistema de legalidad dotado de valor autárquico". (6)

Para este filósofo neo-tomista, la idea de la justicia es fundamental en el concepto del derecho.

f)—Para el maestro mexicano Rafael Preciado Hernández "el derecho es la ordenación positiva y justa de la acción al bien común". (7)

Este filósofo trata de sintetizar las definiciones de Leclercq, Dabin y Le Fur, inspiradas en la fórmula tomista, con el agregado de la coercitividad. Quizá sea de mayor fuerza ejemplificativa transcribir la definición de Le Fur, que el propio Preciado Hernández transcribe como antecedente de la suya: "el derecho es una regla de vida social, establecida por la autoridad competente en vista de la utilidad general o del bien común del grupo y, en principio, provista de sanciones para asegurar su efectividad".

g)—Para el maestro hispano-mexicano Recasens Siches lo jurídico del derecho no radica en los valores superiores que lo deben inspirar "sino en la forma de su realización a través de él". La función del Derecho es la seguridad, y por tanto el Derecho "impone su cumplimiento de manera inexorable por ejecución forzosa". (8)

(3) Kelsen. Teoría General del Derecho y del Estado. Traducción de Eduardo García Mqynez. Imprenta Universitaria. México, 1950.

(4) Helmut Coing. Fundamentos de Filosofía del Derecho. Traducción de Juan Manuel Maury. Barcelona, 1961.

(5) Alexandre Al. Volansky. Essai d'une definition expressive du Droit basée sur L'idée de bonne foi. Paris 1930.

(6) Luis Legaz y Lacambra. Filosofía del Derecho. Barcelona, 1961, pág. 278.

(7) Rafael Preciado Hernández. Lecciones de Filosofía del Derecho. 3a. Edición, México, 1960. Pág. 268.

(8) Luis Recasens Siches. Panorama del Pensamiento Jurídico en el siglo XX. Tomo I, México, 1963. Pág. 507.

La característica esencial de lo jurídico, agrega, es su "impositividad inexorable". (9)



Como se ve por la anterior relación ejemplificativa, aunque desordenada e incompleta, de diversas concepciones normativistas, éstas encuentran la esencia de lo jurídico en la sanción, o, cuando menos, en la coercitividad.

## II

### LAS OBJECIONES

SUMARIO: 1.—La objeción fundamental. 2.—Primera objeción secundaria. 3.—Segunda objeción secundaria.

1. La objeción fundamental que formulamos a las tesis normativistas en su carácter fragmentario y, por lo tanto, su naturaleza incompleta.

El mundo del Derecho no se compone sólo de normas. Hay algo más: sujetos, (estado, sociedades, personas físicas), relaciones, cosas jurídicas, disposiciones no normativas, principios éticos y científicos, conductas humanas, etc. Pretender definir el todo por una de sus partes, es, evidentemente, inapropiado.

Fue el malogrado jurista italiano Santi Romano el primero en advertir la insuficiencia de las concepciones normativistas.

Dijo el ilustre maestro: "Derecho no es sólo la norma dada, sino también la entidad de la cual ha emanado la norma. El proceso de objetivación, que da lugar al fenómeno jurídico, no se inicia en la emanación de una regla, sino en un momento anterior: las normas no son sino una manifestación, una de las distintas manifestaciones; un medio por medio del cual se hace valer el poder del "yo" social". (1)

El poder social, las sociedades, los títulos de crédito, las normas creadoras o de organización, la moneda, son ejemplos de una infinita gama de ingredientes de lo jurídico, que quedan lógicamente y necesariamente fuera del campo del derecho, al definir a éste en función de la norma.

El concepto del derecho, agrega Santi Romano, debe contener los siguientes elementos esenciales.

a)—"Ante todo debe referirse al concepto de sociedad. Esto debe entenderse en dos sentidos recíprocos, que se complementan: en primer lugar, lo que no sobrepasa la esfera puramente individual, que no supera la vida del individuo como tal, no es derecho (*ubi ius ibi societas*); y en segundo lugar, debe considerarse que no hay sociedad en el verdadero sentido de la palabra sin que en ella se manifieste el fenómeno jurídico (*ubi societas ibi ius*). Pero ésta última proposición presupone un concepto de sociedad que es absolutamente necesario poner de relieve. Por sociedad debe entenderse no una simple relación de amistad a la cual es extraño todo elemento de derecho, sino una entidad que constituya, formal y extrínsecamente, una unidad concreta distinta de los individuos que se comprenden en ella. . ."

b)—"El concepto del derecho, debe, en segundo lugar, contener la idea del orden social: lo que conduce a elimi-

(9) Recasens Siches. *Filosofía del Derecho*. 2a. Edición, México, 1961. Pág. 184 y sig.

(1) Santi Romano. *L'Ordinamento Giuridico*. Firenze, 1951. Pág. 25 y 26.

nar de él todo elemento que lo ligue al puro arbitrio o a la fuerza material no ordenada..."

c)—"El orden social regulado por el derecho no es aquel que deriva de la existencia de normas que disciplinan las relaciones sociales: el orden social no excluye tales normas, las comprende en su órbita, pero, al mismo tiempo, avanza sobre ellas y las supera. Lo que quiere decir que el derecho, antes de ser norma, antes de reducirse a una simple relación o a una serie de relaciones sociales, es organización, es estructura, posición de la misma sociedad en la cual se desenvuelve, y está constituido como unidad, como ente existente por sí mismo..." (2)

Y concluye con la concepción del derecho como institución, como unidad orgánica. La tesis de Romano, expuesta por primera vez en 1918, fue, a nuestro entender, un gran paso en la historia del pensamiento jurídico, y ha sido injustamente olvidada por los filósofos del Derecho.

Visto el amplio panorama del mundo jurídico, los normativistas dan la impresión de padecer miopía conceptual. Como en el viejo y trillado cuento se adentraron en el bosque del derecho, y el árbol frondoso de la norma monopolizó sus miradas y les impidió la contemplación integral del bosque.

Tal vez el normativismo, consecuencia necesaria del positivismo jurídico, tiene sus raíces en la mentalidad germánica. Son los autores alemanes, los que más han enfatizado lo esencial de la sanción.

Creemos que lo dicho y lo transcrito constituyen material suficiente para fundamentar nuestra principal objeción: el concepto normativista del derecho es un concepto fragmentario, y por tanto, inadecuado e incompleto.

(2) Op. Cit. Pág. 27.

2. Nuestras ulteriores objeciones son secundarias y se moverán en el campo mismo del normativismo. Primero, objetamos la distinción entre norma jurídica y norma ética, que con gran esfuerzo tratan de realizar los autores normativistas. La norma jurídica regula, se dice, la conducta externa del individuo; la norma ética regula su conducta interna, su intención; la norma jurídica es formalista, coercitiva; la norma ética es valorativa, de cumplimiento espontáneo. Y sigue una larga búsqueda de criterios diferenciales.

Consideramos intrascendente la laboriosa búsqueda de la distinción entre la norma ética y la norma jurídica, por una razón demasiado sencilla, elemental y evidente: las normas éticas son jurídicas. Es jurídica toda norma reguladora de conducta intersubjetiva, y las normas llamadas morales o éticas regulan esa especie de conducta. Además, toda norma jurídica debe tener un contenido ético; si no lo tuviese, desentonaría en el orden social que pretendiera regular, y las fuerzas sociales reaccionarían contra la norma de contenido inmoral, hasta lograr su modificación y su ajuste a la realidad social. Es la realidad social la que determina la norma, y no la norma quien determina a la realidad. Claro que la norma inmoral no perdería de inmediato su juridicidad impositiva; pero su carácter monstruoso la equiparía a un tumor maligno en un organismo vivo, que sería necesario extirpar.

La norma jurídica cuyo contenido no ajustase con la moral del ambiente social en que la norma actúa, sería una norma contraria al orden social mismo, o vacía de contenido.

Pensemos, por ejemplo en una norma que, tomando en consideración la superpoblación, ordenase el sacrificio de los niños que naciesen a partir de una fecha determinada. Tal monstruosidad provocaría, quizás, la caída revolucionaria del orden político y jurídico. Pero, en menor o mayor grado, la norma contraria a la moral sería irregular, mons-

truosa o desajustada, y la comunidad tendería a su eliminación, más o menos violenta. (3)

La moral es, en consecuencia, un elemento o ingrediente esencial e inseparable de lo jurídico, y las normas morales, en tanto que normas de convivencia, son jurídicas ellas mismas.

No creemos necesario hablar de la fuerza social de las sanciones morales.

La obligatoriedad misma del derecho, ha observado atinadamente Anzilotti, es, más que un concepto jurídico, un concepto esencialmente moral. (4)

3. Nuestra segunda objeción secundaria se dirige al concepto normativista, en tanto que encuentra la diferencia específica de la norma jurídica, en el elemento de la sanción, la que adquiere categoría de elemento esencial de la juridicidad.

Toda norma de relación intersubjetiva, hemos dicho ya, es jurídica. Pero además, existen normas en los ordenamientos jurídicos formales, que carecen de sanciones, y algunas que, por su propia naturaleza, no podrían tenerla.

Los códigos civiles suelen mandar obedecer y respetar a los padres; hay normas que definen instituciones jurídicas (sociedades, títulos de crédito) y normas que, por sí mismas, crean instituciones.

(3) Recasens Siches suele citar todo un catálogo de normas monstruosas, desajustadas:—la que estableciese una jornada de trabajo de veinte horas, la que obligase a no comer, la que prohibiese el trato sexual entre hombres y mujeres, etc. "Symposium Sobre Derecho Natural y Axiología", XIII Congreso Internacional de Filosofía, México, 1963, pág. 142.

(4) Anzilotti. *Teoría Generale della Responsabilita dello Stato nel diritto internazionale*. Firenze, 1902 (Citado por Romano).

Por ejemplo: la norma que crea Petróleos Mexicanos, no es susceptible de violación; su fin se agota en el acto de creación de la nueva entidad o estructura jurídica que ella crea. La norma que organiza el Estado Mexicano como una República Federal, representativa y popular, cumple también, automáticamente, su misión creadora. Podrá haber sanciones que posteriormente protejan a las entidades creadas; pero las normas creadoras cumplen su finalidad al crear la entidad o estructura de que se trate, y allí se agotan.

Es usual, contra los "sancionistas" el argumento basado en las obligaciones naturales: deudas de juego, deudas prescritas. A tal argumento suelen contestar los sancionistas que tales normas son imperfectas, por carecer de sanción. La contestación constituye un argumento de fuerza: "yo decido, porque sí, que toda norma jurídica tiene sanción, y si se me demuestra que existen normas que carecen de ella, sencillamente las declaro imperfectas, por no tener sanción".

Conviene analizar, en relación con el mismo tema, el problema de la obligación prescrita. Tal obligación es jurídica y perfecta, aún para los sancionistas; conserva todos sus elementos de juridicidad, y sólo cuando, por el transcurso del tiempo, perdió su ejecutividad por perder la sanción, al perder estos elementos secundarios y no estructurales de la norma, se dice: perdió su juridicidad. La sana lógica se rebela contra tan arbitraria solución. Las deudas prescritas no pierden su esencia jurídica, de la que tampoco carecen las deudas de juego.

También es usual, contra los sancionistas, el argumento basado en la existencia de un orden jurídico internacional. La mayoría de las normas del derecho internacional carecen de sanción, por la inexistencia de un poder sancionador internacional. A la evidencia del argumento, los sancionistas han contestado en forma esencialmente igual a la

anteriormente comentada: el derecho internacional es un derecho imperfecto, en formación. (5) Como todo orden jurídico, el internacional es imperfecto; pero no carece de sus jurídicas esencias, y es, por el contrario el más alto pel- daño en la escala de lo jurídico; el orden que realiza y regula la convivencia pacífica de los pueblos; que ha lo- grado poner frenos jurídicos a la fuerza bruta, y encauzar la conducta de los poderosos por senderos ético-jurídicos.

Los sancionistas parten de una base falsa: dan por supuesto que el derecho es norma sancionada, y sin demos- tra el supuesto, excluyen del panorama jurídico toda norma en que la sanción no aparezca.

Santi Romano niega enérgicamente que la sanción sea un elemento esencial del derecho. En todo caso, dice, la sanción es sólo una garantía del cumplimiento del orden jurídico, esto es, un elemento extrínseco, extrajurídico. (6)

La sanción supone la fuerza, y la fuerza es, por sí misma, antijurídica. Sólo se "juridiza", la fuerza, cuando se le regula por el derecho. Y resulta ilógico considerar que este elemento extraño, que sólo se incorpora al orden jurídico en circunstancias anormales, sea elemento esencial de lo jurídico.

### III

## NUESTRO CONCEPTO DEL DERECHO

SUMARIO: 1.—El concepto. 2.—Los principales elementos: a) La calificación jurídica. b) La fuente de donde el mundo del derecho emana. c) Naturaleza ideal de lo jurídico. d) El destino de lo jurídico.

1. Concebimos el derecho como algo que el hombre ha creado en y para su vida de relación. Como un mundo

(5) Recasens Siches. *Filosofía del Derecho*. México, 1961, pág. 191.

(6) Romano. *Op. cit.* pág. 24.

autónomo, compuesto de construcciones o estructuras idea- les, (comprendidas en él las cosas jurídicas, las personas jurídicas, las leyes, los principios, las sentencias, los demás actos jurídicos, etc.), que el poder social ha elaborado; que forman una unidad orgánica; que son cambiantes con los cambios históricos de las realidades sociales, y cuyo destino es actuar en la vida de la sociedad, fomentándola, regulándola o realizándose el derecho mismo en el devenir de la vida social.

Concretando: *el derecho es un conjunto autónomo y coordinado de estructuras ideales, emanado de un poder público efectivo, y destinado a actuar en la vida humana de relación social.*

2. Analizaremos los principales elementos de nuestra concepción:

a)—*La calificación jurídica.* Un fenómeno puede cali- ficarse de jurídico, cuando atañe a la vida humana de re- lación social. El hombre, fuente y meta de todo el derecho, sólo puede concebirse en la realización de la vida social, esto es, intersubjetiva. Como en otras ocasiones lo hemos dicho: el hombre es un sujeto de relación social que aspira a la justicia. (1)

Todas las acciones que se producen en las relacio- nes de unos hombres con otros, caen dentro del marco del ordenamiento jurídico.

b)—*La fuente de donde el mundo del derecho emana.* Lo jurídico es algo que surge de un poder público efec- tivo. El titular de este poder normalmente es el Estado. Normalmente; pero no necesaria y exclusivamente. Pense- mos, por ejemplo, en las comunidades indígenas mexicanas, que han elaborado su propio derecho y lo viven a diario,

(1) Cervantes Abumada. *Voz de Esperanza*. México, 1953. Pág. 114.

fuera de nuestro orden estatal. No podemos negar al derecho indígena vigente, su carácter de ordenamiento jurídico, regulador incluso de la vida social de millones de mexicanos. Y no se diga que el Estado Mexicano ha creado tal ordenamiento jurídico: simplemente lo tolera, por imperiosa necesidad social. Consecuentemente, repetimos: no necesariamente todo el derecho emana del Estado; pero siempre debe emanar de un poder público efectivo, capaz de crear las construcciones jurídicas, y de imponer los mandatos de sus leyes.

A veces, el derecho delega en los individuos el orden creador. Por ejemplo: cuando los hombres crean relaciones contractuales o hacen nacer personas nuevas (actos constitutivos de sociedades). Pero siempre, el poder creador debe ser jurídicamente efectivo, para que lo creado (persona, contrato, ley, sentencia), tenga eficacia social.

c) — *Naturaleza ideal de lo jurídico*. El derecho constituye un mundo autónomo, compuesto de estructuras que, ontológicamente, pertenecen al reino de las realidades ideales, intangibles.

Las estructuras jurídicas son de diversas categorías: personas jurídicas, cosas jurídicas, normas creadoras, normas institucionales, normas reguladoras de conductas intersubjetivas, normas sancionadoras, etc. El derecho actúa sobre un substratum de orden material, biológico, o, simplemente, lógico. Pero no siempre ajusta sus realidades ideales a los substratums sobre los cuales actúa. Veamos, por ejemplo, el problema esencial de la personalidad jurídica, la que se atribuye, normalmente, a un substratum biológico: la persona física; pero se atribuye también a un substratum ideal: las entidades creadas por voluntad de otras personas (sociedades) o del propio Estado (organismos descentralizados con personalidad). Podemos indicar algunos ejemplos en que la realidad jurídica no se ajusta al substratum básico: 1) Algunos ordenamientos jurídicos han ne-

gado personalidad jurídica a las personas físicas, en el conocido fenómeno de la esclavitud; 2) El niño, según nuestros ordenamientos civiles, tiene personalidad jurídica antes de nacer, y 3) En algunos casos, la personalidad jurídica se continúa después de la muerte, no sólo para el proceso sucesorio, sino en otros casos, como el de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, que permite constituir el estado jurídico de quiebra del comerciante difunto, y el caso del artículo 720 del Código de Comercio, hoy derogado, que ordenaba que el marinero que muriese en defensa del buque, seguiría siendo considerado vivo. ¡Y no cabe duda de que, para los efectos jurídicos, el marinero fallecido sobrevivía!

Esto nos demuestra la realidad ideal y autónoma del mundo del derecho. Pertenecen las estructuras jurídicas a la misma categoría ontológica de las realizaciones artísticas. Una ley, una sociedad, una relación jurídica, no se tocan ni se pesan: son como un poema o una sinfonía: construcciones ideales susceptibles de interpretación, la que las acerca al hombre para influir sobre su ánimo y sobre su conducta. El derecho se vive. (1) Cuando se da forma a un título de crédito, la categoría jurídica se adquiere por la incorporación a la materia, de los elementos ideales que el derecho establece; como en la pintura o en la escultura, es la proyección del alma del artista la que agrega a la materia las sublimes calidades del arte. (2)

Las sociedades no se ven ni se tocan; pero están allí, reales y efectivas, actuantes, ejerciendo derechos, adquiriendo bienes, influyendo, en suma, sobre la vida humana de relación. Los títulos de crédito no valen por su valor material, sino por el concepto de valor en ellos incorpo-

(2) Conf. Recasens Siches. *Filosofía del Derecho*. México, 1961. Pág. 156, dice que el Derecho es "vida viviente, es decir, vida que se vive".

(3) Conf. Francesco Carnelutti. *El Arte del Derecho*. Buenos Aires, 1958.

rado, en la realización de uno de los más trascendentales inventos que el hombre ha logrado en toda su historia. Sin ellos, sin lo que ellos representan, la vida económica moderna sería inconcebible, se paralizaría.

¿Cómo negar a tan importantes creaciones del derecho, su esencial categoría jurídica?

Junto con estas otras estructuras jurídicas, integran las normas el mundo del derecho. Por norma entendemos no sólo las que regulan la conducta, sino las que crean u organizan otras estructuras jurídicas. Así, por ejemplo, es norma de creación la disposición del estado o de los individuos (que, como ya hemos dicho, ejercen un poder delegado por el derecho) cuando crean entidades, como las sociedades, las fundaciones o los institutos descentralizados: son normas definitorias u organizativas las que definen o perfilan una institución jurídica: un tipo de sociedad, un tipo de contrato, la patria potestad, etc.; son normas reguladoras de la conducta, las que ordenan hacer o no hacer, y son sancionadoras, como su nombre lo indica, las que ordenan la imposición de sanciones.

Otro importante ingrediente de lo jurídico son los principios. El derecho es ciencia de principios. Estos principios son derivados del derecho mismo, y de todas las otras ciencias. La verdad científica dominante en un momento dado de la historia de las ciencias y de la cultura, orienta los principios rectores del derecho. Y estos principios son, por su naturaleza, cambiantes. Veamos algunos de los cambios que han modificado los ordenamientos jurídicos en su sorprendente evolución: 1) En conocidos momentos históricos, la esclavitud era jurídicamente aceptada, como institución básica en la organización social. 2) El derecho de conquista, fundamental en nuestro desarrollo histórico, ha perdido su tradicional eficacia. 3) La propiedad, se decía por los glosadores, se extiende hacia arriba y hacia abajo irrestrictamente: hacia arriba "usque ad coelum"; hacia

abajo "apud infernus". Este principio trasladado al campo del derecho público, extendió en el derecho moderno el poder soberano del Estado sobre el espacio aéreo. La incursión en el "territorio aéreo" por nave extranjera, era invasión de territorio, cualquiera que fuere la altura. Hoy, los satélites de diferentes nacionalidades, al surcar los cielos, rompieron las barreras espaciales. La Constitución Mexicana arrancó al subsuelo del ámbito de la propiedad privada, para convertirlo en bien sujeto al dominio público. 4) El tradicional derecho del primer ocupante, no reglamentaría la ocupación del territorio lunar. Y la enumeración podría prolongarse largamente.

Todos estos elementos, repetimos, integran el mundo del Derecho.

Pobre y restringido, vacío, sería el campo del derecho referido sólo al mundo de las normas. Ya el maestro José Vasconcelos, en la luminosa tesis injustamente olvidada por nuestros filósofos juristas, concibió el derecho como una fuerza creadora y armonizadora, como "la energía que extiende en el espacio el poder de nuestra personalidad, el conjunto de vibraciones características que constituyen lo que somos como unidades independientes en el seno del Cosmos". (4)

d)—*El destino de lo Jurídico*. Todo elemento integrante del mundo jurídico es construcción humana con destino específico: el de actuar en la vida humana de relación intersubjetiva. Esta actuación debe tener como finalidad la realización de los más altos valores humanos: la libertad, la justicia, la dignidad del hombre, la paz social. El hombre crea el derecho para su bien, no para su mal. Por ello, la valoración ética es ingrediente esencial de lo jurídico.

(4) José Vasconcelos. *Teoría dinámica del Derecho*. México, 1905.

Toda construcción jurídica, toda norma, repetimos que no atienda a los altos valores humanos, será un elemento irregular, que la comunidad humana rechazará.

Nada puede haber, en lo jurídico, que se oponga al supremo principio de la felicidad del hombre.

No quiere ésto decir que sostengamos las tesis jusnaturalista o neo-jusnaturalista.

Consideramos la axiología jurídica como un elemento integrante del ordenamiento jurídico positivo, y el objeto axiológico, como un conjunto de valores históricamente variables. El mismo concepto tradicional de la justicia, ha dicho Miguel Reale, puede superarse, considerando que el mandato de dar a cada quien lo suyo, sea agregado con la expresión de que "lo suyo" debe determinarse en la medida y en la concreción del tiempo histórico". "El Derecho Natural surge como conjunto de las condiciones histórico-axiológicas de la experiencia jurídica y no comprende la existencia de dos regiones ónticas distintas. El Derecho Natural es, en suma, el mismo Derecho Positivo en cuanto referido a sus fuentes posibilitantes y, al mismo tiempo, en cuanto proyectado en la línea ideal de su desenvolvimiento, en la plena implicación y polaridad del hombre, "su pasado" y "su futuro", que "es" y "debe ser". (4)

Y estamos de acuerdo con Bobbio, en el sentido de que "es preferible no hablar del Derecho Natural y de su renacimiento; en que lo que renace continuamente, es la necesidad de la libertad contra la opresión, de la igualdad contra la desigualdad, de la paz contra la guerra. Pero estas necesidades nacen independientemente de lo que los doctos piensan sobre la naturaleza del hombre".

(5) Miguel Reale: *Pessoa, Sociedad e Historia*. En el Symposium sobre Derecho Natural y Axiología, del XIII Congreso Internacional de Filosofía, México 1963. Pág. 113 y 115.

"Más que de un renacimiento del jusnaturalismo se debería hablar del eterno retorno de aquellos valores que hacen la vida humana digna de ser vivida, y que los filósofos destacan, proclaman y aún tratan de justificar, según el tiempo y las condiciones históricas, con argumentos emanados de la concepción general del mundo prevaleciente en la cultura de una época". (5)

Ya Vasconcelos, en la obra que citamos y que nos place recordar nuevamente, observó que "como el Derecho no es en principio fijo, sino una simple forma de distribución de energías conforme a las leyes dinámicas, sigue en cada época una marcha y un desarrollo paralelos al desenvolvimiento de la evolución general de las sociedades..."

En el indicado sentido, entendemos que los valores morales, lo mismo que los principios científicos, según hemos dicho, son ingrediente importantísimo, aunque contingente e histórico, del orden jurídico.

Y resulta curioso e interesante ver cómo, en lo que debe considerarse como la más alta expresión de lo jurídico, como son los órdenes internacional y constitucional, los nuevos valores morales, los prevalecientes en la vida cultural de nuestra época, van acentuando cada día con mayor vigor, su fuerza en la vida jurídica. El orden internacional actual se ilumina con la proscripción del colonialismo, con el principio de la soberanía e igualdad jurídica de los Estados, con las limitaciones al uso indebido de la fuerza, con el ascenso de los nuevos países a la libertad política. Y en el orden constitucional, la Decla-

(6) Norberto Bobbio. *Sulla Rinascita del Giusnaturalismo*. En el Symposium citado, pág. 62 y 63.

ración Universal de Derechos Humanos, con su profundo y amplio acervo de valores, ilumina y orienta los senderos del nuevo Derecho.

Las constituciones más modernas, destacan la importancia esencial de los principios ético-políticos que las orientan y fundamentan. (6)

El hombre va ocupando cada día con mayor fuerza, su posición de centro de todo fenómeno social, político, económico y jurídico. Todo problema social deberá encontrar su solución en función del hombre.

Por eso, en los horizontes del mundo se enciende la aurora de la esperanza. Los hombres habrán de superar todas las crisis políticas; y de cada crisis, saldrá más quebrantado el derecho de la fuerza. La guerra habrá de ser radical y definitivamente erradicada, y el Derecho, al establecer su predominio en la convivencia entre los hombres y los pueblos, habrá de lograr la finalidad suprema que le compete como creación humana: la paz basada en la justicia, en la libertad y en la dignidad del hombre.

Una meditación sobre el desenvolvimiento histórico de la humanidad, sustenta nuestra optimista seguridad de que el Derecho habrá de lograr la realización de su destino al estructurar, como en la expresión poética de Romain Rolland, un mundo donde la razón del vivir será la alegría de ser libre. (7)

- (6) De esto, es notabilísimo ejemplo la nueva constitución de la República Federal Socialista de Yugoslavia. Véase: Cervantes Ahumada. "Breves notas sobre la Constitución de la República Socialista de Yugoslavia de Hoy. México, 1963. Pág. 49 y sig.
- (7) Romain Rolland, Jean-Christophe. Editions Albin Michel. París, 1961. Pág. 959.

## LOS PROCESOS DE NUREMBERG

Por PAUL M. HEBERT (\*)

Es un privilegio visitar esta bella Costa Rica y tener el honor de reunirse con estudiantes de su Facultad de Derecho. Especialmente aprecio la calurosa cortesía de su distinguido Decano en brindarme la oportunidad de hablar ante esta concurrencia.

Es bueno dar a conocer que los estrechos lazos que unen a la Universidad de Costa Rica con la Louisiana State University a través del desenvolvimiento y expansión de su gran centro médico, puedan tal vez encontrar una equivalencia en el campo del derecho. Nuestros sistemas de derecho civil y comercial tienen mucho de común con las tradiciones jurídicas sobre las cuales Uds. han construido. Y nosotros, en mi Universidad, nos sentimos animados a creer que pueden hallarse caminos para forjar más fuertes eslabones entre nosotros en la importantísima ciencia social de la ley. Porque es la ley la que suple el orden por el cual los hechos de los hombres pueden ser conducidos con estabilidad y confianza.

El objeto sobre el cual se me ha pedido que hable, puede parecer algo ajeno a los objetivos normales de un grupo visitante que viene desgraciadamente por un corto período para encontrarnos y para aprender lo más posible de

- (\*) Texto de conferencia que el autor pronunciaría — y finalmente no pronunció — en el Teatro Nacional, San José, Costa Rica, el 1 de julio de 1964.  
Decano y Profesor de Derecho (Facultad de Derecho de Louisiana State University). De agosto 1947 a 1948, Juez Civil (no militar) del Tribunal Militar N° VI de los Estados Unidos, Nuremberg, Alemania, nombrado para conocer y decidir el caso contra los funcionarios de la I. G. Farbenindustrie.

primera mano en relación con nuestras aspiraciones comunes. No obstante, todos sabemos que la condición indispensable de la que dependen las relaciones internacionales, es la estabilidad en el orden mundial. El desenvolvimiento de un derecho penal internacional constituye una parte importante de ese orden jurídico, así que la oportunidad de recordar esta tarde el significado y contribución de los procesos de Nuremberg, me parece tema apropiado en esta ocasión.

Durante un año tuve bajo mi responsabilidad el cargo de Juez Civil (no militar), por nombramiento del Presidente de los Estados Unidos, en los procesos judiciales que siguieron al famoso contra los principales criminales de guerra en Nuremberg, ante el Tribunal Militar Internacional. Esto, por supuesto, fue hace casi dos décadas, y desde entonces me he encontrado con que la sola mención de los procesos de Nuremberg siempre provoca violentos debates.

Abogados y ciudadanos inteligentes de la comunidad mundial continuamente se preguntan si la justicia, de acuerdo con el derecho, fue administrada en el proceso contra los principales criminales de guerra de los poderes del Eje. Gran número de preguntas reflejan esta situación. ¿Fueron los procedimientos *ex post facto* violatorios del principio *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, y por esa razón repugnantes al sentido de justicia de las Naciones civilizadas?

¿Fueron los juicios concluidos según principios procesales judiciales de tal manera justos que personas imparciales pudieran suscribirlos? ¿Qué significaron los juicios para los líderes nacionales que habían perdido una guerra que se esforzaron en impedir? Los que critican los procesos preguntan, además de otras cosas, ¿cómo podía la ley aceptada en la Carta de Nuremberg ser aplicada a Goering y los otros jefes Nazis, cuando los

actos por los cuales fueron indiciados fueron cometidos antes del Acuerdo de Londres de 1945? ¿No fueron los juicios un ejercicio de mero poder político de los victoriosos sobre los vencidos? ¿Estaban los victoriosos exentos de culpabilidad? ¿Qué de Hiroshima y Nagasaki?

Si bien la historia debe dar su veredicto sobre los juicios de Nuremberg y otros contra criminales de guerra, los estudiosos de la ley deberán continuar debatiendo sobre estos temas y la repercusión que los juicios tendrán en la capacidad de los pueblos civilizados, que luchan por el derecho, para contribuir a que la paz mundial descansa sobre ese veredicto.

Fue uno de los objetivos bélicos anunciados por los aliados, que aquellos individuos que habían cometido ofensas contra la ley penal internacional, debían, a la terminación de las hostilidades, ser conducidos ante la justicia. Por la Declaración de Moscú del 30 de octubre de 1943, Gran Bretaña, la Unión Soviética y los Estados Unidos denunciaron las atrocidades perpetradas por los nazis en los países invadidos por ellos y dieron solemne aviso de que aquellos que fueran individualmente responsables o que hubieran consentido las atrocidades, debían ser sometidos a juicio en los países en los cuales sus crímenes fueron cometidos. La jurisdicción fue reservada en los casos de aquellos criminales, cuyas ofensas no tuvieran particular localización geográfica. Estos debían ser castigados por decisión conjunta de los Aliados.

La acción de los Poderes Aliados después de la guerra fue dirigida a este propósito ya expresado. Los juicios por crímenes de guerra, sin embargo, no cayeron dentro de grupo alguno determinado. Al menos tres clases principales de juicios deben distinguirse. También el carácter de las ofensas acusadas varió considerablemente. La más controvertida de las cuestiones está relacionada con el tema de culpabilidad en la guerra. Parece ser una impresión errónea,

generalizada, el que esta cuestión era materia de todos los juicios. Siendo así que sólo un número limitado de casos tenía relación con la discutida acusación de "crimen contra la paz".

Los acusadores llevaron a cabo una labor discriminatoria de los grupos de acusados a los que se les había endilgado este cargo. Los "crímenes contra la humanidad" también habían sido restringidos más allá de la importancia de sus posibles efectos. En la mayoría de los casos esto significó que se refirieron únicamente a acciones que podían ser consideradas como violación de otras normas de derecho penal bien reconocidas.

En la *primera categoría* de los juicios por crímenes de guerra pueden ser colocados los dos procesos mayores ante tribunales internacionales *ad hoc* establecidos por acuerdos internacionales, que señalaban el tribunal específico para cada procedimiento y definían la jurisdicción de cada tribunal. El proceso de Goering y otras prominentes figuras nazis en Nuremberg y los casos de los líderes japoneses en Tokio son los indicados. En relación con la naturaleza de esos tribunales, la Corte Suprema de los Estados Unidos, en su *per curiam*, declinando la revisión del caso de Tokio, sostuvo:

"Nos satisface que el tribunal sentenciador de los *petentes* no sea un tribunal de los Estados Unidos. Los Estados Unidos y otros países aliados conquistaron y ahora ocupan y controlan el Japón. El General Douglas MacArthur ha sido escogido y está actuando como Comandante Supremo de los Poderes Aliados. El Tribunal Militar que sentenció a estos peticionarios ha sido nombrado por el General MacArthur como agente de los Poderes Aliados.

"Bajo las circunstancias dichas la Corte de los Estados Unidos no tiene poder ni autoridad para revisar, afirmar, desechar o anular los juicios y sentencias impuestas sobre estos peticionarios. Y por esta razón las mociones para permitir solicitar a los peticionarios órdenes de *habeas corpus* son denegadas".

En un *segundo grupo* están los procesos que se le señalaron al Consejo de Control Legal N° 10, acuerdo internacional promulgado por los poderes que ocuparon Alemania. Mientras que estos procesos estuvieron basados en acuerdos internacionales, los procesos de que hablamos fueron tratados bajo los auspicios de una única nación. Los procedimientos subsiguientes a Nuremberg están en esta categoría. Concerniente a los subsiguientes tribunales de Nuremberg la sentencia en el caso número 5, *United States v. Flick, et als*, decidió:

"El Tribunal no es una corte de los Estados Unidos en el sentido en que ese término es usado en la Constitución de los Estados Unidos. No es una corte marcial. No es una comisión militar. Es un tribunal internacional establecido por el Consejo de Control Internacional, la más alta rama legislativa de los Cuatro Poderes Aliados que ahora controlan a Alemania. (Ley del Consejo de Control N° 10 de Diciembre 20, 1945). Los Jueces son legalmente nombrados por el Gobernador Militar y la última disposición del Presidente de los Estados Unidos con respecto a esto, fue nada más que una confirmación de los nombramientos por el Gobernador Militar. El Tribunal aplica derecho internacional. No está obligado por las leyes de los Estados Unidos, ni siquiera por aquellas partes de su Constitución relacionadas con las cortes de los Estados Unidos.

"Algunas garantías escritas en la Constitución y en los estatutos de los Estados Unidos para las personas acusadas por crímenes, entre otras la presunción de inocencia; la regla de que la convicción depende de la prueba del crimen llevada más allá de una duda razonable; y el derecho del acusado a ser aconsejado y defendido por un abogado, son reconocidas como ligadas al Tribunal de la misma manera que fueron reconocidas por el Tribunal Internacional Militar (IMT). Esto no es porque estén incluidos en la Constitución y en las leyes de los Estados Unidos sino porque están profundamente enraizados en nuestro sistema angloamericano de jurisprudencia como principio de un proceso justo. Al entregar a las autoridades de ocupación de las varias zonas el deber de juzgar a los criminales de guerra, está implícito en ello que todas las personas acusadas por crímenes deben tener un juicio justo de acuerdo con la jurisprudencia que prevalece en las cortes del poder que conduce los juicios".

Una tercera categoría de los juicios por crímenes de guerra constituye el grupo más numeroso. Esos fueron los juicios llevados a cabo ante los tribunales establecidos por varias naciones actuando singularmente y aplicando el principio aceptado de Derecho Internacional según el cual un beligerante tiene la autoridad de establecer tribunales especiales para juzgar individuos por ofensas cometidas en violación de las leyes y costumbres de guerra. En dos casos *Ex parte Quirin* (317 U.S. 1) (el caso de los saboteadores) e *In Re Yamashita* (327 U.S. 1) la Corte Suprema de los Estados Unidos analizó extensamente los precedentes que aplicaban este principio de derecho internacional. Conducidos bajo esta autoridad fueron los casos de juicios, no de Nuremberg, ante los Tribunales Militares Americanos seguidos ante el Juez Abogado General de la Armada de los Estados Unidos en Dachau. Atrocidades del campo de operaciones fueron incluidas principalmente como ofensas en contra de soldados aliados y civiles de territorios ocupados, así como las ofensas contra los reclusos de los campos de concentración invadidos por las fuerzas aliadas. Procesos similares fueron llevados a cabo en la mayoría de los países ocupados que estuvieron bajo la dominación del Eje. En general la ley sustantiva aplicable fueron las leyes y costumbres de guerra reflejadas en algunos tratados internacionales como el de la Convención de la Haya, las Regulaciones de la Haya, la Convención de Ginebra en relación con el trato que debía ser dado a los prisioneros de guerra, y varios otros similares convenios internacionales.

Los tribunales de Nuremberg en los procedimientos subsiguientes ejercieron una jurisdicción limitada por las previsiones de la Ley del Consejo de Control N° 10 del 20 de diciembre de 1945. Esta ley, en un lenguaje sustancialmente similar al del Acuerdo de Londres y la Carta de los

Tribunales Militares Internacionales, reconoció ciertas categorías de crímenes como constitutivos de una violación del derecho internacional existente, y autorizaba a cada uno de los poderes ocupantes en Alemania a establecer tribunales para los juicios de las ofensas así reconocidas. La ordenanza militar del Gobierno N° 7 del 18 de octubre de 1946 fue promulgada bajo esta autoridad estableciendo los tribunales de Nuremberg y prescribiendo su procedimiento. Los procedimientos encarnaban una combinación o compromiso de procedimientos criminales continentales y anglo-americanos. Digna de notarse es la provisión:

"Los tribunales no estarán atados por reglas técnicas de evidencia. Ellos deberán adoptar y aplicar, con la mayor extensión, procedimientos expeditos y no técnicos, y admitirán cualquier prueba que ellos consideren tener valor probatorio con relación a los cargos: certificaciones, declaraciones, interrogatorios y otras exposiciones, diarios, cartas, memorias, decisiones, declaraciones y pronunciamientos de tribunales militares, la revisión y confirmación de cualquiera de las autoridades de las Naciones Unidas, y copias de cualquier documento u otra evidencia secundaria de las contenidas en cualquier documento, si el original no está disponible —a mano— o no puede ser hallado sin dilación. El tribunal dará a la parte oponente la oportunidad de impugnar la autenticidad o valor probatorio de tales pruebas si en opinión del tribunal los fines de la justicia lo requieren". (Artículo VII, Ordenanza Militar del Gobierno N° 7).

Los peligros inherentes a tal procedimiento liberal fueron atenuados por el hecho de que los cargos fueron juzgados por tribunales compuestos a base de abogados profesionalmente disciplinados y jueces, más que por jurados de legos. Los jueces civiles americanos en Nuremberg fueron treinta y dos. Cada uno de los tribunales estuvo compuesto por tres jueces y en algunas instancias un cuarto fue llamado como suplente. Las funciones primeramente investidas en el Juez Jackson, el acusador americano ante el Tribunal Militar Internacional, fueron transferidas al Brigadier General Telford Taylor, quien, como Jefe del Consejo

para Crímenes de Guerra, fue responsable de la preparación y presentación de las acusaciones y la supervisión de los procesos.

En Nuremberg hubo trece casos mayores. Comenzando con el caso *Goering* ante el Tribunal Militar Internacional y terminando con el "Caso de los Ministerios" cuya sentencia fue dictada en abril de 1949. 199 personas fueron acusadas como grandes criminales de guerra alemanes; 36 sentencias de muerte fueron dictadas; 23 sentencias de prisión vitalicia, 102 sentencias de prisión en términos varios. Hubo 38 sentencias absolutorias. Incluyendo el suicidio de *Goering*, hubo cinco suicidios durante la prosecución de los procedimientos.

El objetivo en los juicios de Nuremberg no fue el juzgar a todas las personas sospechosas de haber cometido crímenes de guerra, sino juzgar a los más responsables en determinados campos de actividad, que se unieron para hacer de la conspiración Nazi la espantosa y efectiva realidad que fue. Los juicios, repudiaron la condenación colectiva y constituyeron una pesquisa judicial de una responsabilidad alegada por complicidad de crímenes de guerra, con base en una culpa individual a la luz de prueba específica aplicable a cada caso.

Cada caso es un estudio complicado y es posible aquí indicar solamente la naturaleza general de los casos. Tres de los casos se referían a acusados por crímenes de guerra, por crímenes contra la humanidad y participación en organizaciones criminales, por actividades de algunos acusados como líderes de la notoria SS de Himmler. Uno de estos casos envolvía al grupo de oficiales que dirigía la *Einsatzgruppen* o fuerza de choque, acusada por el millón de asesinatos en la exterminación de Polacos, Judíos y Gitanos en la Europa oriental ocupada. Los fallos condenatorios fueron, en gran parte, basados en documentos oficiales y documentos contemporáneos, que representaban vivamente

estas actividades de masacre con detalles minuciosos. Tres casos envolvían a importantes líderes militares acusados por crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad. Y en uno de los tres estaba incluido el crimen en contra de la paz. Un juicio involucraba a los líderes de la profesión médica alemana que fueron acusados de participar en experimentos médicos criminales sobre víctimas forzadas que habían sido artificialmente infectadas con tifus y otras enfermedades; el caso de los "Jueces" envolvió, una calificación de la responsabilidad individual de los miembros de la judicatura y jefes del Ministerio de Justicia Nazi por la alegada legalización del asesinato bajo la máscara de decretos judiciales. El Tribunal en el caso de los Jueces describió a la judicatura y al Ministerio de Justicia en estos términos:

"Un sistema nacional de crueldad e injusticia, oficialmente organizado con violación de las leyes de la guerra y de la humanidad, perpetrado en nombre de la ley por la autoridad del Ministro de Justicia, y a través del instrumental de las cortes. La daga de los asesinos estaba encubierta por el manto del jurista".

Hubo tres grandes casos que envolvían a prominentes industriales y hombres de negocios. De estos casos, los de *Krupp* y *Farben* atrajeron la atención internacional porque ellos respondían a la pregunta de si los industriales Nazis que colaboraron y sostuvieron a Hitler podían ser tenidos como culpables de crímenes contra la paz. Con las pruebas aplicadas a los acusados los industriales fueron todos absueltos de los cargos de haber participado en el planeamiento, preparación, iniciación o de haber hecho una guerra agresiva. Algunos de los acusados individualmente fueron convictos, sin embargo, de crímenes de guerra y crímenes en contra de la humanidad por la participación en los programas del trabajo de esclavos del Tercer Reich o por crímenes de guerra en violación de la Convención y regulación de la Haya por participar en el saqueo y la explotación económica de las facilidades industriales en los paí-

ses ocupados bajo el dominio Nazi. El caso de la Comandancia Suprema envolvía a un grupo de líderes de alto rango militar de la armada y comandantes de cuerpo. Ellos fueron también absueltos del cargo de participar en crímenes en contra de la paz, pero aquí también, algunos de los acusados fueron sentenciados por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. La última sentencia fue dictada en el último de los doce casos de Nuremberg conocido como el "Caso del Ministerio" en 1949. En este caso, unos veintiún acusados, incluyendo altos oficiales gubernamentales, diplomáticos y oficiales de la oficina de Ribbentrop, fueron condenados por comisión de crímenes en contra de la paz, crímenes de guerra y crímenes en contra de la humanidad. Diecinueve de los acusados fueron encontrados culpables. El caso es de particular interés en cuanto envolvía condenas de algunos defendidos por crímenes en contra de la paz.

Los ofensas sustantivas que fueron acusadas en los juicios de Nuremberg fueron definidas en la Ley del Consejo de Control N° 10 como sigue:

"1. Cada uno de los actos siguientes es reconocido como un crimen:

a) "*Crímenes contra la paz*. Iniciación de invasiones de otros países y guerras de agresión en violación del derecho internacional, de tratados, incluyendo, pero no limitándose a planeamiento, preparación, iniciación o soporte de una guerra de agresión, o una guerra de violación de tratados internacionales, acuerdos o resoluciones, o participación en un plan común o conspiración para el cumplimiento de cualquiera de lo precedente.

b) "*Crímenes de guerra*. Atrocidades u ofensas contra personas o propiedades que constituyen violaciones del derecho o de las costumbres de guerra, incluyendo, pero no limitadas a asesinatos, tratamiento nocivo o deportación para trabajo de esclavos o para cualquier otro propósito, de población civil de territorios ocupados, asesinato o tratamiento nocivo de prisioneros

de guerra o personas en los mares, matanzas de rehenes, despojos de propiedad pública o privada, desenfreno en la destrucción de ciudades, pueblos o villas, o devastación no justificada por necesidad militar.

c) "*Crímenes contra la Humanidad*. Atrocidades y ofensas, incluyendo, pero no limitándose a asesinatos, exterminación, esclavitud, deportación, aprisionamiento, tortura, rapto, o cualesquiera otros actos inhumanos cometidos en contra de cualquier población civil, o persecuciones en los campos políticos, raciales o religiones, sea o no con violación de las leyes domésticas del país en que se perpetraren.

d) "Participación en categorías de un grupo criminal u organizaciones declaradas criminales por el Tribunal Militar Internacional".

En relación con los crímenes en contra de la paz, volúmenes de literatura giran acerca de la controversia de si los doce acusados convictos de esta ofensa por el Tribunal Internacional Militar en el caso contra Goering y los principales líderes Nazis fueron víctimas de leyes *ex post facto*. Una conclusión o punto de vista en la controversia de *ex post facto* depende en gran parte de la filosofía fundamental del derecho en general y de qué constituye el derecho internacional. En el caso de Goering, el Tribunal Internacional Militar aceptó la existencia de un derecho internacional común sobre crímenes y el principio de la responsabilidad individual en la ley penal internacional. Interpretando la definición similar de los crímenes contra la paz en la Carta de Nuremberg, la IMT decidió que el planeamiento, preparación, iniciación y soporte de una guerra agresiva constituye un supremo crimen internacional vinculado con la responsabilidad penal individual. La seguridad fue puesta entre las dos guerras mundiales y principalmente en el pacto Kellogg-Briand declarando a la guerra fuera de ley. De esto se concluyó que Hitler y sus colaboradores más cercanos cuando planeaban y lanzaban guerras de agresión debían haber conocido que actuaban violando el derecho internacional existente. Bajo este punto de vista se tuvo como *fin impor-*

tante que el Pacto de París no juzgara específicamente el soporte de una guerra agresiva como un crimen, que no se señalaban penalidades o que no existiera un tribunal previo para imponer las sanciones criminales por la violación del Pacto.

A los precedentes de Nuremberg en los crímenes en contra de la Paz deben ser añadido el caso de Tokio que envolvía la condenatoria de los principales criminales de guerra japoneses. Otro de los casos de condenación por crímenes en contra de la paz, fue el caso de Hermann Roehling, un industrial alemán, condenado por "mantener" guerra agresiva, por un tribunal en la Zona Francesa de Ocupación. Esta sentencia de condena fue revocada por la Alta Corte de Gobierno Militar de la Zona Francesa de Ocupación en Alemania, el 25 de enero de 1949. Esta última decisión indica una marcada repugnancia por parte de los tribunales por extender el concepto de crímenes en contra de la paz. Con la excepción del caso de los Ministros, ningún acusado fue condenado por este cargo en los casos subsiguientes de Nuremberg. La doctrina enunció que la complicidad en el crimen de guerra agresiva debía ser limitado a aquellos líderes de las más altas posiciones que pudieran ser tenidos como participantes en las decisiones políticas que resultaran en la conducción de su país dentro de una guerra agresiva. El concepto de "sostener" una guerra agresiva, con los culpables en masa que eso podía implicar y la dificultad de determinar una línea de demarcación entre la culpa y la inocencia, fue considerada por los tribunales con una postura insuperable de obstáculos en su aplicación. Todo esto sugiere que el concepto de "sostener" una guerra agresiva, aplicado por el Tribunal Internacional Militar, es muy amplio. Las conclusiones en los subsiguientes juicios en Nuremberg apoyan esos temores. El crimen contra la paz fue llevado muy conservadoramente por los tribunales en los subsiguientes procedimientos de Nuremberg.

Las ofensas definidas en la Ley del Consejo de Control como crímenes de guerra en el sentido más estricto tienen una base aceptada en derecho internacional. Estas ofensas están sólidamente basadas en tratados internacionales y costumbres que regulan la conducta en la guerra. Preguntas difíciles de interpretación y aplicación están envueltas y hay un constante problema de extensión, al cual la terrible eficiencia de la guerra moderna puede haber contribuido a transformar en ciertos aspectos de las reglas originales designadas para hacer la guerra más humana. Esas doctrinas tales como "necesidad militar", "represalias" y el mitigante efecto de "órdenes superiores" presentan insólitos problemas. Pero no existen tan grandes incertidumbres como aquellas que constantemente aparecen en las amplias áreas del derecho municipal o nacional. La aplicación de *ex post facto* no se presenta en crímenes de guerra que quedan comprendidos dentro de la definición de ese término en su sentido más estricto. Esto es particularmente cierto con relación a aquellas normas señaladas para proteger a las personas y a la propiedad de los habitantes durante ocupaciones bélicas.

Considerables transposiciones existen entre los crímenes de guerra en su sentido estricto y los crímenes en *contra de la humanidad*. Crímenes de guerra ordinariamente constituyen Crímenes contra la Humanidad, pero en sentido contrario no siempre es cierto. La pregunta de si la responsabilidad por actos en contra de la humanidad cometidos con anterioridad a un estado actual de existencia de una guerra, por ejemplo, las atrocidades Nazis cometidas en contra de los nacionales alemanes antes del comienzo de la guerra, exige una aclaración y muy seria. Estas ofensas no pueden constituir los dichos crímenes de guerra en su sentido estricto. El Tribunal Internacional Militar, considerando esta dificultad, concluyó que los Crímenes en contra de la Humanidad podían ser la base de una acusación, solamente si se habían cometido después del comienzo de la guerra o

como un incidente del crimen completo de sostener una guerra agresiva. En los procesos de Nuremberg, ningún acusado fue condenado por Crímenes en contra de la Humanidad solamente con base en actos cometidos con anterioridad al inicio de las hostilidades. Los Crímenes en contra de la Humanidad generalmente envuelven actos inhumanos cometidos en contra de los habitantes de territorios ocupados que deberían estar dentro de la protección de las Regulaciones de la Haya o bien cualquier incidente en la dirección de la guerra. El futuro del Crimen en contra de la Humanidad en derecho internacional es de gran importancia. La violación de los derechos humanos que la Declaración de las Naciones Unidas procura proteger usualmente ocurren antes del inicio de las hostilidades y pueden ser efectuados en nombre de una llamada ley nacional. Lo mismo puede ser dicho del crimen de "genocidio". Los tribunales de Nuremberg, siguiendo los precedentes del Tribunal Internacional Militar en el caso de Goering, aceptaron el Crimen en contra de la Humanidad de acuerdo con la definición citada y contribuyeron en gran manera a este desenvolvimiento. No puede decirse, sin embargo, que fue aplicado en toda su extensión lo que la definición aparentaba garantizar.

Es cierto que las doce sentencias dictadas en los subsiguientes procesos de Nuremberg han contribuido poderosamente al desarrollo del derecho penal internacional. Los juicios sirvieron para llamar la atención sobre las omisiones del derecho internacional existente y ha sido coleccionado un cuerpo de valiosos materiales para los codificadores en las discusiones internacionales sobre derecho internacional penal. La concepción de la ley de la comunidad mundial ha sido fortalecida con la erección de pautas a las cuales las naciones civilizadas del mundo pueden adherirse. Nuevos ímpetus han sido dados al movimiento para la creación de una maquinaria judicial internacional permanente con jurisdicción sobre el derecho internacional penal. Este sueño

puede, con tiempo, ser realizado. La codificación de 1950 efectuada por la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre los principios de Nuremberg es ilustrativa en cuanto a posibilidades en este dificultoso campo. Los juicios han servido para el propósito útil de tener a mano unos apuntes históricos de los crímenes de guerra ejecutados por los poderes del Eje y unos apuntes sobre las mayores violaciones del derecho internacional cometidos en la dirección de esa guerra.

Las objeciones aducidas como constitutivas de procedimientos judiciales en los cuales los jueces de una nación vencedora juzgaban acusados de una nación vencida, no hacen desmerecer en la menor forma el carácter jurídico de los juicios o de la manera justa en la que éstos fueron desarrollados. Hubiera sido preferible que todos los juicios hubieran sido llevados ante listas de jueces seleccionados de varias naciones siguiendo el precedente del caso Goering. Los derechos básicos de los acusados fueron tomados en cuenta y cualquiera consideración fue extendida a los acusados para darles a ellos un juicio justo. Los acusados fueron representados por abogados alemanes capaces de su propia elección. Los procesos de los Tribunales estuvieron en completa libertad de ser examinados y fueron utilizados para la obtención de pruebas para la defensa. Los elementos de sorpresa fueron en su mayoría eliminados en todos los documentos capturados. Y otros documentos contemporáneos aducidos como prueba se pusieron a libre disposición antes de ser admitidos en corte. Oportunidades adecuadas para objeciones fueron dadas y toda oportunidad fue facilitada para la preparación y presentación de pruebas en contra. Los casos fueron llevados en dos idiomas, inglés y alemán, por medio de un ingenioso sistema de comunicación alámbrica. Las barreras del lenguaje fueron eliminadas completamente porque una traducción simultánea podía ser oída en los audífonos. El procedimiento en los casos de Nuremberg fue liberal al extremo de admitir declaraciones

juradas y de oídas, pero los Tribunales fueron cuidadosísimos al valorar las pruebas de ese carácter. Declaraciones juradas escritas presentadas por la acusación fueron completamente desechadas por los tribunales, a menos de que la acusación pudiera traer al firmante para examen cruzado, o de que de cualquier otra manera pudiera ser buscado para una contra interrogación por parte de la defensa.

Los jueces de los Tribunales americanos en Nuremberg mostraron un profundo interés en proteger los derechos de los acusados en juicio justo, de acuerdo con los conceptos del derecho angloamericano. Los expedientes oportan abundantes testimonios de esto en multitud de reglas favorables a la defensa, en el gran número de absoluciones y en la calidad de las sentencias. Hubo un notable disgusto en empujar el desenvolvimiento judicial más allá de los conceptos legales aceptados. Existió el sentimiento pleno de que derecho hecho por los jueces, a expensas de los acusados, no debería resultar de esos procesos. En realidad, en algunos de los casos, y saliendo de un deseo de ser demasiado justo para que los procesos no pudieran estar sujetos a ninguna posible crítica o censura, apareció una tendencia al error en la dirección de dar un amplio margen a la defensa que iba muchísimo más allá de lo que podía considerarse permisible en el procedimiento penal bajo en el sistema anglo-americano. Los abogados alemanes no estuvieron maldispuestos a aceptar esta actitud. Se acordó, sin embargo, que era preferible para los Tribunales ser liberales donde los derechos del acusado se vieran envueltos, y en vista del carácter especial de los procedimientos y de la gran amplitud de la pesquisa permisible.

A pesar de las críticas, el estudio de los procesos de Nuremberg debía, a la luz de cada expediente, impresionar al estudioso con la imparcialidad judicial con que la prueba fue tratada; con la adhesión rígida al procedimiento de "prueba más allá de la duda razonable"; con la insistencia sobre el concepto de responsabilidad penal individual

como opuesta a cualquier culpabilidad en masa o "culpabilidad por asociación"; con la general renuencia a extender principios legales más allá del existente derecho internacional en el sentido de *ex post facto*; con la aplicación liberal de la regla que requiere sacar conclusiones favorables en favor de los acusados cuando la prueba es conflictiva, y numerosas reglas sustantivas y procesales adversas a las teorías y alegatos expuestas por la acusación.

Nuremberg ha hecho una contribución única. Es una significativa piedra milenaria en el desenvolvimiento de una ley mundial en la cual la civilización en los años venideros hará un mayor progreso si nosotros hemos de tener paz en el mundo a través de la supremacía de la ley en la que la paz debe estar firmemente basada. Ha sido bien dicho que "Los crímenes que estos procesos han juzgado y condenado fueron tan calculados, tan malignos y tan devastadores, que la civilización no podía tolerar que hubieran sido ignorados porque no podría sobrevivir si fueran repetidos". Los procesos de Nuremberg completan un capítulo sórdido en la historia de una gran nación y de un pueblo grande y talentoso. Falta ver si la humanidad puede construir sobre esta experiencia y moverse rápidamente hacia una "era en la cual todos los ofensores del derecho internacional, en tiempos de paz o guerra, sean victoriosos o vencidos, pueden ser traídos hacia la justicia", bajo una reafirmación de valores legales, morales y éticos diferentes de aquellos que motivaron los poderes del Eje en una era que, en nombre de la humanidad, esperamos esté terminada para siempre.

A pesar de la oscura perspectiva en cualquier tiempo uno puede preguntarse seriamente: ¿Es esto demasiada esperanza para la humanidad?

(Traducción de Jorge Enrique Guier).

## “EL PACTO DE RESERVA DE DOMINIO EN LA COMPRAVENTA”

Por PABLO CASAFONT ROMERO.  
Titular Derecho Civil, Contratos.  
Facultad de Derecho.

La innovación introducida en nuestro ordenamiento jurídico, por el nuevo Código de Comercio, sobre retención del dominio en el contrato de compraventa, presta oportunidad para algunos comentarios, en intento de divulgación de los principios que lo informan, sobre un instituto de actualidad y trascendencia económica y jurídica, a la vez muy difundido en la doctrina científica como aceptado en otras legislaciones modernas: “El pacto de reserva de propiedad en la compraventa”.

Tal reforma ha venido a legitimar, en nuestro medio, una modalidad de esencia en la compraventa mercantil que significa, al lado del reconocimiento legislativo de un importante instituto jurídico, una valiosa aportación al Derecho positivo patrio. Hubiera sido deseable, sin embargo, por las numerosas cuestiones de interés que suscita, que en el nuevo Cuerpo legal se disciplinara esa materia con alguna amplitud, mediante una regulación específica adecuada, sin limitarse a la disposición que como norma única figura en el respectivo articulado de la compraventa, la del número 458, que establece: “No podrá exceder de un plazo de tres años el pacto que contenga reserva de dominio, y durante su vigencia, el comprador debe informar al vendedor cualquier cambio de domicilio, así como de todo aquello que en alguna forma pueda modificar el valor de la cosa vendida; la falta de aviso de esas circunstancias dará por vencida y hará exigible la obligación. El vendedor hará efectivo este derecho por los trámites correspondientes a los actos de jurisdicción voluntaria”.

Con todo, importa destacar que el principio ha sido aceptado en nuestra legalidad vigente y modificado así el régimen de la compraventa mercantil, con una modalidad de fondo que mucho significa a los fines de mejoramiento jurídico e institucional, desde que, con ello, nos hemos adherido a un progreso de la técnica jurídica en sus nuevas direcciones llamadas a tutelar las crecientes necesidades del tráfico, en el mundo negocial moderno.

Trataré en este estudio de abordar los rasgos o notas más salientes del instituto jurídico de referencia, en sus aspectos sustancial o de contenido, funcional y estructural, para examinar asimismo algunos de los problemas que genera, dentro de la gran diversidad de cuestiones que igualmente plantea a la consideración del jurista.

Si de este trabajo algo aprovechable pudiera obtenerse, en lo que es necesario llevar a cabo como complemento y desarrollo de la mera enunciación del principio —que a ello equivale en rigor lo que actualmente se contiene en el nuevo ordenamiento mercantil en punto al dominio reservado con arreglo al texto transcrito—, sea en la elaboración de una disciplina legal particular que contemple y brinde adecuada solución a las diversas situaciones jurídicas que motiva, como es practicado en otras legislaciones, me daría por compensado de cuanto esfuerzo hayan demandado de mí, los presentes apuntes.

### I. GENERALIDADES, NOCION Y NATURALEZA JURIDICA DEL PACTO.

Sin ser una creación de la técnica moderna, pues ya en el lenguaje de sus leyes los romanos hablaron del “*pactum reservati domini*”, justo es reconocer que a la Ciencia jurídica actual es debida, por imperativo de las exigencias y necesidades prácticas de la vida negocial en el complejo tejido de sus relaciones, una nueva estructuración de la reserva del dominio en la compraventa, que realiza el principio de sana política legislativa de elevar a la dignidad

de categorías jurídicas, los hechos y fenómenos del orden económico y sus valores.

En las numerosas definiciones que del pacto de reserva figuran en códigos y autores —pues es extensa la literatura jurídica que sobre el mismo se ha elaborado en los últimos tiempos—, se descubre de inmediato el fondo de esencia o rasgo distintivo que lo caracteriza y que hacen de su concepto, en principio, una idea simple y fácilmente asequible: la de *diferir o aplazar, en la compraventa, la transmisión de la propiedad de la cosa vendida, al momento en que el comprador pague el precio, sin que, por lo mismo, ese efecto primordial del contrato se produzca ni a la celebración de éste ni aún al ser verificada la entrega o tradición de la cosa.* Esto, sin embargo, que a primera vista se ofrece sencillo, aunque no extrañe al jurista y sí pueda sorprender al profano —sea el que una cosa vendida y entregada al comprador no convierta a éste en propietario de la misma—, da lugar a una serie de problemas y situaciones jurídicas complejas.

En torno al concepto del pacto, LARENZ (Derecho de Obligaciones, t. II, p. 118. Ed. Revista de Derecho Privado, 1959), reflejando la tendencia que recoge el Código Civil alemán sobre la compraventa, lo define como el "Pacto entre vendedor y comprador de una cosa mueble por el cual la propiedad sobre la misma permanece en el vendedor, a pesar de haber sido entregada al comprador, hasta el pago total del precio". Estatuye el Código de Comercio de Honduras de 1950, tenido con fundada razón como uno de los más avanzados por sus nuevas orientaciones y depurada técnica jurídica, por el artículo 781: "Podrá pactarse válidamente que el vendedor se reserva la propiedad de la cosa vendida hasta que el precio haya sido pagado", y en análogos términos el Código Civil de México de 1928 preceptúa por el artículo 2312: "Puede pactarse válidamente que el vendedor se reserva la propiedad de la cosa vendida hasta que su precio haya sido pagado". En la legisla-

ción italiana vigente, que sigue en punto a la transferencia del dominio en la compraventa la dirección moderna del sistema de la "tradición", por el artículo 1523 del Código Civil de 1942, en materia de venta con reserva de dominio se dispone: "En la venta a cuotas con reserva de la propiedad, el comprador adquiere la propiedad de la cosa con el pago de la última cuota del precio", señalando, según se advierte, ese último momento del pago íntegro del precio como el determinante de la transmisión. En el Derecho Español, por no ser suficientemente claros los textos legales referentes al fenómeno traslativo de la propiedad en la compraventa, se ha admitido, mediante interpretación de los mismos por tratadistas y la jurisprudencia, que es la entrega o tradición de la cosa la que opera dicho efecto en favor del comprador, y que el mismo puede ser diferido hasta el pago completo del precio mediante un pacto de reserva de dominio. Comenta el tratadista PUIG PEÑA (Tratado de Derecho Civil Español, t. IV, Vol. II, pág. 102. Ed. Revista de Derecho Privado, 1951): "Al fenómeno jurídico de la entrega se le puede quitar la sustancia traslativa cuando se incorpora al contrato el pacto de reserva de dominio; en este caso se transfiere la sola entrega material de la cosa, pero el vendedor se reserva el dominio de la misma hasta el completo pago del precio". Sobre la virtualidad jurídica de la entrega o tradición para transmitir la propiedad de lo vendido, comentando el sistema bajo el cual el Código Civil español organiza la compraventa, observa el profesor CASTAN (Derecho Civil Español Común y Foral, t. IV, pag. 60. Ed. Reus, 1958): "La propiedad se transmite al comprador por la entrega o tradición, conceptuándose esta última como el transferimiento de la posesión jurídica de la cosa". No dudan los anotadores de ENNECCERUS, Pérez González y Alguer, en comentario asimismo a dicho Código español y siguiendo la opinión moderna, en señalar que la entrega de la cosa no significa pura y simplemente la entrega material, sino la tradición que transfiere la propiedad, y al efecto exponen

(Enneccerus-Lehmann, Derecho de Obligaciones, en el Tratado de Enneccerus, Kipp y Wolff, t. II, vol. 2, pag. 23. Ed Bosch): "A nuestro entender no puede partirse del carácter traslativo de la compraventa, porque no lo tiene en nuestro derecho. La compraventa no transfiere el dominio, sino que es negocio puramente obligatorio. Pero con esta afirmación tampoco se resuelve el problema sino que se vuelve a él en cierto modo, tratándose entonces de determinar si la obligación del vendedor es la de transmitir el dominio o simplemente la de entregar la cosa, garantizando su quieta y pacífica posesión. Sin embargo, planteada la cuestión en el terreno de la naturaleza puramente obligatoria del negocio, queda en parte despejada, porque entonces la validez de la compraventa dependerá no tanto de que la cosa sea propia del vendedor en el momento de celebrar el contrato, como cuanto de la posibilidad del cumplimiento de su obligación de transmitir la propiedad. Y esta obligación es siempre objetivamente posible, ya que el vendedor podría adquirir y quedaría obligado a adquirir la cosa ajena para transferirla después al comprador. Si no lo consiguiera, su obligación se haría subjetivamente imposible en la forma originaria y se modificaría en el sentido de obligación de indemnizar o daría lugar a las demás consecuencias del incumplimiento, pero nunca a la nulidad del contrato". Códigos modernos, como los mencionados de México y Honduras, entre otros, adoptan en lo sustancial, el mismo criterio en cuanto a que la transmisión del dominio en la compraventa, tiene lugar con la entrega de la cosa al comprador, si bien en el último de esos Cuerpos legales se contiene la particularidad, al otorgar validez a la venta de cosa ajena y tener por obligado al vendedor a adquirirla para entregarla al comprador, lo que es propio de la concepción obligatoria del contrato, de disponer según el artículo 770, que dicho comprador adquirirá la propiedad cuando el vendedor la obtenga del propietario, con lo cual y respecto a esa específica modalidad, parece más bien seguir

el principio "traslativo", lo que, por lo demás, no entraña una novedad, pues en nuestro Código Civil no obstante la nulidad radical de la venta de cosa ajena en virtud de ese último criterio que es el que impera en la compraventa civil, como indicaré, tal nulidad, conforme el artículo 1063, queda "salvada si el vendedor llega a ser ulteriormente propietario de la cosa vendida".

Las anteriores citas y referencias valgan para destacar, por ahora, que la entrega o tradición de la cosa vendida asume, desde el punto de vista moderno sobre transmisión del dominio en la compraventa, la virtualidad jurídica de ser el hecho determinante de esa transferencia de la propiedad, con lo cual imaginamos ya la existencia de otro sistema en el que dicho traspaso no sea resultado de la entrega, sino efecto inmediato de la perfección o celebración del contrato, y aun la posibilidad de que ni uno ni otro momentos sean productores del fenómeno traslativo, sino otro ulterior, por voluntad de las mismas partes contratantes que en tal sentido y dada su soberanía pueda modificar la naturaleza y efectos del contrato: aquél en que el comprador pague íntegramente el precio, que es propiamente lo que ocurre cuando en la compraventa interviene un pacto de reserva de dominio.

Con las precedentes indicaciones, se pone de manifiesto la conveniencia, a modo de preliminar necesario para una mejor comprensión de la naturaleza y fines del pacto de reserva, dada su íntima conexión con la transmisión de la propiedad en la compraventa, de formular algunas consideraciones sobre este último fenómeno jurídico, con arreglo a los sistemas o construcciones que han aparecido en el particular.

## II. EXAMEN DE LA RELACION ENTRE EL CONTRATO DE COMPRAVENTA Y LA TRANSMISION DE PROPIEDAD. SISTEMAS.

Al contrato de compraventa se le ha asignado tradicionalmente, una finalidad traslativa de dominio, lo que es conforme con su naturaleza jurídica y con la intención común de las partes que en el mismo intervienen. Sería superfluo dudar que el propósito del comprador, al ser concertada una compraventa y disponerse a pagar un precio por la cosa, no sea el de adquirir la propiedad sobre ella, supuesto que ese precio representa el valor total de lo que recibe en cambio, y lo propio cabe decir de la intención del vendedor, de desprenderse definitivamente del bien para darlo en propiedad al comprador, a cambio de dicho precio. Con fundado motivo, dentro de la clasificación general de los contratos y atendidos los diversos criterios de distinción de los mismos, el de compraventa se ha emplazado en la familia o grupo de los traslativos del dominio, por la finalidad que cumplen de transferir la propiedad, denominados también contratos cambiarios desde un punto de vista económico.

Sin negar la posibilidad jurídica y material de una separación o distinción entre el contrato de compraventa en sí como un acto o más propiamente como un negocio jurídico, producto de una conformidad de voluntades referida a los elementos esenciales del mismo, y el fenómeno de la transmisión del dominio que de él deriva, cuanto al momento en que este último tiene lugar, es lo cierto que la virtualidad traslativa del contrato, por estar en su propia esencia conforme la voluntad de las partes, no podría negarse ni aun en el evento de que en su consumación o efectos, dicha traslación no llegara a producirse en la realidad, por circunstancias varias. Porque una cosa es la finalidad traslativa del contrato y otra que, en el cumplimiento o efectos del mismo, esa consecuencia jurídica llegue a darse o no. El problema viene así ligado con la sistemática

del contrato, es decir, en relación directa con la estructuración jurídica con que cada sistema dota a la compraventa.

Sin detenerse en el carácter real o manual que el contrato revistió en ordenamientos jurídicos antiguos como el romano, confundiendo con la permuta o trueque, interesa mayormente señalar la fase, dentro de la evolución contractual, en que asume la categoría consensual; ocurre esto en la misma Roma, al culminar el progresivo desarrollo de la contratación, si bien, siendo consensual la compraventa, tan solo producía obligaciones y no transmitía, directa e inmediatamente, por razón de la misma, la propiedad de las cosas.

La consensualidad del contrato alude a su perfección, al nacimiento o existencia de la entidad contractual, que tiene lugar, jurídicamente, con el solo consentimiento de las partes referido a los elementos esenciales del mismo, sea desde que sobreviene el acuerdo o voluntad conforme o coincidente. El carácter consensual de la compraventa domina en el Derecho moderno: se tiene por concluida, es perfecta y surte todos sus efectos legales, desde que se da el acuerdo de partes sobre sus elementos esenciales. Como lo dispone nuestro Código Civil en el artículo 1049, siguiendo las huellas de la legislación francesa, "La venta es perfecta entre las partes desde que convienen en cosa y precio". Lo propio ocurre en lo mercantil: por el artículo 442 de nuestro Código de Comercio recientemente promulgado, se establece: "El contrato de compraventa quedará perfecto desde que se convenga en cosa y precio y demás circunstancias de la negociación", aditamento este último que resulta apropiado, desde que, en materia contractual, el acuerdo de partes debe versar sobre los elementos todos o "circunstancias de la negociación", que al ser tomados en cuenta por ellas e integrar su contenido, asumen la categoría de esenciales, por la misma voluntad de los contratantes, que es su ley. Con verdad se ha dicho que en la voluntad y sobre la voluntad del hom-

bre está montado ese mundo de posibilidades negociales que forman el continuo e incesante fluir de la vida.

¿Con la admisión del principio consensual en la compraventa, no queda resuelto el grave problema que se examina, acerca del momento en que se realiza el fenómeno jurídico del desplazamiento del dominio que de la misma procede. Porque como está dicho, una cosa es la perfección del contrato o su nacimiento a la vida jurídica, para lo cual es bastante el consentimiento de las partes, y otra la realización de sus fines, la producción de sus efectos. Para lo primero será suficiente el acuerdo de voluntades de vendedor y comprador, mas respecto a la transmisión del dominio de las cosas que constituyen su objeto, ¿tiene ello lugar inmediata y directamente como consecuencia de dicha celebración del contrato o con posterioridad al mismo? Queda así planteado el verdadero problema y entran en juego los sistemas que dan diferente estructuración jurídica a la compraventa y, de consiguiente, diverso enfoque a la cuestión propuesta.

Dos sistemas radicales se ofrecen en punto a la determinación del momento en que tiene lugar la transferencia del dominio en la compraventa, asignándose en ambos naturaleza consensual al contrato: el sistema de la "compraventa consensual traslativa de dominio" o "régimen consensual puro", que sigue el principio de unidad de contrato y transmisión de propiedad, y el sistema de la "compraventa consensual productora de obligaciones" que adopta el principio de "la tradición". Su diferencia sustancial reside en el momento en que opera la traslación o desplazamiento de la propiedad. Un examen separado de tales sistemas, importa para destacar las distintas concepciones sobre el tema en cuestión.

### III. PRINCIPIO DE UNIDAD DE CONTRATO Y TRANSMISION DE PROPIEDAD. SISTEMA "TRASLATIVO".

Con arreglo a esta doctrina, perfección del contrato de compraventa y transmisión del dominio tienen lugar a un tiempo mismo, simultáneamente. La transferencia de la propiedad es, dentro de este sistema, un efecto o consecuencia inmediata del contrato, en el cual, puede decirse, va contenido asimismo el acuerdo referente a esa traslación, sea que el contrato por sí solo proporciona al comprador el dominio; la venta tiene efecto "traslativo inmediato". Se sigue esta dirección en el Derecho francés y en otras legislaciones en él inspiradas. En el Código Civil francés se declara que el comprador adquiere la propiedad tan pronto como las partes den su acuerdo sobre cosa y precio, y añade, lo que denota mayormente el carácter consensual traslativo: "aunque la cosa no haya sido entregada y el precio no pagado". El acuerdo, pues, resulta bastante para que se produzca automáticamente la transmisión de la propiedad. En nuestro Código Civil se organiza la compraventa conforme este tipo, como indicaré al considerar también el modo como disciplina el nuevo Código de Comercio la compraventa mercantil, una vez expuestas las bases del segundo sistema, a saber:

### IV. PRINCIPIO DE LA "TRADICION" O "SEPARACION DE CONTRATO DE COMPRAVENTA Y TRANSMISION DE PROPIEDAD". EL CONTRATO CON CARACTER MERAMENTE OBLIGACIONAL.

Propugna este sistema, como queda dicho, la distinción o separación entre el contrato y la transmisión del dominio. Por el convenio, que es de naturaleza consensual, solamente se crean obligaciones para las partes sin afectar las relaciones de propiedad. El fenómeno de la traslación del dominio de las cosas a que dicho contrato se refiere, como efecto primordial del mismo, no tiene lugar en el momen-

to de concluirse, sino con posterioridad, en el de verificarse la entrega o tradición de la cosa, o bien en otro ulterior si interviene un pacto de reserva de dominio: en el del pago del precio. Lo importante es señalar, como básico del sistema, que la transferencia de la propiedad no se opera como en el régimen "traslativo" por la sola razón de la compraventa, no obstante su carácter consensual, sino con ocasión de la entrega de la cosa. El contrato, en tal sentido, asume el carácter de negocio jurídico meramente obligacional, es decir, productor tan sólo de obligaciones, no traslativo de propiedad, por más que su finalidad sea esta última de acuerdo con la intención de los contratantes. Pero el traspaso real, efectivo de la propiedad, tiene lugar con la tradición de la cosa, la que convierte al comprador en dueño de la misma, aun cuando el precio no haya sido pagado. Puede decirse que en el propio contrato de compraventa, virtualmente se contiene el acuerdo de las partes de que la transmisión del dominio en favor del comprador ocurra en el momento de la entrega. Siendo esto así, no precisa, dentro del sistema en examen, que el vendedor sea propietario de la cosa en el momento de celebrarse el contrato, y sí en cambio en el de la entrega, como es obvio, lo cual explica y justifica que la venta de cosa ajena sea válida, y que al producir el contrato únicamente obligaciones, figure entre éstas y a cargo del vendedor, la de proporcionar al comprador el dominio al tiempo de la tradición, quedando así compelido a adquirirla para cumplir, o bien a indemnizar en caso contrario. Es, en consecuencia, en el momento de la entrega, que ha de tener jurídicamente el vendedor la facultad de disponer de la cosa, a efecto de transmitirla con ella, de lo que se infiere que tal transmisión tiene lugar un tiempo después de haberse concluído la compraventa, lo que permite apreciar claramente la separación entre el contrato en sí y el fenómeno de la transferencia, que es lo característico del sistema en comentario.

Si la entrega o tradición conforme esta doctrina, ostenta la virtualidad de transmitir el dominio, ello debido a que la voluntad de las partes toma esa dirección y no en el momento de celebrarse el contrato como ocurre en el otro sistema, dicho acto se ofrece con una significación distinta, con un alcance mayor al que ordinariamente tiene, de ser el hecho de poner en posesión material de la cosa al comprador. La finalidad de la tradición es, en consecuencia, diversa en ambos sistemas: en el "traslativo", supuesto que la transferencia de la propiedad tiene lugar en el momento de celebrarse el contrato, instante en que el comprador se hace dueño de la cosa, la entrega se dirige a poner en posesión material de la misma a su dueño, para su disfrute y aprovechamiento y ejercicio del señorío que importa el dominio; en cambio, en el sistema de la "tradición" reviste un significado más intenso: es, al decir de Castán (Op cit. pag 87) "el medio jurídico de transmitir al comprador la propiedad de la cosa o el derecho real sobre ella" o como observa igualmente Puig Peña (Op cit. pag. 101): "El vendedor, al celebrarse el contrato de compraventa, se obliga a la entrega de la cosa vendida, es decir, a proporcionar el pase jurídico de la cosa a la disponibilidad patrimonial del comprador. Esta entrega no es un simple dar; es algo más: es un dar que tiene en su fondo una sustancia traslativa, ya que es el cauce jurídico a través del cual se verifica el transferimiento del dominio. En aquellos sistemas legislativos en los que la traslación del dominio en la compraventa se verifica por el mismo contrato, la entrega es el simple hecho que pone al comprador en la posibilidad material de ejercer sus derechos dominicales. Pero en nuestra legislación, que no transfiere la propiedad por el simple consentimiento, la entrega es el expediente a que se acude para provocar el traspaso del dominio".

Las consecuencias, por último, que derivan de la compraventa según cada uno de los sistemas reseñados, son

diversas: la primera, que toca directamente con el fenómeno de la transmisión del dominio, en relación al tiempo en que se opera, ha sido examinada con amplitud, y de ella a la vez, devienen otros efectos: en el sistema "traslativo" pasa la propiedad al comprador, quien se hace dueño desde el momento de celebrarse el contrato, aunque la cosa no le haya sido entregada ni pagado el precio; tendrá los derechos como tal propietario y la protección legal; el vendedor no podría disponer del bien en favor de otro, por no pertenecerle; los riesgos de la cosa aún estando en poder del vendedor, sin culpa o mora de éste, y el perecimiento fortuito de la misma, deberá soportarlos el comprador en calidad de propietario (res perit emptori que se traducirá en este caso en res perit domino); quedaría el comprador, en este último supuesto, obligado a pagar el precio al vendedor. Contrariamente, en el sistema de la "tradición" o "negocio puramente obligatorio", al no transmitir el contrato directa e inmediatamente el dominio al comprador, permanece el vendedor en calidad de propietario hasta el momento de la entrega o tradición; tendrá así el vendedor los derechos de tal propietario y la protección legal; podría disponer de la cosa en favor de un tercero sin posibilidad reivindicatoria del comprador por no ser este dueño, aun cuando con ello faltaría al contrato e incurriría, dicho vendedor, en responsabilidad de daños y perjuicios; los riesgos de la cosa y su perecimiento fortuito deberá soportarlos el vendedor en calidad de propietario con aplicación del res perit domino y sin ningún derecho, desde luego, contra el comprador para el pago del precio; el dominio del vendedor podría, incluso, diferirse aún para después de la entrega o tradición, mediante un pacto de reserva de propiedad, hasta el pago del precio por el comprador.

## V. FORMAS COMO SE ORGANIZA LA COMPRAVENTA EN NUESTRO DERECHO POSITIVO EN RELACION CON LOS SISTEMAS EXAMINADOS.

Interesa apreciar el contrato de compraventa, en nuestro régimen jurídico, en una doble dirección, la civil y la mercantil.

Por lo que hace a la primera —*compraventa civil*— ya queda señalado que nuestro Código Civil la organiza conforme al tipo "traslativo" o "consensual puro": el artículo 1049 de ese Cuerpo legal, asignándole al contrato carácter consensual, dispone que "*la venta es perfecta entre las partes desde que convienen en cosa y precio*", y si bien no alude a la transmisión del dominio, debe tenerse por incuestionable que tal ocurre en el momento mismo de la perfección, sea desde que sobreviene dicho acuerdo de partes en cuanto a cosa y precio, porque no dice en forma alguna de obligación del vendedor de transmitir el dominio al comprador o de proporcionárselo, como así sucede en el sistema de la "tradición", limitándose a imponer como obligación del vendedor, entre otras, la de "entregar" la cosa al comprador, la cual tiene en este caso tan solo un significado material, de poner en posesión de hecho al adquirente que ya, desde que el contrato se concertó, devino dueño de la cosa. Confirma el carácter consensual traslativo de la compraventa, en nuestra legislación civil, la circunstancia de que con arreglo a ésta, *la venta de cosa ajena se sanciona con nulidad*, lo que se justifica en el sistema "traslativo" y no en el otro, en razón de una inexistencia jurídica de la cosa vendida, ante la imposibilidad, también jurídica, de traspasar el dominio de lo que no pertenece al enajenante en el momento de celebrarse el contrato, conforme deriva de los artículos 1060 y 1061 del Código civil, que aluden a la nulidad absoluta de la venta por inexistencia de la cosa vendida o por ser ésta ajena.

En lo que concierne a la *compraventa mercantil*, del modo como el nuevo Código de Comercio ha disciplinado ese contrato, no suministran los respectivos textos legales un criterio diáfano de calificación del mismo, en el aspecto concreto que se examina. Es verdad que por el artículo 442 del nuevo ordenamiento, se tiene la compraventa mercantil como consensual, al declararse que el contrato "quedará perfecto desde que se convenga en cosa y precio y demás circunstancias de la negociación", sin que se exprese en qué momento se opera la transmisión del dominio en favor del comprador de las cosas vendidas, y ya queda señalado que la sola consensualidad no es bastante a resolver dicho problema, ya que tanto en el sistema "traslativo" como en el de la "tradición", se parte del mismo principio de la perfección del contrato por el solo consentimiento o acuerdo de voluntades.

No podría afirmarse ciertamente, en presencia de la similitud de normas contenidas en los Códigos Civil y de Comercio (artículos 1049 y 442 por su orden) únicamente con la variante el último de agregar "y demás circunstancias de la negociación" lo que no altera el fondo del asunto en estudio), que la fisonomía de la compraventa mercantil, en el nuevo ordenamiento, sea la misma de la civil, porque lo consignado dice relación tan solo al nacimiento de la entidad contractual, en ambas legislaciones de índole consensual. Otras disposiciones del nuevo Código aludido, marcan la diferencia respecto al punto que nos ocupa del fenómeno traslativo del dominio entre la compraventa mercantil y la civil. No sucede en lo comercial, lo que sí acontece en lo civil según queda visto, que la venta de cosa de otro sea nula en todo caso, y esto constituye elemento valioso para la calificación del contrato, bien como "consensual obligatorio" o "consensual traslativo". Importa reiterar, que la nulidad de venta de cosa ajena es justificada en este último sistema, el "traslativo", no así en el de la "tradición" en que el contrato, si bien consensual, crea única-

mente obligaciones sin operar de inmediato la transferencia de la propiedad, quedando tan solo compelido el vendedor a proporcionar el dominio al comprador, como obligación a cumplir con posterioridad a la celebración del mismo. El número 440 del aludido Código de Comercio, tiene por "válida la compraventa de cosa ajena siempre que el comprador ignore la circunstancia, quedando el vendedor obligado a entregarla o, en su defecto, a abonar daños y perjuicios, y por nula, cuando el comprador, al celebrarse el contrato, sabe que la cosa es ajena". Como se advierte, la eficacia o la nulidad del contrato, con arreglo a ese texto legal, en la compraventa de cosa de otro, se hace depender de la ignorancia o del conocimiento de parte del comprador, de ser ajeno el bien vendido. A tenor del primer enunciado de ese artículo, parece seguirse el sistema de la "tradición" u "obligacional", desde que se declara válida la venta de cosa ajena y se tiene por obligado al vendedor a entregarla o, en su defecto, a abonar daños y perjuicios, de donde se sigue que el enajenante deberá proporcionar al comprador la propiedad que no pudo transmitir en el momento de celebrarse el contrato, por no ser suya, y de no hacerlo, a resarcir daños y perjuicios por razón de incumplimiento, y que con la entrega, de efectuarse, se traspasará el dominio de la cosa al comprador, todo lo cual denota que el contrato tiene validez a pesar de no transferirse la propiedad en el momento de su perfección, y la misma responsabilidad de daños y perjuicios, de no efectuarse la tradición, está diciendo de su eficacia, porque tal responsabilidad devendría por un incumplimiento contractual que presupone existencia del contrato, no por razón de una nulidad.

El segundo párrafo del artículo comentado, declara en cambio nula la venta de cosa ajena, si el comprador al celebrarse el contrato sabe esa circunstancia, con lo cual parece seguir el sistema consensual traslativo que es en el que se justifica la ineficacia por cuanto, debiendo traspasarse el dominio por el solo efecto del contrato, automáticamente

o como consecuencia inmediata del mismo, ello sería imposible de no pertenecer al vendedor la cosa en el momento de su celebración, por la imposibilidad jurídica implicativa de la inexistencia, también jurídica, del objeto.

Se ofrece, por lo anterior, novedoso el régimen de nuestra legislación mercantil, que aparentemente conjuga ambos sistemas, con la particularidad no bien fundada de subordinar la validez o la ineficacia del contrato, tratándose de la venta de cosa ajena, de la ignorancia o del conocimiento por parte del comprador de esa circunstancia, lo que en rigor de principios es inadmisibles, ya que los sistemas estudiados se sustentan en otras razones o fundamentos, que miran más a la estructura del contrato según sea negocio creador de obligaciones o bien traslativo del dominio; y si con la primera regla del artículo examinado, se quiso seguir el sistema de la "tradición", la venta ha debido tenerse por válida *sin que interese la ignorancia del comprador de ser la cosa ajena*, pues precisamente dentro de tal doctrina, ambas partes incluso pueden realizar el contrato a sabiendas de que el bien no pertenece al vendedor, ya que al generar tan solo obligaciones, se entiende que éste ha asumido el compromiso de adquirirlo para proporcionarle luego la propiedad al comprador, al efectuarse la entrega, y de no hacerlo, responderá de daños y perjuicios, lo cual pone de manifiesto la existencia y validez del contrato; y lo propio cabe decir del segundo enunciado del artículo de mérito, que *no sigue el sistema consensual puro o traslativo de dominio*, porque también hace depender la nulidad o ineficacia de la compraventa, del conocimiento por el comprador de que la cosa es de otro, lo que con arreglo a la doctrina que informa el sistema, no es parte a causarla, ya que dicha ineficacia obedecería a la imposibilidad de transmitir el dominio, como efecto inmediato de la perfección del contrato, de lo que no es propio, equivalente a inexistencia del objeto, jurídicamente considerado.

Es de estimar, sin embargo, que el nuevo Código de Comercio apunta al sistema de la "tradición", situando la compraventa como *contrato creador de obligaciones*, que es la tendencia del Derecho moderno, y no *traslativo*. Respalda este juicio, las razones siguientes: la admisión, en principio, por el artículo 440 del repetido Código, de la validez de la compraventa de cosa ajena, aun cuando sea exigido que el comprador ignore esa circunstancia, lo que no sería dable en el régimen consensual puro, traslativo; el que ese mismo texto legal, en el indicado supuesto de *compraventa válida de cosa ajena*, declare al vendedor *obligado a entregarla* o, en su defecto, a abonar daños y perjuicios, con lo que virtualmente reconoce que, si por tratarse de cosa de otro, la transferencia de la propiedad no puede tener lugar en el momento de la perfección del contrato, siendo éste eficaz y produciendo obligación, quedará constreñido el vendedor a entregarla, y lógicamente para realizar esa entrega y con ésta transmitir el dominio, tendrá que adquirirla y, de no hacerlo, abonar daños y perjuicios, responsabilidad ésta que devendría como consecuencia de un incumplimiento contractual que presupone, por lo tanto, la existencia y validez de un contrato, no su nulidad; la compraventa ostenta, en tal virtud, carácter de negocio puramente obligacional; que por el artículo 461 del mismo Código se establece que "una vez perfeccionado el contrato de compraventa, las pérdidas, daños y menoscabos que sobrevinieren a la mercadería vendida, serán por cuenta del comprador si ya le hubiere sido entregada real, jurídica o virtualmente", lo cual entraña que al comprador se le considera dueño de la mercadería vendida, con aplicación de la máxima *res perit domino*, por la entrega real, jurídica o virtual de la misma, desde que, a partir de ese momento de la tradición, corren de su cuenta los indicados daños, pérdidas y menoscabos; finalmente, la posibilidad de un pacto de dominio reservado, que se autoriza en la nueva legislación mercantil, aludiría a una compraventa en la que la traslación de propiedad no haya

tenido lugar en el momento mismo y como efecto inmediato de la perfección del contrato, supuesto que sería impropio reservarse lo que ya se transmitió, sino lo que se va a traspasar con la entrega, pero que se difiere o aplaza, por voluntad de las partes y mediante el pacto, al momento del pago del precio.

\* \*  
\*

Las consideraciones formuladas, principalmente en lo que mira al interesante fenómeno jurídico de la separación entre contrato de compraventa en sí y transmisión del dominio, respecto al tiempo de su realización, permiten ya el enfoque directo de lo que es materia central de este desarrollo: el pacto de reserva del dominio en la compraventa, cuya noción ha sido dada, y cuya naturaleza jurídica, fines y efectos, paso a examinar.

## VI. NATURALEZA JURIDICA DEL PACTO.

La retención del dominio en la compraventa, reafirma el principio de separación entre el contrato y la transferencia de la propiedad, supuesto que, por su medio, este último fenómeno no se produce en el momento de la tradición o entrega de la cosa, lo que ocurriría de no intervenir el pacto, sino que se difiere o aplaza al tiempo en que sea pagado el precio. Despliega su eficacia el pacto, retardando la transmisión del dominio e impidiendo que ésta tenga lugar al perfeccionarse el contrato o al ser entregada la cosa, para diferirla al momento del cumplimiento por el comprador de su prestación de pago del precio.

El pacto, por lo mismo, altera el efecto primordial de la compraventa, la transmisión de la propiedad, en el sentido dicho, y a ésta se limita tan solo. Su existencia jurídica deriva de la voluntad de las partes en el contrato

principal de compraventa, del cual viene a ser un agregado, una cláusula, un "pacto" que integra el contenido contractual; es, en suma, un acuerdo específico de partes, dentro del concierto de voluntades que importa el contrato, dirigido a un fin: el de retener el vendedor el dominio de la cosa vendida hasta el momento en que el comprador pague el precio. Formando parte del contrato principal del que, como queda expuesto, es tan solo una cláusula, agregado o estipulación, todo indica que ha de ser en el momento de celebrarse dicho contrato que pueda pactarse la reserva; sin embargo, es jurídicamente posible celebrar un pacto de reserva después de concluido el contrato principal de compraventa, siempre que ello tenga lugar antes de la entrega o tradición de la cosa. Se explica esto por la circunstancia de que, siendo la entrega de la cosa la que transmite el dominio —en el sistema de la tradición—, sea celebrado un contrato de compraventa sin la reserva por cuanto las partes no tuvieron la intención de disponerla, pero que luego la acuerden, para lo cual estarían en tiempo siempre que ello ocurra antes de la tradición; aunque no concertado el pacto, en este caso, juntamente con el contrato principal, no por ello perdería su carácter de tal, porque siempre habría de estimarse como un agregado o adición y de cuyo contenido contractual vendría a formar parte. Lo que jurídicamente no sería dable, es un pacto de reserva posterior a la tradición o entrega, ya que si con ésta se transmite al comprador el dominio de la cosa, vano resultaría hablar de una reserva, pues el vendedor no podría retener lo que ya traspasó, y en tal caso, el acuerdo de voluntades al respecto implicaría una retransmisión de comprador a vendedor, propiamente una nueva enajenación. Por lo demás, y siendo resultado de un acuerdo de voluntades entre vendedor y comprador, carecería de valor una reserva declarada por voluntad unilateral del primero en el momento de la tradición, ya que de no mediar convenio, no estaría obligado a pasar por ella el comprador.

## VII. CARACTER CONDICIONAL DEL PACTO.

El pacto de reserva incide únicamente en el fenómeno traslativo del dominio, y al diferir éste opera como una condición suspensiva, constituida por el pago del precio que reviste los caracteres de hecho futuro e incierto. Conviene precisar que la condición afecta la transmisión de la propiedad, como fenómeno separado y no el contrato de compraventa: en efecto, si la finalidad de la reserva, es la de aplazar la transmisión del dominio al momento del pago del precio, esto indica que la condición suspensiva, consistente en ese hecho del pago del precio, toca con la transferencia de la propiedad y no con la perfección misma del contrato, ya que la existencia de éste no se subordina al cumplimiento de una condición. Prueba de ello es que el contrato ha podido concluirse, si bien con una cláusula referida exclusivamente a la traslación de la propiedad cuanto al momento en que deba tener lugar por voluntad de las partes, y mayormente si se considera, como ya se dijo, que el contrato ha podido celebrarse sin reserva y que con posterioridad y antes de la entrega sea convenida por las partes, condicionando de tal modo y únicamente la transmisión del dominio que, en razón del pacto, no tendrá lugar en el momento de la tradición sino en el del pago del precio.

Sobre el particular, en la obra citada de ENNECCERUS (t. II, Vol. 2, pág. 108, nota segunda), dicen sus anotadores Pérez González y Alguer: "2. Dada la finalidad del pacto de reserva de la propiedad por el vendedor hasta el completo pago del precio de asegurar éste, se ha de entender que ese pago condiciona suspensivamente la transmisión de la propiedad. Cuando el precio se paga, la propiedad se transfiere sin necesidad de ulterior declaración al comprador, ya que sólo del cumplimiento de esa condición depende la adquisición de su derecho. La sentencia de 11 de marzo de 1929 afirma la condición suspensiva y explica la

no transmisión inmediata de la propiedad, porque la tradición carece de animus en ese sentido, y la sentencia de 15 de marzo de 1934 aclara el alcance de la condición suspensiva refiriéndola no al nacimiento de las obligaciones, sino a la transmisión del dominio".

En el aspecto condicional del pacto, de que se trata, surge la duda si, en rigor de derecho, el pago del precio por parte del comprador y del cual se hace depender la transmisión del dominio, es realmente constitutivo de una condición suspensiva. Lo del carácter suspensivo del hecho no ofrece cuestión, por ser evidente que "suspende" la traslación de la propiedad al diferirla a la fecha del pago del precio; la duda sobreviene en cuanto al hecho en sí del pago del precio, de estimarse como dependiente tan solo de la voluntad del comprador y en mérito a aquella regla en materia de obligaciones condicionales a que alude el artículo 681 de nuestro Código Civil, que tiene por "nula la condición que hace depender la eficacia de la obligación únicamente de la mera voluntad del promitente". Mas es lo cierto que en punto a las condiciones "potestativas", y la que envuelve el pacto de reserva ostenta ese carácter en cuanto depende en mucho de la voluntad del comprador el pago del precio, la doctrina distingue las "simplemente potestativas" o "simples" de las "rigurosamente potestativas" o "puras", aludiendo con las primeras a las que suponen no solamente una manifestación de voluntad del interesado sino el cumplimiento de un hecho exterior, y con las segundas, a las que dependen única y exclusivamente de la voluntad; es de enmarcar en la primera categoría el pago del precio, que importa un hecho no dependiente de un modo absoluto y exclusivo de la voluntad del comprador, sino de ésta juntamente con otros factores, como es obvio, por lo que no sería de estimar como de las contempladas por el texto legal citado, sea de las que dependen únicamente de la mera voluntad, es decir, subordinada plena y exclusiva-

mente del arbitrio de una sola persona.

Lo que viene dicho, respecto al pacto de reserva en su aspecto condicional —sea en la existencia de una condición suspensiva potestativa representada por el evento futuro e incierto del pago del precio—, es extensivo a otro pacto que suele figurar en el mismo contrato de compraventa, si bien actuando la condición en sentido inverso, como resolutoria potestativa: el pacto de retroventa. En éste, la facultad de rescate de la cosa vendida, por parte del vendedor, opera como "condición resolutoria potestativa", aunque de índole "simplemente potestativa", porque si bien constituye un derecho o facultad del enajenante recuperar la cosa vendida, su ejercicio y efectividad no dependen plena y exclusivamente de su arbitrio, ya que al hacerlo valer tiene la obligación de restituir al comprador el precio y abonar gastos, hechos éstos no subordinados, en rigor, a la exclusiva voluntad del retrayente.

La anterior referencia al pacto de retro en la venta, por la intervención en el mismo de una modalidad condicional que también se da en el de reserva, si bien con eficacia diversa, como queda expuesto, autoriza para una síntesis comparativa entre ambos pactos para mejor delimitar los alcances propios del de retención de dominio.

### VIII. DIFERENCIAS ENTRE LOS PACTOS DE RESERVA Y RETROVENTA.

Señalados han sido los rasgos que caracterizan la reserva de propiedad en la compraventa y que le dan su particular fisonomía jurídica. Confrontándola con el pacto de retro, se ponen de relieve las siguientes notas diferenciales:

La venta con pacto de reserva de dominio, está sometida en cuanto a la transmisión de la propiedad a una condición suspensiva potestativa, consistente en el pago del precio.

A { La venta con pacto de retro está sujeta a condición resolutoria potestativa constituida por la facultad del vendedor de adquirir nuevamente la cosa, con devolución del precio.

CV { En el de reserva, la propiedad no se transmite al comprador ni en el momento de la celebración del contrato ni en el de la entrega de la cosa, sino en el del pago del precio con lo que se hace propietario de la misma, continuando el vendedor como dueño hasta ese último momento en que se cumple la condición suspensiva.

Z { A { En el de retroventa la propiedad de la cosa se transmite al comprador en el momento de celebrarse el contrato convirtiéndose en dueño de la misma, pero con facultad el vendedor de recuperarla, dentro del plazo convenido o del legal, con devolución del precio, actuando como condición resolutoria.

CV B { En el pacto de reserva, la condición afecta solamente la transmisión de la propiedad y no el contrato en sí; en el de retrocompra afecta tanto la transferencia del dominio como el contrato, al resolverse éste.

Diversas son las consecuencias o efectos jurídicos que de esas modalidades, como agregados en la compraventa, derivan, siendo los del pacto de reserva del dominio los que interesan en este desarrollo, que cabe referir.

### IX. EFECTOS DEL PACTO DE RESERVA. SITUACION JURIDICA DE LAS PARTES CONTRATANTES.

Con el dominio reservado, según se ha visto, el comprador no se hace propietario de la cosa sino en el momento del pago íntegro del precio. El vendedor, por lo tanto, a pesar de la celebración del contrato y de la entrega de la cosa, continúa como dueño de la misma, hasta el momento en que se cumple la condición suspensiva del pago del precio.

La posición jurídica del vendedor, vigente el pacto es, por consiguiente, la del propietario que no tiene la posesión del bien, desde que hizo su entrega al comprador, en cuyo poder se encuentra. Como tal propietario, cabría preguntar si conserva la facultad de disponer de la cosa, sea de enajenarla a un tercero. La afirmativa es inadmisibles en buena tesis jurídica, porque si es verdad que el vendedor sigue siendo propietario, en presencia del contrato de compraventa existe una limitación impuesta por su propia voluntad a la facultad de disposición del bien afecto ya, por razón del pacto, a una condición suspensiva de adquisición del mismo por parte del comprador con el pago del precio; el propio contrato y el mismo pacto, referidos ambos por voluntad de las partes a un determinado bien, entrañan un acto de disposición del vendedor, aunque condicionado, y es evidente que si dispone a su vez de la cosa en favor de un tercero, faltaría a dicho contrato y pacto, incurriendo en la consiguiente responsabilidad de daños y perjuicios, por incumplimiento. No debe olvidarse, además, que interviniendo la reserva, el bien se encuentra en posesión del comprador y que el tercero adquirente del vendedor lo habría sido de persona que, aunque propietaria, no tenía en su poder lo enajenado y, por lo mismo, tratándose de cosa mueble, no estaría amparado por el principio de que la posesión hace presumir el título.

Lo anterior permite concluir, que en la compraventa con pacto de dominio reservado, aunque el vendedor continúe como dueño de la cosa, no puede disponer de ésta, por existir ya un acto dispositivo suyo respecto a la misma para el evento de que se cumpla la condición suspensiva del pago del precio por el comprador, que hará a éste propietario, y en tales circunstancias todo acto de nueva disposición del vendedor en favor de otros, devendría ineficaz. Confirman este criterio de prohibición, Códigos modernos como el de Comercio de Honduras y Civil de México citados, entre otros; en el primero de esos cuerpos

legales, en la regulación del pacto de reserva de propiedad y conforme el artículo 782 se dispone: "El vendedor, mientras no venza el plazo para pagar el precio, no podrá enajenar la cosa vendida con reserva de propiedad", y en el segundo, por el artículo 2313 concebido en análogos términos se establece: "El vendedor, mientras no se vence el plazo para pagar el precio, no puede enajenar la cosa vendida con la reserva de propiedad". La enajenación, claro es, por parte del vendedor contra dicho impedimento, tanto así como la que hiciere el comprador sin ser dueño, pendiente el pacto, quien igualmente no puede disponer, plantearían una cuestión o problema referente al dominio del tercero sobre el bien afecto a la reserva, propio de los efectos de ésta con relación a terceros, que se tratará en párrafo separado, una vez concluido el análisis de la eficacia del pacto inter-partes, sea de la situación jurídica de vendedor y comprador.

En las consideraciones sobre la posición jurídica del vendedor, ya examinada en lo fundamental, procede asimismo indicar, que dejará de ser propietario de la cosa vendida sujeta a la reserva, al cumplirse la condición suspensiva del pago del precio por el comprador, que convertirá a éste, automáticamente, en propietario, sin que precise, en consecuencia, una nueva declaración de voluntad del vendedor sobre esa adquisición definitiva del dominio por el comprador.

Dentro de dicha posición jurídica del vendedor y en lo que mira al cumplimiento de las obligaciones derivadas del respectivo contrato de compraventa, es de señalar igualmente que habrá cumplido de su parte con la prestación de "entrega" de la cosa, al poner al comprador en posesión de la misma, quedando pendiente su obligación, si así cabe calificarla, de transferir el dominio al cumplirse la condición del pago del precio, a lo cual dará lleno con mantenerse hasta ese momento como propie-

tario de la cosa y fiel al contrato, sin disponer de la misma en favor de otros a fin de que, sin ulterior declaración de voluntad, dicha transmisión tenga lugar de pleno derecho.

Con referencia a la obligación de garantía por evicción y defectos ocultos o redhibitorios, parecería extraño que fuera exigible al vendedor, al permanecer como propietario de la cosa vendida con reserva hasta el cumplimiento de la condición de pago del precio y no serlo por lo tanto el comprador; no debe olvidarse, sin embargo, que éste se encuentra en posesión legítima del bien en virtud de la entrega, y que mereciendo la protección legal esa posesión, podrá exigir del vendedor la garantía si fuere inquietado en su tenencia pacífica o privado de la cosa, y en razón, además, del derecho expectante al dominio que le corresponde como adquirente condicional, según se verá.

De los riesgos en la cosa vendida con reserva y de su perecimiento fortuito, ya en poder del comprador, no sería ciertamente responsable el vendedor, a pesar de su carácter de propietario, porque la tradición o entrega es determinante en este caso y tal es la tendencia en el Derecho moderno, de aplicación del principio *res perit emptori* y no del *res perit domino*, por notorias razones de justicia, al hallarse el bien bajo el poder y posesión del comprador al sobrevenir los riesgos. Quedaría este último, en tal supuesto, obligado a satisfacer el precio, por no mediar incumplimiento imputable al vendedor, ni culpa o mora a él atribuibles, y sin que valga en este caso de excepción aducir el criterio de la bilateralidad del contrato que sigue la nueva orientación dicha, porque el vendedor, en tal evento, habría cumplido con la obligación hasta entonces de él exigible, la de entrega de la cosa, al haber puesto en posesión de la misma al comprador, aun cuando el dominio no se hubiera transmitido a la fecha del riesgo o perecimiento, por estar pendiente la condición del pago del precio.

## X. POSICION JURIDICA DEL COMPRADOR.

El comprador con pacto de reserva, que no adquiere el dominio ni al celebrarse el contrato ni con la entrega de la cosa, sino al pagar el precio, tiene, en tanto esto último no ocurra, la posesión del bien desde que le ha sido entregado. Es, en consecuencia, un poseedor que se convertirá en propietario, de cumplirse la condición suspensiva del pago del precio. Esa posesión no se limita a una mera tenencia de la cosa, sino que se extiende a un goce o aprovechamiento de la misma, cual si fuera un arrendatario, sin serlo, facultades que se explican si se considera que, teniendo el pacto de reserva su mayor aplicación en la venta mobiliaria a plazos llamada también a cuotas, como se indicará al tratar del aspecto económico del mismo, los pagos periódicos que de tales cuotas realiza el comprador representan no sólo el valor de uso de la cosa sino amortizaciones al precio de la venta. De ahí que, el comprador, en relación al vendedor, esté facultado para el disfrute de la cosa con su respectivo derecho a la posesión de la misma. Pero dada la naturaleza de la compraventa con reserva, en la que la finalidad de las partes es la transmisión de la propiedad al comprador en el momento de pagarse el precio, éste no tiene únicamente un derecho de posesión, sino que, siendo un adquirente condicional, tendrá asimismo a su favor una expectativa de dominio que autoriza para conceptuarlo como el titular de un derecho expectante, merecedor de tutela jurídica y susceptible, a la vez, de ser objeto de actos de disposición, por el valor patrimonial que representa.

Es de interés precisar el anterior concepto de expectativa al dominio en favor del comprador, en la venta con pacto de reserva, como una realidad constitutiva de un derecho y su valor patrimonial: contribuye a denotarlo, un examen del mecanismo del pacto, referido a una venta a plazos o cuotas; cierto es que el comprador, en

una enajenación así concertada, no será propietario de la cosa mientras el precio íntegro no sea satisfecho; entretanto, será un poseedor de la cosa pero con mira a ser propietario mediante el pago completo de dicho precio, y como éste se ha convenido en cuotas o tractos y siendo la venta bajo condición suspensiva y el comprador un adquirente condicional con una perspectiva o expectativa al dominio, resulta una realidad que, a medida que dicho comprador cubra las cuotas estipuladas al precio, reduciéndose éste, la expectativa, si cabe, se torna en un derecho más intenso; conforme sea mayor el número de pagos parciales hechos al precio, más firme se ofrece dicha expectativa al dominio; el comprador, diríase, a quien le resta el pago de una última cuota para cubrir íntegramente el precio, sin ser en rigor todavía el propietario, tendría en su favor un derecho de grado tal, una expectativa o situación jurídica lindante casi en un derecho real de propiedad. Se comprende así el por qué esa expectativa es considerada como un derecho patrimonial actual del comprador, apto a su vez para ser transmitido a terceros. Debe distinguirse, en consecuencia, entre la cosa, objeto de la venta con reserva en la que la titularidad del dominio corresponde al vendedor en virtud del pacto, y la expectativa de propiedad del comprador sobre esa misma cosa, que importa también una titularidad o derecho expectante. Sobre el bien específico objeto de la venta, el comprador, pendiente la reserva carece de dominio, supuesto que el vendedor ha retenido la propiedad hasta el momento del pago del precio, pero tiene una expectativa a dicho dominio tanto más intensa cuanto mayores sean las cuotas cubiertas al precio; sobre la cosa misma, vigente el pacto, es obvio que el comprador carece de toda facultad dispositiva, ya que no es propietario a pesar del contrato y de la entrega que solamente le han otorgado la posesión; mas, respecto a la expectativa de dominio, es el titular de un derecho con valor patrimonial, del cual sí podría disponer en favor de terceros, dada su comercia-

bilidad. Este punto de vista es aceptado por la doctrina jurídica moderna, en consonancia con las regulaciones del orden económico, y se ha configurado así, en el ámbito de los negocios, la llamada "cesión de la venta con reserva" por parte del comprador.

El traspaso de la expectativa en favor de un tercero, elimina por consiguiente en el comprador originario con reserva-sea el enajenante de la misma-, la perspectiva o posibilidad de llegar a ser el dueño de la cosa, la cual pasa, como es lógico, a dicho adquirente de la expectativa quien, al cubrir íntegramente el precio de la venta con retención, se convertirá en propietario de aquélla. Se daría no obstante, a mi juicio, un problema referido a la posesión del bien: el de si el adquirente de la expectativa, que sería un comprador condicional de la cosa vendida con reserva, podría a su vez exigir la entrega de la misma de su transmitente, sea del comprador originario; debe tenerse presente, en el particular, que para el vendedor de la cosa con pacto, no es indiferente la persona misma del poseedor, dado que la reserva opera como garantía del pago del precio, y sería desautorizado que sin su asentimiento, fuera desplazada la posesión del bien a un tercero adquirente de la expectativa; mas esta circunstancia no altera el principio de disponibilidad del comprador con reserva, de su derecho o expectativa en sí, como se ha señalado.

## XI. EFECTOS DEL PACTO CON RELACION A TERCEROS.

Queda establecido que en las relaciones entre partes, en la venta con retención de dominio, ni el vendedor puede disponer de la cosa en favor de tercero, a pesar de seguir siendo propietario de la misma, por mediar de su lado y en razón de un contrato que debe cumplir, un acto de disposición de dominio condicionado en favor del comprador, ni puede tampoco hacerlo éste, por no

ser propietario. 'La facultad o poder dispositivo del vendedor, solamente podrá ejercitarlo cuando, en virtud de incumplimiento del comprador, desaparezca la condición y tenga efectividad el pacto asumiendo él la plena titularidad del dominio.' Por su parte, el derecho de disponer del comprador únicamente podrá hacerlo valer en el momento en que, cumplida la condición con el pago del precio, se convierta en propietario de la cosa.

Sin embargo, cuando entran en juego intereses de terceros, bien acreedores del vendedor o del comprador, ya adquirentes del uno o del otro, la eficacia del pacto debe apreciarse en relación a esas otras personas, lo cual motiva una serie de situaciones jurídicas de interés, que conviene examinar.

De mayor entidad se ofrecen tales situaciones consideradas respecto a acreedores y adquirentes del comprador, por hallarse en su poder la cosa vendida y revestir, tal posesión, el carácter de medio de publicidad, tratándose de bienes muebles en los que, a efecto de proteger a terceros de buena fe, rige el conocido principio de que la posesión vale por título. No se da, contrariamente, tal circunstancia en cuanto al vendedor con reserva quien, al verificar la entrega de la cosa al comprador, se despojó de la posesión de la misma con su desplazamiento, y cuyos acreedores y adquirentes, como ya queda señalado, no estarían ciertamente amparados por aquella regla. Difícilmente en tal virtud, podría darse un tercero de buena fe, acreedor o adquirente del vendedor, por no tener éste la condición de poseedor.

Lo indicado, como se advierte, dice relación al tráfico mobiliario, en el que la retención de dominio desenvuelve su función preponderante por su más frecuente aplicación, a tal punto que en no pocas legislaciones se halla prohibido el pacto en la venta de inmuebles por el principio de la transmisión formal con la inscripción en el Registro

Público Inmobiliario, y por la garantía hipotecaria que se da en la misma, cuyas reconocidas ventajas hacen innecesaria y de ninguna utilidad la reserva en tales enajenaciones. Sin negar la posibilidad del pacto de retención de dominio en la venta de inmuebles, que nada se opondría a ello, su uso prácticamente está excluido de la esfera de los negocios, teniendo en cambio, en la venta mobiliaria su más intensa aplicación que va extendiéndose a medida que crecen las necesidades económicas y se incrementa el crédito, incorporándose en los diversos Derechos positivos.

## XII. EL PACTO EN LA VENTA MOBILIARIA. EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.

La venta de cosa mueble plantea, en relación a la reserva de dominio, los delicados problemas de que se trata, cuando intervienen terceros, acreedores de las partes o adquirentes de ellas.

Los acreedores del vendedor que embarguen la cosa vendida con reserva, como perteneciente al mismo, desde que con el pacto ha seguido siendo dueño, lo harán de un bien que no está en poder de su deudor, pues la posesión que vale por título, la ostenta el comprador. La situación de esos acreedores embargantes se ofrece, por lo mismo, insegura, pues en rigor lo que ellos han podido someter a ejecución de su deudor, sea del vendedor con reserva, es el crédito de éste representativo del precio de la venta, es decir, de un crédito contra el comprador. De otra parte, cabe observar que embargada la cosa vendida con reserva por dichos acreedores del vendedor, como de propiedad de éste, no podría ser excluida ni reivindicada por el comprador, aun siendo el poseedor del bien y reputándose como un adquirente condicional del mismo, por no ser dueño. Lo expuesto es con referencia a acreedores embargantes que ignoren la existencia del pacto de reserva, que de

saberlo, ninguna pretensión podrían deducir en perjuicio del comprador, por su mala fe de la que no podrían derivar provecho alguno.

Lo dicho respecto a los acreedores del vendedor, es aplicable a los adquirentes del mismo sobre la cosa vendida con retención de dominio, quienes no estarían protegidos por la posesión, la cual ostenta el comprador y quien, por su parte, carecería contra ellos de la acción reivindicatoria, por no ser propietario.

No se advierten, en cambio, mayores posibilidades de conflicto, cuando sobrevienen el concurso o quiebra del vendedor o del comprador, existiendo la venta con reserva. En el concurso del vendedor, el bien que en rigor debe figurar integrando la masa, es el crédito contra el comprador para el pago del precio y no la cosa misma objeto de la venta con reserva, por más que sobre ella conserve el vendedor el dominio; el contrato deberá respetarse si el comprador no ha sido incumpliente, debiendo tan solo ser sustituido el vendedor por el concurso, sin que a éste pueda atribuirse la calidad de tercero adquirente, ya que únicamente reemplaza al vendedor concursado, conservando para sí los derechos que deriven de la venta con retención.

Del propio modo, en el concurso del comprador la sustitución debe darse para conservar los derechos que del contrato derivan, sea para que pueda gozar del beneficio del plazo cumpliendo con el pago de las respectivas cuotas y llegar a adquirir, al ser pagado íntegramente el precio, el dominio de la cosa vendida con reserva; antes de que esto ocurra, ninguna pretensión corresponde al concurso sobre la cosa, que afecte el dominio reservado por el vendedor, quien podría ejercitar en tal evento y como propietario, la acción reivindicatoria, lo mismo que hacer valer el pacto con la acción restitutoria, de mediar incumplimiento del concurso en el pago de las cuotas del precio, acción real que deriva del dominio reservado y que, como ya se vio, no tiene en cambio el comprador en el concurso

del vendedor, por carecer de la propiedad, pendiente el pacto.

Son, sin duda, de mayor trascendencia y conexidad con los fines y mecanismo del pacto de reserva, las cuestiones que se suscitan con terceros, acreedores y adquirentes del comprador, por hallarse éste en posesión de la cosa mueble que hace presumir el título. Aquí cobra fundamental significación, el conocimiento del pacto por los terceros, a efecto de que pueda perjudicarlos, lo que da la medida de la difícil solución de los referidos problemas de no mediar ese conocimiento.

Es posible que los acreedores del comprador, dirijan su ejecución contra la cosa vendida por estar en poder de él, accionando en tal sentido como si fuera de su pertenencia, y lo propio cabe decir respecto a terceros adquirentes de buena fe, que lo hacen de persona que tiene la posesión del bien, aun cuando dicho comprador enajena ilegítimamente la cosa por no ser propietario de ella, pendiente la reserva. Frente a esos terceros, acreedores o adquirentes del comprador, se alza el interés del vendedor que sigue siendo dueño de la cosa en virtud de la reserva pactada para garantizarse el pago del precio. Dos intereses contrapuestos, igualmente merecedores de protección jurídica se presentan: el de los terceros, acreedores o adquirentes de buena fe, que ignoran la existencia del pacto y que actúan en base a la posesión de la cosa que ostenta el comprador, que vale por título, y el interés del vendedor originario en hacer valer la reserva y defender su dominio sobre la cosa embargada o enajenada. La exclusiva protección de los terceros significaría negación de los derechos del vendedor como propietario y haría incluso, nugatorio el pacto; la entera protección del vendedor con la oponibilidad del pacto a los terceros de buena fe, cedería en mengua de la seguridad del tráfico lesionando intereses del comercio jurídico tan defendidos en las tendencias imperantes.

Debe aspirarse a una fórmula conciliatoria de ambos intereses, el del vendedor propietario dándole efectividad

al pacto, y el de los terceros de buena fe que ignoran la existencia de la reserva y actúan amparados a la posesión que ostenta su transmitente, siendo el medio más indicado el de una publicidad en materia mobiliaria que, como se ha dicho acertadamente, "sin privar al vendedor de su garantía, salvaguarde también los intereses de terceros adquirentes de buena fe". (La Venta con Reserva de Dominio. Comentarios a la legislación panameña por el Profesor Dulio Arroyo C., en Rev. "Estudios Jurídicos" de la Universidad de Panamá. Ed. conmemorativa del XXV Aniversario, 1960, pág. 247).

Dos mecanismos conocidos realizan el principio de publicidad del pacto, si bien con diversa intensidad: el de la fecha cierta del documento que consigna la venta con reserva y la inscripción en el Registro Público de Muebles. En legislaciones modernas, como la italiana vigente, se recurre a ambas formas, aunque con distinto alcance: la fecha cierta del documento que registra la venta con retención de propiedad, para que ésta sea eficaz y oponible a los acreedores embargantes —regla similar a la contenida en los artículos 1104 y 1153 de nuestro Código Civil en materia de cesión de créditos y arrendamiento para que perjudiquen a terceros—, y la inscripción registral para que afecte a terceros adquirentes. Tales medios tienden, como es notorio, a que los terceros conozcan o estén en condición de poder saber la existencia de la reserva respecto a la cosa mueble vendida y les sea oponible, protegiéndose así al vendedor en su garantía y derechos, o bien, en caso contrario, para que los actos de dichos terceros respecto a la cosa queden legitimados, no obstante la reserva que, por lo mismo, no sería oponible, con lo que la seguridad e intereses del tráfico quedarían tutelados.

La organización de una publicidad en el tráfico mobiliario, representa en tal sentido la fórmula destinada a solucionar el conflicto de intereses mencionado, y dentro de esa disciplina, el Registro de Muebles cumple un fin propio y relevante.

### XIII. EL REGISTRO DE MUEBLES. SU FUNCION DE PUBLICIDAD.

Son indudables los beneficios que en el complejo de las relaciones negociales de índole mobiliaria, derivan de una institución como el Registro de Muebles. Su creación en nuestro medio, en virtud del nuevo Código de Comercio, representa un señalado adelanto. Los obstáculos para su adecuada organización y funcionamiento provienen, como es notorio, de la índole misma de los bienes, objeto de inscripción. La naturaleza de las cosas muebles dice de la imposibilidad de inscribir las fungibles y las no susceptibles de indentificación e individualización. Precisa que las cosas puedan identificarse debidamente y no sean fungibles, tal como lo dispone el artículo 237 del citado Código de Comercio, al autorizar la inscripción de bienes muebles en dicho Registro.

La finalidad del Registro de Muebles, resulta del principio que recoge el artículo 240 del mismo Código: "*Todo documento que se refiera a un mueble inscrito afectará a terceros desde el momento en que se presente al Registro*". Con aplicación de esa regla al dominio reservado, la venta con pacto, de un mueble susceptible de inscripción, perjudicará en consecuencia a terceros, desde que el documento se presente al Registro. El arduo problema mencionado, de la eficacia del pacto de reserva con relación a terceros, encuentra así, en nuestro régimen, debida solución; de disciplinarse la reserva de dominio con mayor extensión como es de necesidad según señalé al inicio de estos comentarios, sería suficiente a la finalidad dicha, reproducir en su articulado lo que el propio Código dispone en punto a la cláusula resolutoria en la compraventa cuando el precio deba pagarse en abonos y se haya pactado que la falta de uno o varios pagos producirá la resolución, conforme al número 456: "*La resolución del contrato surtirá efectos contra tercero cuando la cláusula resolutoria hubiere sido inscrita en el*

Registro de Muebles". A esto, bueno es observar, equivalía lo que el texto original del Código, según se publicó en el Diario Oficial de 10 de agosto de 1961 y de acuerdo con el proyecto de la respectiva Comisión, disponía en su artículo 215: "Podrá pactarse en las ventas hechas a pagos, que el vendedor se reserva la propiedad de la cosa hasta que el precio haya sido totalmente pagado. Este contrato (sic) perjudicará a tercero adquirente del mueble cuando esté inscrito en el Registro de Muebles". No se alcanza por qué razón, al ser revisado y enmendado el Código para emitirlo en los términos en que aparece en vigor, se suprimió el texto transcrito, que tanto por la forma en que estaba concebida la permisión legal del pacto, cuanto por la regla de la inscripción en el Registro para efectos de tercero, constituía la norma apropiada a regular la materia en referencia.

El Registro de Muebles, en definitiva, otorga garantía a los terceros de buena fe, adquirentes a su amparo, cuando del mismo no apareciere la reserva, y suministra protección al vendedor, asegurando su derecho, en el caso contrario, estando inscrito el pacto. Adquiere así plena efectividad la retención del dominio y permite que cumpla con sus fines económicos, con la utilidad que representa y que conviene señalar.

#### XIV. ASPECTO ECONOMICO DEL PACTO. SU FINALIDAD DE GARANTIA EN LA VENTA MOBILIARIA A PLAZOS O CUOTAS.

Tiene la reserva de dominio su más usual aplicación, como ya se ha observado, dentro de las enajenaciones a crédito, en la conocida figura de la "venta mobiliaria a plazos o cuotas". En ésta, el vendedor hace entrega de la cosa vendida al comprador sin recibir el precio, concediéndole un término para el pago del mismo. Suele convenirse que el pago de ese precio lo realice el comprador en tramos, abonos o cuotas. En esas circunstancias, el vendedor

concede un crédito al comprador, por lo que ambas partes resultan, respectivamente, "acreedora" y "deudora" en la relación crediticia. El enajenante que entrega la cosa vendida al comprador, sin recibir el precio, convirtiéndose en acreedor del mismo, se coloca en una posición insegura, dependiente de la solvencia de su deudor, lo que justifica la necesidad de que se garantice en el pago del precio, a obtener lo cual se dirige el pacto de reserva de dominio.

Las partes, en efecto, quieren y así lo disponen, que para asegurar al vendedor el pago del precio aplazado, no se transmita de momento al comprador el dominio de la cosa vendida y que en consecuencia dicho vendedor continúe siendo propietario de la misma hasta el pago total del precio. La finalidad económica del pacto es, en consecuencia, respecto al vendedor, la de servir de *garantía* para el cobro de su crédito al precio, y esa seguridad deviene efectiva si el comprador no cumple con su prestación de cubrirlo, o bien dispone de la cosa en favor de terceros ilegítimamente, o ésta es embargada, conservando el enajenante ileso su derecho, como propietario, para obtener la restitución del bien con el ejercicio de la acción reivindicatoria. Resulta así la garantía de que se trata, una seguridad firme, mayor de la que reviste la prenda como gravamen impuesto con la misma finalidad y sin los inconvenientes de ésta. El pacto, además, en el aspecto económico que se considera, no limita su utilidad al vendedor, sino que favorece igualmente al comprador, a quien permite realizar su adquisición con el beneficio de plazo y la facilidad de pago del precio en cuotas, obteniendo el disfrute y aprovechamiento del bien; fomenta la reserva, por lo demás, el volumen del crédito en pro de los intereses generales del comercio y de la industria.

A la configuración que ha recibido en el Derecho moderno el pacto de reserva, dada su manifiesta utilidad económica y su difundido uso en la esfera de los negocios, se ha llegado a través de ciertas fórmulas que, en intento de

lograr análoga finalidad a la del mismo, principalmente en lo que hace a la garantía del vendedor en la venta mobiliaria a plazos, no han adquirido arraigo por tratarse, en rigor, de ficticios e inapropiados procedimientos, como se ofrecen las conocidas figuras de las "locaciones-ventas" o "arrendamientos-ventas", del "depósito-venta" y del "comodato-venta". Tales fórmulas, con un fondo antijurídico y de simulación, ni siquiera pueden conceptuarse, en su esencia, como contratos mixtos o compuestos, aunque solo lo aparenten en su nombre, ya que en realidad no combinan en su contenido lo que distingue esa clase de contratos, sean los elementos afines de diversas figuras contractuales, pues lo que en ellos se da es una ficción que permite descubrir una verdadera compraventa disimulada, tras la apariencia de un arrendamiento, de un depósito o de un comodato. El contrato real que en esas irregulares figuras se contiene, el que las partes han querido celebrar en verdad, no es otro que el de una venta a plazos, dándosele no obstante una apariencia de locación, depósito o comodato con la finalidad de garantía para el vendedor en el supuesto de incumplimiento en el pago del precio por el comprador, a modo de una retención de dominio. Ninguna construcción jurídica seria, como es evidente, puede levantarse sobre el falso fundamento de una simulación, y si de este vicio resultan afectas aquellas ficticias entidades, bien se comprende el por qué de su desplazamiento por una figura contractual típica, de claros contornos jurídicos: la venta mobiliaria a plazos o cuotas con pacto de reserva de dominio.

Es en tal virtud que estimo inadecuado que, incluso en algunas legislaciones modernas, al disciplinarse el pacto de reserva y sin que fuera preciso acudir a ese artificio, al tratar de resolver concretamente la situación que se presenta respecto a las cuotas pagadas por el comprador cuando en virtud de su incumplimiento y de la resolución del contrato opera la reserva, se asigne a éste la calificación de arrendamiento. En el artículo 1526 del Código civil italiano, que se

refiere a la resolución de la venta con reserva de la propiedad por el incumplimiento del comprador, después de señalar el deber del vendedor de restituir las cuotas cobradas y de su derecho a una compensación equitativa por el uso de la cosa y el resarcimiento del daño, y luego de disponer que si se ha convenido que las cuotas queden adquiridas por el vendedor a título de indemnización, el Juez, según las circunstancias, puede reducir la indemnización convenida, añade: "La misma disposición se aplica en el caso en que el contrato se configure como locación, y se convenga que, al término del mismo, la propiedad de la cosa se adquiera por el arrendatario por efecto del pago de los cánones pactados". De igual modo en el Código de Comercio de Honduras mencionado, en relación al pacto de reserva de propiedad, por el artículo 781 se dispone: "El comprador tendrá la consideración legal de arrendatario mientras no adquiera la propiedad de la cosa". No parece muy ajustada a derecho la aludida equiparación, por las razones ya expuestas, como tampoco se advierte, según se dijo, la necesidad de darle al comprador la consideración legal de "arrendatario" de que habla el último de los Cuerpos legales citados, con sentido equívoco y alterando la esencia misma del verdadero contrato celebrado, ya que mientras dicho comprador no adquiera la propiedad de la cosa, su posición jurídica real, nacida de un contrato de compraventa con pacto de reserva es, sin género de duda, no la de un arrendatario, sino la de un comprador condicional con la posesión del bien, su uso y goce, que cubre las cuotas estipuladas como pagos parciales al precio de una venta, no en concepto de alquiler o renta de una locación, como es buena prueba de ello su derecho a la restitución de las cuotas satisfechas en el supuesto de resolución del contrato —lo que no sería dable en un arrendamiento—, si bien con deducción por el uso que se reconoce al vendedor. La aludida consideración de arrendatario atribuida al comprador, solamente hallaría alguna justificación, si se tratara de proteger en mayor grado al vendedor en los medios de recu-

perar la cosa vendida con reserva, ante la resolución del contrato por incumplimiento de aquél, brindándole una acción sumaria de desahucio, mas esto sería explicable en venta inmobiliaria, no así en la de cosa mueble en la que la acción restitutoria del vendedor podría seguir el cauce legal por resolución de contrato, y dentro de la disciplina jurídica que informa el pacto de reserva, en el supuesto de incumplimiento del comprador y resolución contractual, bien pueden figurar los medios específicos y adecuados para que el enajenante haga valer la retención del dominio a los fines de recuperar la cosa vendida, sin necesidad de recurrir a una figura extraña al verdadero contrato.

Es innegable la esencia de simulación que vive en las aludidas "locaciones o arrendamientos-ventas". Escribe MES-SINEO (Manual de Derecho Civil y Comercial, t. V., pág. 89. Ed. Ejea 1955): "Puede ocurrir todavía que, siempre por finalidades usurarias o vejatorias, el vendedor atribuya en apariencia (caso de simulación relativa de negocio, o, según los casos, de fraude a la ley) a la venta con reserva de propiedad, naturaleza de locación de la cosa, con agregado de cláusula por la cual, al término del contrato, el llamado arrendatario adquiera la propiedad de la cosa por efecto del pago de los cánones pactados. Así configurado, el contrato acrece los poderes del aparente arrendador (en realidad vendedor) en el sentido de que puede él obtener más fácilmente la resolución del contrato por falta de pago del canon de arrendamiento, sin estar obligado a restituir los cánones cobrados y sin deber de esperar que el incumplimiento sea relativo a dos cuotas por lo menos. Pero, también aquí, el comprador (aparente arrendatario) está defendido por la extensión de la regla que se contiene en el segundo apartado del artículo 1526, y puede pedir la intervención del Juez para que modere el derecho del vendedor (aparente arrendador) a retener lo cobrado".

Respecto a las locaciones ventas, exponen Pérez González y Alguer en anotación a la citada obra de ENNEC-CERUS (t. II, Vol. 2, pág. 108): "Entendemos les será apli-

cable la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo según la cual los contratos deben calificarse jurídicamente por su verdadero contenido y no por la denominación más o menos arbitraria que les den las partes", y añaden: "La cláusula, tan frecuente en las ventas a plazo, según la cual mientras el comprador no pague la totalidad del precio se entenderá que retiene la cosa en depósito, no surte más efecto que el pacto de reserva de dominio. Toda otra calificación sería contraria al sentido general de la jurisprudencia antes reseñada".

En la misma consideración económica del pacto de reserva, se dan otros aspectos cuya regulación legal persigue un justo equilibrio de las prestaciones de las partes que intervienen en el contrato, al momento de su celebración, tanto como soluciones de equidad en el evento de resolución del mismo en lo que dice a las consecuencias cumplidas, y que es de interés reseñar, aunque con brevedad.

En efecto, siguiendo la orientación proteccionista de la fisonomía del contrato en el Derecho moderno, que propugna la defensa del contratante débil contra el contratante fuerte, en la relación de crédito que deriva de la venta a plazos con reserva de propiedad, y ante los posibles abusos de la otra parte, suele darse, con fundado motivo, una mayor protección al comprador en su carácter de deudor del precio. En tal sentido, se ha legislado en no pocos ordenamientos jurídicos extranjeros, declarando nula la llamada "cláusula de caducidad", consistente en el convenio por el cual el vendedor queda facultado para adquirir, ante el incumplimiento del comprador, las cuotas recibidas como pagos parciales al precio, lo que entrañaría un enriquecimiento injusto, como es evidente, otorgándole el derecho a dicho comprador para la restitución de las mismas; el reconocimiento igualmente del derecho del vendedor, en tal supuesto, para retener de las cuotas pagadas la parte correspondiente a la compensación por el uso de la cosa hecho por el comprador e indemnización de deterioros por goce abusivo.

En punto al incumplimiento del comprador en el pago de las cuotas estipuladas al precio, dentro de los nuevos principios que dominan la contratación, es exigido que dicho incumplimiento tenga considerable importancia para que se admita la resolución del contrato, y en consonancia con esto se dispone, como se practica en la legislación italiana, que no se da la resolución por falta de pago de una cuota que no exceda de la octava parte del precio, sea que se requiere el incumplimiento por lo menos de dos cuotas que sean inferiores a dicha porción, para que proceda la resolución, teniéndose por nula toda cláusula en contrario, así como ineficaz toda estipulación que imponga condiciones más onerosas a las señaladas por la ley. Se acepta en la doctrina jurídica de la compraventa con reserva, la cesión de la misma, que no es otra cosa que el traspaso de los derechos del comprador en los términos que ya se examinaron al tratar de la transmisión de la expectativa de éste; el ámbito de aplicación de la reserva a cosa mueble, ha sido ampliado respecto a bienes con destino a ser incorporados a un inmueble, que asumirán el carácter de accesorios del mismo, como en el caso de ascensores, calderas y otros, con soluciones del problema que ello plantea tratándose de su restitución al vendedor en caso de resolverse el contrato, dado que la separación pudiera o no realizarse con deterioro de lo principal; sobre la duración del pacto, considero impropia la fijación de un plazo por la ley; a mi entender ella es consustancial con la modalidad de pago del precio: el señalamiento de un término de vigencia del mismo como se practica en nuestro Código de Comercio según el artículo 458 al disponer que "no podrá exceder de un plazo de tres años el pacto que contenga reserva de dominio", es contrario a la naturaleza misma de la reserva, si se considera que ésta subsiste en tanto el precio no haya sido pagado por el comprador, que desaparece con dicho pago al convertirse automáticamente en propietario, lo que lleva a concluir que el plazo del pacto debe ser el mismo señalado en el contrato para dicho pago del

precio; lo contrario obligaría a limitar el crédito en la venta mobiliaria aplazada al término legal prefijado de duración del pacto, lo que es grave inconveniente. Finalmente, es fundado el criterio, seguido en algunos de dichos ordenamientos jurídicos extranjeros, de atribuir a la prudente apreciación del Juez, la función moderadora en las consecuencias que de la venta con reserva derivan para las partes, en las múltiples situaciones que genera, si bien dentro del molde de su regulación legal.

#### XV. LA RESTITUCION AL VENDEDOR DE LA COSA ENAJENADA CON RESERVA. INCUMPLIMIENTO DEL COMPRADOR Y RESOLUCION DEL CONTRATO.

Se ha hecho referencia al ejercicio por el vendedor, en su carácter de propietario y pendiente el pacto, de la acción reivindicatoria sobre la cosa vendida con reserva, cuando de ésta ha dispuesto ilegítimamente el comprador en favor de un tercero de mala fe, lo mismo que en el caso de haber sido embargada por acreedores o que en el concurso de dicho comprador figure en la masa concursal en circunstancias que puedan lesionar el dominio retenido. La cuestión que se propone ahora, versa sobre la restitución al vendedor del bien enajenado con reserva, ante el incumplimiento del comprador en el pago del precio y en relación con la resolución del contrato. El incumplimiento del comprador elimina la condición suspensiva que el pacto entraña, y el vendedor asume la plena titularidad de propietario sobre la cosa, al perder el comprador, por dicho incumplimiento, la expectativa de convertirse en dueño. En tales circunstancias, el vendedor ostenta la disponibilidad del bien, pero hallándose éste en posesión del comprador a quien le fue entregado, ¿en qué forma opera la reserva a efecto de ser recuperado por el vendedor?. Se habla en el particular, indistintamente, de la acción restitutoria y de la acción reivindicatoria. La existencia de una acción real del enajenante, en su carác-

ter de propietario, para obtener la restitución de la cosa, es indudable, pero el medio de su ejercicio plantea una situación compleja que no he encontrado resuelta satisfactoriamente en las legislaciones consultadas.

Relacionada con el tema, una primera cuestión cabe formular: ¿precisa para el ejercicio de la acción restitutoria por el vendedor, que previamente se declare la resolución del contrato por incumplimiento del comprador?. Cabe asimismo preguntar, ¿valdría una cláusula que acompañe al pacto de reserva, de resolución de pleno derecho del contrato, en favor del vendedor, por dicho incumplimiento del comprador?. Cuanto a lo primero, sea a la resolución previa del contrato para que el vendedor pueda recuperar la cosa enajenada con reserva, la afirmativa parece lo indicado, pues dicha resolución legalmente decretada, importa, al mismo tiempo que la comprobación del incumplimiento que ha de motivarla, la extinción de la relación contractual con la pérdida del derecho del comprador a adquirir el dominio del bien. En comentario al Código Civil italiano, expresa MESSINEO (Op. cit. pag 85): "El efecto principal de la reserva de propiedad, cuando el comprador haya dejado de cumplir al menos dos cuotas y se haya pronunciado la resolución del contrato es la posibilidad, atribuída al vendedor, de reivindicar la cosa y, entretanto, de pedir el secuestro judicial. La reivindicación no puede ejercitarse antes de la resolución del contrato en cuanto el comprador podría excepcionar al vendedor la propia posesión de la cosa que se le ha concedido ex contractu. Pero, aun antes de la reivindicación, el vendedor adquiere de nuevo la plena disponibilidad de la cosa, y puede enajenarla ulteriormente con o sin reserva de propiedad".

En el Código de Comercio de Honduras tantas veces citado, del artículo 783, se advierte idéntico criterio: "Si el vendedor recogiére la cosa, por haberse resuelto el contrato, se aplicará lo dispuesto en el artículo 780".

Todo indica, pues, que se requiere la previa resolución del contrato, legalmente decretada, para que sea procedente la restitución de la cosa a poder del vendedor; se dirá que esto resta efectividad al pacto, por la necesidad de un procedimiento judicial sobre declaratoria de resolución contractual, mas debe considerarse la posición del comprador, cuyo incumplimiento debe tener debida comprobación. Por lo mismo, y en lo que hace a la segunda cuestión propuesta, sobre el valor de una cláusula agregada al pacto de reserva, de resolución de pleno derecho del contrato en favor del vendedor por incumplimiento del comprador, me inclino por la negativa, pues lo contrario equivaldría a dejar a una de las partes a expensas de la otra, y no ser dable que por voluntad de ellas y no a virtud de precepto legal, se opere la resolución ipso iure de un contrato, por las graves consecuencias que ello entraña.

Toca, en rigor, la cuestión propuesta, con un aspecto de orden procesal, cuanto al medio de que disponga el vendedor para el ejercicio de la acción restitutoria de la cosa enajenada con reserva a su favor, sea en conexión con la necesidad de un procedimiento especialmente dirigido a que, sin mayores dilaciones para no restarle eficiencia al pacto y sin provocar indefensión para la otra parte, sea el comprador, se logren soluciones de justicia pronta y cumplida. Estimo, por lo mismo, que no entraña solución ninguna en cuanto al punto comentado, lo que nuestro Código de Comercio dispone en el artículo 458: "El vendedor hará efectivo este derecho -alude al que deriva de la reserva- por los trámites correspondientes a los actos de jurisdicción voluntaria", si se toma en cuenta que, en tales actos o procedimientos, desde que sobreviene oposición, se hace contencioso el expediente y se sujeta a los trámites establecidos para el juicio que corresponda, con arreglo al número 708 del Código Procesal Civil.

XVI. CONSIDERACION FINAL. POSIBILIDAD DE UN PACTO DE RESERVA DE DOMINIO EN LA COMPRAVENTA CIVIL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO.

El nuevo Código de Comercio, como queda visto, autoriza la reserva de propiedad en la compraventa mercantil, aun cuando, como ya se observó igualmente, precisa disciplinarla por la variedad de intereses de orden económico y jurídico que encierra. Con tal finalidad, se dispone ya de lo que es básico: el reconocimiento legal de ese importante instituto jurídico y su complemento con el Registro de Muebles que permite dar solución al más delicado de los problemas que envuelve el pacto, el de los intereses del vendedor con reserva y el de los terceros, ya examinado con amplitud. En este aspecto registral o de publicidad del pacto, bueno es observar la conveniencia en nuestro medio, de aprovechar la función que actualmente cumple el Registro de Vehículos de la Contaduría de Tránsito para la reserva de dominio en la venta de automóviles y demás bienes sujetos a inscripción en el mismo; nada más puesto en razón que siendo en tal Registro en donde se inscribe la propiedad y demás actos relativos a ésta de los citados vehículos, figure también, con la finalidad de garantía que le es propia, el pacto de reserva de la misma.

No es aventurado decir de la posibilidad jurídica de un pacto de reserva de dominio en la compraventa civil, conforme nuestro régimen legal. En el Código Civil no se contiene referencia alguna sobre el mismo, y su intervención en un contrato no se ofrecería, por lo demás, contraria a sus prescripciones, ni a las de la ley en general, como tampoco opuesta a la moral ni a las buenas costumbres, derivando su existencia de la voluntad de las partes, en uso de su autonomía y de la libertad contractual. Su inclusión en una compraventa civil, a mi entender, tendría el fundamento legal bastante que presta el artículo 1092 del Código citado, referente a las cláusulas que pueden acompañar a

la venta, en cuanto preceptúa: "Las partes pueden por medio de cláusulas especiales, subordinar a condiciones suspensivas y resolutorias y modificar del modo que lo juzguen conveniente, las obligaciones que proceden naturalmente del contrato de venta". 2-2-81-71

## EL JURADO EN COSTA RICA

Lic. HUGO PORTER MURILLO.  
Titular Derecho Penal. II.  
Facultad de Derecho.

En esta modesta colaboración para la Revista de Ciencias Jurídicas, nos proponemos hacer un análisis acerca de la institución del jurado, la forma como funcionó en nuestro país, para terminar comentando dos fallos, en nuestro criterio equivocados los dos. Ambos procesos tienen una íntima relación entre sí, y podría afirmarse que el desacertado fallo en el primero, trajo como consecuencia el segundo, también desacertadamente resuelto. El primer negocio judicial se refiere al que se instauró contra el licenciado don León Fernández y Bonilla, don Santiago de la Guardia y don Carlos Federico Willis, con motivo de haberse batido en duelo a muerte el primero de ellos con el doctor Eusebio Figueroa, quien resultó muerto en el lance, y los otros dos por participación en el mismo en condición de padrinos. Y el segundo seguido contra don Antonio Figueroa y Espinach (menor de edad e hijo del doctor Eusebio Figueroa) por homicidio en daño del licenciado León Fernández. El primer hecho ocurrió a temprana hora del día once de agosto de mil ochocientos ochenta y tres, y el segundo tres años y unos meses después, el tres de enero de mil ochocientos ochenta y siete. Ambos expedientes los hemos tenido a la vista, y de ellos copiamos las piezas más importantes, para que el lector forme su propio juicio, que ojalá concuerde con el nuestro. De seguido haremos un pequeño análisis, con base en la respectiva ley, acerca de cómo funcionó el jurado en nuestra Patria.

## EL JURADO.

Tal institución jurisdiccional se estableció en Costa Rica a iniciativa del señor Presidente don Tomás Guardia, por ley número veinte de diez de julio de mil ochocientos setenta y tres, que comenzó a regir el primero de agosto de ese año. Su competencia estaba reducida a los delitos que en la ley se indicaban, que lo era para los de mayor gravedad, entre ellos: homicidios, lesiones graves, robos, incendios, asaltos, raptos y otros específicamente indicados. Se componía de nueve miembros, cinco propietarios y cuatro suplentes, designados a la suerte de una lista de setenta. Nos dice el artículo tres de la citada Ley: "Anualmente al tiempo de hacer las elecciones de los funcionarios municipales, la electoral designará sesenta individuos, de entre los cuales debe sortearse los nueve de que debe componerse el Jurado". Luego establece las condiciones que debe reunir una persona para poder serlo: ser ciudadano en el ejercicio de sus derechos, saber leer y escribir y ser de buena conducta anterior. De ellas se colige que el Jurado lo era de legos, desde luego pudiendo ser nombrados también profesionales en derecho. Establecía prohibiciones para serlo, entre ellas una larga lista de funcionarios públicos: Presidente de la República, Diputados, Jueces, eclesiásticos, militares, etc. El cargo era obligatorio y gratuito, y el fallo lo era en conciencia. Inicialmente fue de nueve el número de propietarios y cinco suplentes, pero posteriormente fue reducido su número a cinco, y cuatro suplentes, y los fallos que se citarán lo fueron con cinco propietarios. Los jurados podían ser recusados, y por lo curioso del procedimiento, copiamos de seguido el artículo 11, que dice: "Cada una de las partes podrá dentro de veinticuatro horas recusar hasta todos los Jurados sin expresión de causa. Repetido el sorteo para reponer a los recusados, y entregada una nueva lista a las partes, podrán recusar tres de ellos el procesado o procesados, y dos el acusador o acusadores y el Fiscal, sin expresar la causa, dentro del mismo

término de veinticuatro horas. Después del nuevo sorteo que se practique, ya no podrán recusar a los últimamente sorteados si no son causa comprendida en el artículo 1192 del Código de Procedimientos, que debe comprobarse dentro de veinticuatro horas. Los Jurados una vez admitidos en los anteriores sorteos, no podrán ser ya recusados. Unico. Cuando sean muchos los procesados, la recusación de los tres Jurados de que habla este artículo, se hará de acuerdo entre todos ellos; pero si entre todos quieren recusar más de tres, se sortearán los tres que hayan de quedar eximidos sin causa, de entre los que se desea recusar; aunque los otros pueden ser recusados con causa bastante. Igual medida se adoptará cuando siendo dos o más los que sostienen el carácter de actores y pretendan recusar libremente más de dos Jurados." El citado artículo 1192 nos daba una larga lista de causales para recusar a los jueces, aplicable a los Jurados. Establecido en forma definitiva el Tribunal, sus componentes eran juramentados individualmente por el Juez de la instrucción. No había sumario, pues el Juez recibía toda la prueba que estimare conveniente, a solicitud del reo, acusador, caso de haberlo, y del Fiscal. Todas las partes podían apersonarse desde el inicio de la investigación proponiendo pruebas y haciendo los alegatos que estimasen convenientes a su derecho, ante el Juez, quien recibía toda la prueba, incluso la declaración del reo, a quien podía ordenar detener preventivamente, pudiendo ser excarcelado. Una vez que se hubiese recibido toda la prueba, llamaba nuevamente al indiciado a recibirle confesión de cargos, hecho lo cual procedía a integrar el Jurado en la forma dicha. El Jurado elegía su Presidente y su Secretario. Artículo 17. "El Juez del Crimen entregará la instrucción al Presidente del Tribunal acompañada de una relación suscita del hecho, de las pruebas y demás datos, sin expresar juicio alguno sobre ninguna de estas circunstancias. El Tribunal se impondrá del proceso, y concluida la lectura, principiará la audiencia pública. En ella, el acusador o su abogado, o el Agente

Fiscal en los casos en que debe intervenir, alegarán haciendo al reo o reos los cargos que resulten de la instrucción: el reo, su abogado o defensor contestará lo que tenga por conveniente en su descargo." Según el número 18 de la Ley, las partes podían pedir al Jurado, que se examinase de nuevo y a su presencia, cualquier testigo de la instrucción, o todos, y aún pedir nuevas pruebas, y el Jurado debía acceder, pudiendo las partes repreguntar. Si se pudiese inspección ocular, la practicará el Juez, e informará por escrito al Jurado. Luego éste entraba a deliberar, pero no en forma libre, sino que debería discutir y resolver por mayoría, los puntos de derecho, que el Juez le enumeraba, especialmente en delitos contra la propiedad, pudiendo el Juez asesorar al Jurado en cuestiones jurídicas, sin dar nunca opinión sobre el fondo del negocio. Si no eran contestadas todas las preguntas, el Juez instaba a que se hiciera, y si se persistiese en esa conducta, se disolvía el Jurado, con responsabilidad para sus miembros, de carácter civil o penal, o ambas, según el caso, y se procedía a integrar nuevo Jurado. En los casos que examinaremos, sólo una pregunta hizo el Juez, referida a la culpabilidad de los reos, que fue contestada negativamente por el Jurado. Una vez reunido, ninguno de sus miembros podía salir del recinto, hasta tanto no se hubiese producido el veredicto, el cual se daba a conocer de inmediato a las partes, en forma pública, de viva voz. Sólo por un motivo podía diferirse el fallo, y lo era porque el Jurado ordenara una prueba para mejor resolver, evacuada la cual, nuevamente se reunía hasta dar su veredicto, el cual era por simple mayoría. Por muerte o incapacidad de uno de sus miembros, se le reponía y ya completo el Jurado, se repetía de nuevo el juicio, como si se estuviese en la primera etapa de su integración. Cuando el Jurado encontraba culpable al reo, así lo declaraba, y el Juez en sentencia razonada, fijaba la pena correspondiente, bajo su responsabilidad y con su firma. Como único recurso existía el de nulidad, que se establecía para ante la

Sala de Apelaciones, siendo muchos los motivos, verbigracia no haber sido sorteado uno o más de sus miembros; no haber actuado el Jurado con su número completo, no haberse pronunciado sobre todos los puntos controvertidos, por haberse omitido alguna formalidad de importancia; por haber estado presente alguna persona ajena al mismo en su deliberación secreta; por incompetencia de jurisdicción, etc. Para una mejor inteligencia, en la forma de decretar la nulidad, copiamos el artículo 34: "Si se declarase la nulidad, por haberse faltado en los procedimientos de la instrucción o en los del Jurado, a una disposición expresa y terminante sobre un punto esencial, se mandará reponer el proceso a costa del culpable; pero si la nulidad consistiese en haber faltado a la ley expresa en la aplicación de la pena, no se declarará nulidad del proceso, sino que se aplicará la pena correspondiente, condenando al Juez en las costas del recurso."

Hecho así un somero análisis de la citada ley, que es sumamente extensa, comentaremos los fallos aludidos anteriormente.

#### DEL DUELO.

No haremos comentario sobre el mismo; dejaremos a sus partícipes el relato.

Integraron el Jurado que resolvió el caso, los siguientes caballeros: Doctor Carlos Durán, quien presidió, don Jorge Mora Castro, Secretario, Licenciado Manuel F. Quiróz (así escrito), Don Francisco Brenes R. y Don Juan V. Montes de Oca.—Sólo una pregunta se hizo respecto a la culpabilidad de los reos.—De seguido copiamos la fórmula de votación, la cual nos da su resultado:

"Sala de Sesiones del Jurado. San José a las dos y media de la tarde del día once de setiembre de mil ochocientos ochenta y tres.

Reunidos los individuos que componen el Tribunal de Jurada a que se contrae el acta anterior con el objeto de conocer de

la causa seguida contra los señores Lic. Don León Fernández, D Carlos F. Willis y D Santiago de la Guardia por el delito de duelo procedimos a la lectura del proceso, y concluida esta y con asistencia del Agente Fiscal y los defensores, quienes hicieron uso de la palabra, pasamos a deliberar en sesión secreta las cuestiones propuestas por el Sr. Juez del Crimen en la forma siguiente: A la primera cuatro no y uno si. A la segunda — Todos no.— A la tercera — Todos no.

Con lo que concluye este acto que firmamos, entregándose los autos al Sr. Juez del Crimen... (siguen las firmas).

#### Como Juez de Instrucción actuó don Ramón Bustamante.

Artículo 429.—El que matare en duelo a su adversario, sufrirá la pena de reclusión mayor en su grado mínimo.

Si le causare las lesiones señaladas en el número 1º del artículo 420, será castigado con reclusión menor en su grado máximo.

Cuando las lesiones fueren de las relacionadas en el número 2º de dicho artículo 420, la pena será reclusión menor en sus grados mínimo a medio.

En los demás casos se impondrán a los combatientes reclusión menor en su grado mínimo o multa de ciento uno a doscientos tres pesos.

Artículo 431.—Los padrinos de un duelo que se lleve a efecto, incurrirán en la pena de reclusión menor en su grado mínimo; pero si ellos lo hubieran concertado a muerte o con ventaja conocida de alguno de los combatientes, la pena será reclusión menor en su grado máximo.

#### AUTODENUNCIA DEL LICENCIADO LEON FERNANDEZ BONILLA

"Juzgado del Crimen en 1º Instancia. San José, a las nueve de la mañana del día once de agosto de mil ochocientos ochenta y tres. En esta misma hora se presentó voluntariamente ante mí y testigos, el Lic. Don León Fernández y Bonilla, mayor de cuarenta y tres años, abogado, empleado público y vecino de esta ciudad y dijo: que ayer, diez

del presente mes, estando el declarante en su oficina como Director de los Archivos Nacionales, llegó a ella, a la una del día, el Sr. don Carlos H. Willis, vecino de esta ciudad, y llamándolo a solas al corredor del Palacio en donde está aquella oficina, le manifestó que iba de parte del Dr. don Eusebio Figueroa, también vecino de esta ciudad, a preguntarle si el declarante era el autor de una hoja suelta titulada "LA ALQUIMIA MODERNA", que había circulado impresa el día anterior o sea el nueve del presente mes: que el Sr. Willis añadió que esta pregunta se la hacía en su calidad de caballeros ambos y para asuntos de honor: que el declarante contestó al Sr. Willis que él (el declarante) no había firmado la hoja suelta a que se refería su pregunta, pero que si el Dr. Figueroa al enviar a hacerle tal pregunta pretendía hacer responsable al declarante, éste no tenía inconveniente alguno en aceptar la responsabilidad, cualquiera que ella fuese: que con esto se despidió el Sr. Willis del declarante: que el mismo día (ayer), como a las tres y media de la tarde, fue el mismo Sr. Willis a casa del declarante a decirle en nombre del Dr. Figueroa que éste me enviaba a decir que puesto que yo aceptaba la responsabilidad, él (Figueroa) me mandaba a pedir satisfacción, a lo cual el declarante le contestó que desde ese momento nada más tenía que hablar, y que dentro de unos minutos el declarante le indicaría la persona con quien debería entenderse para este asunto: que en efecto el declarante salió de su casa y pocos minutos después volvió a ella acompañado de don Santiago de la Guardia, y encontrando todavía en la puerta de la casa del declarante al señor Willis le dijo: "Aquí tiene Ud. la persona con quien debe entenderse", despidiéndose en el acto de los señores Willis y de la Guardia, y entrado el declarante en su casa; que poco después fue el señor de la Guardia a casa del declarante a decirle que el Dr. Figueroa exigía una satisfacción por medio de las armas; que él (Guardia) la había aceptado en su nombre (del declarante), pero poniendo por condición que el duelo o encuentro tuviera lugar fuera del territorio

de Costa Rica, por cuanto en primer lugar las leyes de este país no solamente no toleran sino que castigan el duelo, aunque se haya verificado con todas las reglas y leyes del honor, y en segundo lugar porque hasta el día de hoy ninguno de los varios desafíos que ha habido han tenido efecto, sin conseguirse otra cosa que ponerse en ridículo a causa de ellos: que el declarante dijo al señor de la Guardia que aprobaba lo que en su nombre hasta allí había hecho y que por lo demás lo autorizaba ampliamente para que arreglara las condiciones del duelo: que más tarde y siempre el mismo día de ayer volvió el señor de la Guardia a casa del declarante a decirle que el señor Willis en nombre del señor Figueroa no aceptaba la condición que el duelo tuviera lugar fuera del territorio del país, exigiendo que tuviera lugar aquí mismo y manifestándole al señor de la Guardia que según había podido comprender se pretendía tomar aquella condición como una excusa de su parte (del declarante) para evitar el encuentro: que entonces el declarante dijo al Sr. de la Guardia que puesto que se pretendía hacerle esa injuria aceptaba el duelo aquí, pero que como el Sr. Figueroa era actualmente Secretario de Relaciones Exteriores y el declarante nada más que un simple archivero, las posiciones no eran iguales y para el caso de un suceso desgraciado el Sr. Srio. tendría por cárcel su despacho, mientras que el declarante estaba expuesto a ir a la cárcel común; que por este motivo pusiera como única condición para que el encuentro tuviera efecto aquí, que el Sr. Figueroa renunciara antes la Secretaría de Relaciones Exteriores, a fin de que los dos contendientes quedaran iguales en cuanto era posible para los efectos de una prisión: que el Sr. de la Guardia salió de su casa (del declarante) para entenderse con el Sr. Willis a este respecto y poco después, como a las seis y media de la tarde del mismo día volvió el Sr. de la Guardia a casa del declarante a decirle que estaba aceptada la condición y que inmediatamente el Sr. Figueroa pondría su renuncia con carácter de irrevocable, añadiendo que el encuentro tuviera lugar a la pistola o al

revólver a las seis y media de la mañana del día de hoy, en un potrero del señor Napoleón Millet, por el lado de la Sabana: que el declarante contestó al Sr. de la Guardia que estaba a su disposición y que de nuevo lo autorizaba para que arreglara las condiciones del duelo como lo tuviera a bien, aceptando todas las condiciones que la otra parte propusiera; que con esto el Sr. de la Guardia se despidió del declarante, pero regresó como a las diez de la noche de ese mismo día a decirle al declarante que la renuncia del Dr. Figueroa probablemente no sería admitida según él mismo lo había oído de boca del Presidente de la República, añadiendo que se había encontrado con el Sr. Figueroa y que éste le había dicho que estrañaba que el declarante (yo) hubiera puesto semejantes condiciones, dando así a entender que aquella condición no era mas que un pretexto para rehuir el encuentro, y que en consecuencia iba a pedir al declarante nuevas instrucciones: que el declarante le contestó que aceptara el duelo, aunque el Sr. Figueroa no renunciara o no le aceptaran su renuncia, y que por última vez lo autorizaba plenamente para que aceptara todas las condiciones que pusiera la parte contraria, cualesquiera que ellas fueran: que entonces el Sr. de la Guardia se despidió por última vez del declarante diciéndole que volvería a las seis de la mañana para que el encuentro tuviera lugar, añadiendo que se había convenido en cambiar un tiro de pistola o revólver a distancia de veinticinco pasos: que en consecuencia el Sr. de la Guardia se reunió con el declarante en casa de éste a las seis de la mañana de hoy y juntos se dirigieron a la caballeriza de los señores Güell y Gutiérrez en esta ciudad, en donde se dijo al declarante que hallaría un carruaje listo para el caso: que el declarante y el señor de la Guardia aguardaron allí hasta las siete de la mañana porque ni el señor Willis ni el señor Figueroa parecían; que a las siete en punto llegó el señor Willis cerca de la caballeriza, y dijo que todo estaba preparado: que poco antes pasaba por la calle frente a la referida caballeriza el Dr. don Otoniel Pinto, y teniendo re-

laciones con el declarante y con el señor de la Guardia preguntó que qué hacían allí tan de mañana y para dónde iban: que entonces para disimular le contestaron que iban a un almuerzo de campo a la Sabana y que si quería acompañarlos había un asiento en el carruaje; que el señor Pinto, aceptó y él (el declarante) y don Santiago de la Guardia montaron en un coche y en el otro, los tres, Willis y el Dr. don Julián Blanco: que ambos carruajes se dirigieron a la Sabana y al pasar frente a la casa en que vive el Dr. Figueroa éste, que estaba en la puerta, montó en el coche de adelante en que iban los tres, Willis y Blanco, y así continuaron el viaje para la Sabana, pero habiéndose adelantado el coche en que iba el declarante esperó al otro al llegar cerca de la hacienda del Dr. Napoleón Millet, en la Sabana, y tomando entonces la delantera el coche en que iban los tres Figueroa, Willis y Blanco; que llegamos así al portón de la hacienda del Sr. Millet, todos seis bajaron de los dos coches y se encaminaron hacia el lugar designado para el encuentro, tomando la delantera los tres: Figueroa, Willis y Blanco: que durante el viaje de la caballeriza a la Sabana, yendo en coche, el Sr. de la Guardia dijo en secreto al declarante a fin de que no lo oyera el Dr. Pinto, que el Sr. Willis en nombre del Sr. Figueroa proponía que el encuentro tuviera efecto a veinte pasos de distancia en lugar de los veinticinco convenidos y que en lugar de un tiro de revólver se cambiaran tres, avanzando los combatientes el uno sobre el otro a discreción, después del primer tiro, y en caso de que ninguno quedara muerto o herido; que el declarante contestó igualmente en secreto al Sr. de la Guardia, que ya sabía que estaba ampliamente autorizado para aceptar en nombre del declarante esas y cualesquiera otras condiciones que por parte del Sr. Figueroa se pusieran; que una vez que llegaron el declarante y las cinco personas mencionadas, a un potrero que se decía era el lugar designado para el encuentro, los señores Willis y de la Guardia principiaron a buscar un lugar aparente para el encuentro, y después

de examinar varias localidades y a causa de ser el terreno inclinado por estar a la margen izquierda del río Torres, eligieron un terreno entre el río referido y uno cercado de alambre que encierra maíz y caña de azúcar; pero como el terreno era inclinado de Sur a Norte y la parte plana que se había elegido estaba en dirección de Este a Oeste, el sol y sombra no podían distribuirse igualmente entre ambos combatientes; que en consecuencia los señores Willis y de la Guardia procedieron a designar por medio de la suerte el lugar que a cada combatiente correspondía: al efecto el Sr. Willis sacó una moneda del bolsillo, la arrojó al aire y al caer, el Sr. de la Guardia eligió, habiendo designado la suerte al declarante el lugar del Oriente: a esto precedió igual sorteo para la elección de los revólveres, que eran sin embargo exactamente iguales: que en seguida el Sr. Willis midió los veinte pasos últimamente convenidos, y señaló el lugar en que cada combatiente debía colocarse, haciendo una raya a ambos extremos de la distancia: que después el Sr. Willis presentó una caja de cápsulas fulminantes al Sr. de la Guardia, y éste sacó dos de ellas que puso en el revólver que correspondía al declarante: igual operación hizo el Sr. Willis con el revólver que correspondía al Sr. Figueroa. Hecho esto, el Sr. Willis entregó su revólver al Sr. Figueroa, y el Sr. de la Guardia entregó el suyo al declarante: que en seguida el señor de la Guardia dijo que quería hacer constar en presencia de todos, las condiciones convenidas para aquel duelo; que cada combatiente se colocara en el lugar que la suerte le había designado y que a la voz que él daría de preparen se aprestarían simultáneamente; que en seguida él mismo daría las voces de una, dos y tres y que a ésta última voz dispararían los combatientes a la vez; que si ninguno quedaba muerto o herido podrían en seguida avanzar el uno sobre el otro a discreción; que a estas últimas palabras el Sr. Figueroa hizo algunas observaciones, y dirigiéndose el Sr. de la Guardia a mí como para saber qué respondía el declarante, dijo que por última vez repetía que no rehusaba condición al-

guna, y que aceptaba todas las que se le pusieran: que después de esto los señores Willis y de la Guardia, en vista de las dificultades que se presentaban para arreglar convenientemente el segundo tiro, se pusieron de acuerdo en que el segundo tiro tendría lugar a diez pasos de distancia, observándose para disparar las mismas voces ya convenidas para el primero; que concluido esto cada combatiente ocupó su lugar armado de su revólver y a la voz de prepárense apuntaron, y a la voz de tres se hicieron fuego simultáneamente, no quedando ninguno herido; que en seguida los mismos señores Willis y de la Guardia midieron los diez pasos de distancia y señalaron el nuevo lugar en que cada uno de los combatientes debía colocarse; que así, cada uno en su lugar, a la voz de preparen se apuntó el uno al otro, y a la voz de uno, sin aguardar las voces de dos y de tres convenidas, el señor Figueroa hizo fuego sobre el declarante, atravesándole el vestido sin causarle herida alguna; que después del disparo del señor Figueroa el declarante disparó sobre él, diciendo poco después éste: "Me ha matado" y cayendo a tierra; que el declarante, en unión de las demás personas citadas corrió hacia el Sr. Figueroa para prestarle los auxilios del caso, y que habiéndolo examinado los dos Doctores declararon que la herida era mortal y que nada había que hacer; que con este motivo y no pudiendo servir la presencia del declarante en aquel lugar para prestar alivio alguno al herido, se retiró en compañía del señor de la Guardia, tomó su carruaje y vino directamente a presentarse a esta Autoridad, poniéndose a su entera disposición. Leída que fue al presentado esta declaración, la ratifica y firma conmigo y testigos. (f) Ramón Bustamante. León Fernández. Juan de Dios Ramírez. J. León Guevara".

DECLARACION DE DON SANTIAGO DE LA GUARDIA.

En San José, a la una de la tarde del día once de agosto de mil ochocientos ochenta y tres. Constituido el infrascrito

Juez en el Palacio Presidencial, adonde se encuentra el Sr. Don Santiago de la Guardia y estando presente le impuse de las penas en que incurren los que faltan a la verdad cuando son interrogados por autoridad competente, lo fue por su nombre, edad, estado, profesión y domicilio y dijo: llamarse como queda dicho, mayor de veinticinco años, casado, abogado y de este vecindario. Preguntado para que diga cómo pasó el hecho que ha dado origen a esta causa contestó: que en casi su totalidad el hecho se verificó como deja manifestado el Lic. Don León Fernández, pero que notando en la declaración de dicho señor algunas leves diferencias, desea dar la suya por separado de la manera siguiente: que ayer, diez de los corrientes, como a las cuatro de la tarde se hallaba el declarante en su casa de habitación cuando le anunciaron que lo llamaban del Palacio Presidencial, sin decirle quién; que el declarante se dirigió inmediatamente a aquel lugar donde se encontró con don León Fernández quien le manifestó exactamente lo mismo que dice el señor Fernández al principio de su declaración, relativo a los señores Figueroa y Willis; que el Sr. Fernández exigió al declarante que se encargara de la comisión de arreglar ese asunto de una manera honrosa o que aceptara en su nombre el reto del Dr. Figueroa; que el declarante creyó que podía poner un término feliz a aquella diferencia y que al efecto aceptó el cargo y pidió instrucciones al Lic. Fernández; que en seguida se dirigieron a la casa de éste, en cuya puerta encontraron al señor Willis, persona que le fue indicada como padrino del Dr. Figueroa; que en seguida no más se encaminó el declarante en compañía del Sr. Willis a la casa de éste. Allí el declarante le manifestó al Sr. Willis que en su concepto el primer deber de ambos era arreglar de un modo pacífico y conciliatorio el asunto pendiente; Willis manifestó que propusiera una el declarante, quien manifestó que a su juicio el Dr. Figueroa por su elevada posición oficial no debía tomar a pecho las expresiones de un escrito que no lo designaba a él por su propio nombre y que además el Dr. Figueroa había exitado

a que se atacara sin exclusión de la hoja suelta titulada "BANCO HIPOTECARIO"; Willis manifestó que él no podía aceptar aquello porque sus instrucciones se limitaban a pedir a don León Fernández una retractación o a estipular el modo de llevar a cabo un duelo. Después de esto, y no habiendo podido conciliar el asunto pacíficamente, el declarante comenzó por manifestar al Sr. Willis que según sus instrucciones del Sr. Fernández, caso de llevarse a cabo el duelo, debería ser fuera del país para no infringir las leyes vigentes sobre la materia en Costa Rica; Willis manifestó que esa condición no la podía aceptar por varias razones que se lo impedían tanto al Dr. Figueroa como a él; el declarante propuso en seguida que el duelo se verificara al primer encuentro, llevando en mira, y sin que de esto fuera responsable el señor Fernández, la posibilidad de que se calmaran los ánimos de los contendores y llegar a un arreglo conveniente; el Sr. Willis contestó que no era partidario de esta forma de duelos, pero que sin embargo consultaría nuevamente con el Dr. Figueroa, pero que le parecía que las condiciones del declarante casi implicaban tanto como eludir el duelo poniendo tales trabas; el declarante se dirigió donde don León Fernández a darle cuenta, pero convino con el Sr. Willis en que se volvieran a ver en casa de éste a las seis y media de la tarde. A la hora expresada volvieron a verse Willis y el declarante y según manifestó el primero al segundo, el Dr. Figueroa no aceptaba ninguna de las medidas propuestas, sino una satisfacción terminante o un duelo en debida forma y a la mayor brevedad posible. El declarante, siguiendo sus instrucciones manifestó que aceptaba el duelo en el país y en debida forma, siempre que el Dr. Figueroa renunciara al cargo de Ministro de Relaciones Exteriores, a fin de que se equiparara con el Sr. Fernández, que no gozaba de las prerrogativas de tan elevado empleo. El Sr. Willis consideró aquello como una nueva rémora y agregó que iba a hablar inmediatamente al Dr. Figueroa y que pasaría a casa del declarante a darle la respuesta definitiva, pero antes de despe-

dirse el declarante quiso conocer los términos del duelo en caso de que se efectuara; el Sr. Willis propuso una distancia de quince pasos, pero el declarante no quiso convenir con ello y propuso al Sr. Willis que la distancia fuera de veinticinco pasos; el señor Willis no quiso convenir sino en veinte y el declarante aceptó. Este es uno de los puntos en que sufre una equivocación el Lic. Fernández; en seguida propuso el Sr. Willis como sitio un potrero perteneciente a don Napoleón Millet; el declarante aceptó; luego se convino en que las armas debían ser revólveres o pistolas, si se conseguían estas últimas; después el declarante propuso que los contendientes solamente cruzaran una bala, pero el Sr. Willis manifestó que el Dr. Figueroa deseaba un duelo a muerte; que sin embargo le reiteraría sus reflexiones; la hora fijada por el Sr. Willis de acuerdo con el declarante fue las seis y media de la mañana del día siguiente y se convino en que deberíamos reunirnos en la caballeriza de Güell y Gutiérrez, donde nos esperarían dos coches. Como a las ocho de la noche el Sr. Willis avisó al declarante en casa de éste que el Dr. Figueroa pondría en el acto su renuncia con tal de que se llevara a cabo el duelo. Viendo el giro que tomaban las cosas se estuvieron recordando las condiciones y se fijó definitivamente que sólo se cruzaría una bala. Próximamente a las diez de la noche el declarante se vio personalmente con el Dr. Figueroa en el Palacio Presidencial y le manifestó que aunque comprendía perfectamente que según las reglas del duelo no debía dirigirse sino al otro padrino, se permitía por el respeto y la estimación que le profesaba hacerle algunas reflexiones acerca del carácter de gravedad que él quería darle al asunto en sí mismo y al duelo caso de que éste se verificara. El Doctor le contestó al declarante que le daba las gracias por sus buenos oficios, pero que notaba que el Lic. Fernández parecía como deseoso de eludir el duelo, proponiéndole condiciones que no le parecían razonables aducidas por un caballero capaz de sostener con las armas la responsabilidad que había asumido.

mido. No hay más que este dilema: "O el señor Fernández me da plena satisfacción por escrito para publicarla o se bate conmigo en un duelo a muerte hasta que uno de los dos quede en el sitio". El declarante manifestó al Dr. que lo convenido con Mr. Willis no era duelo a muerte, pues no iban a cambiar sino una bala. Hoy a las seis de mañana el declarante asistió con el Sr. Fernández a la caballeriza mencionada a tomar el coche, y si bien es cierto que el Sr. Willis no concurrió sino hasta las siete próximamente, fue debido a que se había encargado de conseguir las armas y no pudo lograrlo hasta esa hora. Otra pequeña diferencia que el declarante nota en la declaración del Sr. Fernández es que cuando sortearon las armas y las posiciones de los contendientes, en uno de los casos, no recuerda cuál, tiró la moneda el Sr. Willis y en el otro el declarante. Por lo demás la declaración del señor Fernández en este desgraciado suceso le parece exacta al declarante. Leída que le fue su declaración en ella se ratificó y firmó.—(f) Ramón Bustamante. Santiago de la Guardia. José M<sup>o</sup> González. Luis Carranza.

#### DECLARACION DE DON CARLOS FEDERICO WILLIS

En San José, a las ocho de la mañana del siete de agosto de mil ochocientos ochenta y tres. Presente en este despacho el Sr. Don Carlos Federico Willis, e impuesto de las penas en que incurren los que faltan a la verdad cuando son interrogados por autoridad competente, lo fue por su nombre, edad, estado, profesión y domicilio y dijo: llamarse como queda dicho, mayor de treinta y cuatro años, casado, tenedor de libros, súbdito inglés y de este vecindario. Preguntado para que diga cómo pasó el hecho porque se sigue esta causa, contestó: que estando el declarante a las ocho de la mañana del día diez del corriente en la oficina de Mr. Keit, llegó allí un portero del Palacio Nacional a llamarlo en nombre del Dr. Figueroa para que fuera a su casa a esas horas; que el declarante

se dirigió a la casa del Dr. Figueroa y este le dijo que lo había mandado a llamar para pedirle un favor como amigo; que el declarante le contestó diciéndole que de qué favor se trataba; que el Dr., entregándole una hoja suelta le dijo que se sirviera ir donde don León Fernández a preguntarle si él era el autor de esa hoja y en caso de que así fuera le manifestara de parte de él, Figueroa, que exigía una satisfacción pública y en caso que contestara que no era, le pidiera dispensara por la pregunta; que el declarante se dirigió en busca de don León, que fue a su casa y no lo encontró y que supo no recuerda por qué persona que don León se encontraba en Alajuela; que el declarante con esta razón volvió donde el Dr. Figueroa y le manifestó lo que había sabido; que el Dr. le dijo que no era cierto pues Fernández había venido en el tren de la mañana y que se sirviera buscarlo en su casa o en la Oficina de los Archivos Nacionales y que no pusiera ningún impedimento para encontrarlo; que el deponente, queriendo darle tiempo para que el Dr. pensara más el asunto le dijo que no sabía donde era la casa del Lic. Fernández, pero que éste le dio las señas y el declarante se retiró; que habiendo ido nuevamente a la casa del Sr. Fernández y no encontrándolo se dirigió como entre once y doce a la oficina de los Archivos donde lo encontró, y habiéndole manifestado que deseaba hablar con él de un asunto particular, don León salió de su oficina y ya en el corredor y sacando la hoja que el Dr. le había entregado le dijo: "El Dr. Figueroa desea saber si Ud. es el autor de esta hoja" y don León le respondió: que fuera o no fuera el autor de dicha hoja, él asumía toda la responsabilidad de ella y de cualquier otra dirigida a Figueroa; que el declarante le dijo: "en ese caso el Dr. desea que Ud. le de una satisfacción pública", y Fernández le contestó, que estaba dispuesto a todo; que el declarante se fue a dar la contestación al Dr. a su casa, y no habiéndole encontrado se dirigió al Palacio Nacional donde tenía su Despacho; que se hizo anunciar y el Dr. salió a la

antesala adonde el declarante le dio la contestación de don León, a lo que le contestó diciéndole que volviera donde don León y le dijera que si estaba dispuesto a aceptar un duelo; que el declarante bajó a la oficina de don León y no lo encontró; que así estuvo yendo dos o tres veces a dicha oficina y la última vez que fue uno de los empleados de ella le dijo que estaba en un banquete en el cuartel; que el declarante fue donde Figueroa a contarle lo que había y como no lo encontró, pues también estaba en el banquete, esperó a que este concluyera; que como a las tres de la tarde se dirigió a la casa de don León y lo encontró sentado en su escritorio en mangas de camisa y con un revólver en la bolsa de atrás del pantalón; que el declarante creyó que ese revólver se lo ponía allí para asustar al declarante o a alguna otra persona; que en este estado don León le dijo que tomara asiento y que le permitiera ponerse su ropa, lo cual verificó; que el deponente le manifestó el objeto de su visita diciéndole: "El Dr. Figueroa desea que Ud. le dé una satisfacción pública por la prensa y en caso contrario que me indique la persona con quién debo entenderme para el arreglo de un duelo. que don León le contestó que se sirviera esperar un rato mientras iba en busca de esa persona con quien debía entenderse, que sería cosa de cinco o diez minutos; que el declarante le dijo que tenía que ir a la caballeriza y que volvería en el momento; que en efecto, ambos salieron y el deponente se fue donde Figueroa y lo puso al corriente del estado en que estaba el asunto y volvió a los pocos minutos a la casa de don León y esperó allí; que poco rato después apareció don León con el Sr. don Santiago de la Guardia y le dijo al declarante: "Aquí tiene la persona con quien debe entenderse", que el declarante en compañía de don Santiago de la Guardia se dirigió a su casa, con el objeto de arreglar el asunto; que una vez allí y después de conversar un rato con don Santiago, le manifestó que don León ponía por condición que el duelo se verificara fuera de la República o de lo contrario que

cada uno hiciera uso de su derecho en la calle o donde se encontraran; que el deponente le contestó que no le parecía que esta condición fuera aceptada por el Dr Figuroa, ni el declarante podía salir del país por sus ocupaciones, y que en cuanto a tirarse donde se encontraran era un escándalo, pues estaban expuestos no sólo ellos sino todas las personas y por consiguiente creía conveniente, por ser demasiado tarde y para conversar con Figuroa, que suspendieran la entrevista, pues ninguno de los dos había comido, para las cinco y media de la tarde y en el mismo lugar; que convenido en ésto, el declarante se fue donde el Dr. Figuroa y le contó la condición que había puesto don León; que el Dr. le contestó que esas eran cobardías y maneras de eludir el duelo; que Fernández había dicho que aceptaba las responsabilidades y que debía hacerlo y que eso de tirarse donde se encontraran no le parecía y que fuera y arreglara el duelo pronto para esta misma tarde; que el declarante le hizo algunas reflexiones acerca de la hora y le decía que el duelo no podía ser sino hasta el siguiente día; que el declarante se dirigió a su casa y allí se encontró con don Santiago de la Guardia y le manifestó que el Dr. Figuroa no aceptaba la condición de salir del país; que Guardia le dijo que entonces tenía que hablar con don León pues no tenía instrucciones para otro arreglo; que convinieron en verse más tarde en casa de Guardia y así lo hicieron; que Guardia le manifestó que don León aceptaba el duelo con la condición de que Figuroa pusiera su renuncia de ministro, pues quería que estuvieran iguales ante la ley; que el declarante fue donde Figuroa a ponerlo al corriente y éste le contestó que inmediatamente pondría su renuncia con carácter de irrevocable, como en efecto lo hizo encargándole al declarante que él mismo pusiera en manos del Presidente dicha renuncia; que con este motivo el deponente manifestó a Figuroa que lo ponía en un conflicto pues el Presidente, vistos los motivos en que fundamentaba su renuncia y el carácter de irrevocable, era natural que le

interrogase y que el declarante no le podía mentir; que Figuroa le dijo que si el General le preguntaba le dijera el hecho pero como un secreto entre Willis y Próspero Fernández; que el declarante entregó la renuncia al Presidente y habiéndole éste interrogado, el deponente le contó lo que pasaba diciéndole que no se lo decía al Presidente de la República sino a Próspero Fernández; que era un secreto que debía guardar en esa cuestión de honor; que el General dijo que deseaba hablar personalmente con Figuroa, pues tal vez podría arreglar la cuestión, y que se sirviera irlo a llamar; que el deponente fue donde Figuroa y le manifestó que el General deseaba hablar con él; que Figuroa se vino con el declarante al Palacio Presidencial y se entró con don Próspero, habiéndose quedado el declarante como una hora esperándolo; que en eso salió don Santiago de la Guardia que estaba allí y dijo al declarante que aquello se iba a arreglar; que iba con un recado para don León; que poco después regresó don Santiago y al entrar dijo al deponente: "no hay más remedio que un duelo" y entró; que al poco rato salieron el Dr. Figuroa, Santiago y el General, y Figuroa le dijo que lo esperaba al siguiente día en la mañana en su casa un poco antes de la hora fijada; que antes de estos últimos hechos, habían arreglado el declarante y don Santiago de la Guardia que la hora sería las seis y media de la mañana para reunirse en la hacienda de don Napoleón Millet; que las armas serían revólveres y que sólo con un tiro; que el deponente y don Santiago de la Guardia habían arreglado que la distancia sería a veinticinco pasos; que en esa misma noche el declarante y don Santiago invitaron al Dr. don Otoniel Pinto y don Julián Blanco para un almuerzo en la hacienda de don Napoleón y les dijeron que el punto de reunión era la caballeriza de Güell y Gutiérrez a las seis de la mañana; que como iban bastantes había coches para todos; que al día siguiente el declarante compró los revólveres en la tienda de Juan Hernández y estuvo andando hasta las siete de la mañana que se fue con el Dr.

Blanco al punto de reunión y allí estaba Otoniel Pinto, don Santiago de la Guardia y don León Fernández; que el declarante montó en compañía del Dr. Blanco en un coche y los otros tres señores en otro; que se dirigieron a la casa de Figueroa, donde éste montó, y ambos carruajes tomaron el camino de la Sabana; que llegados al potrero de la hacienda de Millet se desmontaron y entraron a la hacienda; que una vez allí pusieron al corriente a los médicos, y aunque éstos querían retirarse les obligaron a permanecer allí; que el declarante, tanto al salir de la población como en la hacienda trató pasando por las calles principales y en la hacienda buscando el lugar más adecuado poniendo dificultades, a ver si la policía o alguna otra persona llegaban e impedían el duelo retardándose más de media hora en elegir el lugar, a pesar de que el Dr. Figueroa lo precisaba diciéndole que cualquier lugar era bueno; que hallado el lugar más aparente, siempre se presentaba el inconveniente de que a uno le daba el sol y a otro la sombra y por consiguiente el declarante sacó una moneda del bolsillo para sortear los lugares, habiendo designado a la suerte a don León el lugar de la sombra; que don Santiago de la Guardia tiró también la moneda para sortear los revólveres, a pesar de que eran exactamente iguales; que aunque estaba convenido que la distancia sería de veinticinco pasos, a instancias del Dr. Figueroa quien decía que los revólveres eran pequeños y que no quería quedar en ridículo, pues quería que el desafío tuviera lugar a todo trance, se rebajó la distancia a quince pasos y se cargaron los revólveres con dos tiros, pues se convino que se cruzaran dos balas; que colocados los contendientes, a la voz de tres que dio don Santiago de la Guardia se hicieron fuego; que se había convenido que si en el primer tiro resultaba alguno herido cesaría el desafío y que don León agregó "aunque alguno se caiga del susto"; que habiéndole disgustado al Dr. esta expresión el declarante dijo que no había necesidad de eso, pues creía que entre caballeros no sucedería; que como en el primer tiro no se

hirieron; que colocados nuevamente a nueve pasos de distancia y a la misma seña se hicieron fuego; que a primera vista, como ambos se quedaron de pie el declarante creyó que no se habían herido, pero segundos después el Dr. Figueroa dijo: "Me mató", y todos corrieron a buscarle la herida y lo encontraron atravesado de un balazo y murió instantáneamente; que en este estado don León dijo que lo sentía mucho pero que no había otro remedio; que pidieron los auxilios en la casa y se trasladaron allí.—Leída que le fue su declaración en ella se ratifica y firmó. (f) Ramón Bustamante. C. F. Willis. J. M<sup>o</sup> González. J. León Guevara.

#### DECLARACION DEL DOCTOR DON JULIAN BLANCO

En San José, a las tres de la tarde del día once de agosto de mil ochocientos ochenta y tres. Constituido el infrascrito Juez en el Cuartel de Artillería, donde se encuentra detenido el Sr. Dr. Don Julián Blanco y estando presente, le impuse de las penas en que incurren los que faltan a la verdad cuando son interrogados por autoridad competente, lo fue por su nombre, edad, estado, profesión y domicilio y dijo: llamarse Julián Blanco, mayor de treinta años, soltero, Profesor de Medicina y de este vecindario. Preguntado para que diga lo que sepa respecto al hecho que se trata de averiguar, contestó: que ayer, diez de los corrientes y como a las ocho de la noche, estando el declarante en el Hotel de Víctor, fue invitado por los señores Willis y Santiago de la Guardia a un almuerzo que se verificaría en La Sabana y que iría en compañía del Dr. Figueroa y del Lic. don León Fernández, manifestándole que en caso de que fuera se encontrarían el siguiente día a las siete de la mañana en la caballeriza de Güell y Gutiérrez; que el declarante aceptó la invitación y hoy a las siete se dirigió al lugar designado, en compañía de Mr. Willis; que en la caballeriza se encontró con Santiago de la Guardia y Otoniel Pin-

to y don León Fernández; que el declarante montó en un coche en compañía de Mr. Willis y los otros señores en otro; que el coche en que iba el declarante se dirigió a la casa del Dr Figueroa en donde éste montó; que ambos carruajes se dirigieron a la Sabana y al llegar al potrero de la hacienda de don Napoleón Millet se apearon todos y se dirigieron al interior de la hacienda; que una vez que llegaron al potrero de la hacienda le manifestaron al declarante y a don Otoniel Pinto el objeto del viaje y el declarante creyó de su deber el quedarse para auxiliar al que fuera herido; que los padrinos, que eran los señores Guardia y Willis escogieron el lugar más aparente para el duelo y medidos veinte pasos y dadas las señas convenidas, ambos contendientes dispararon sin causarse lesión alguna; como estaba convenido se midieron diez pasos y se colocaron los contendientes y a la señal indicada dispararon y que el declarante a primera vista creyó que no se habían hecho nada, por haberse quedado los dos parados y en la misma posición, pero segundos después el Dr. Figueroa dijo: "me ha matado" y cayó; que el declarante, junto con el Dr. Pinto le prestaron los auxilios del caso, pero reconocieron que la herida era mortal.—Leída que le fue su declaración en ella se ratifica. (f) Ramón Bustamante. J. Blanco. J. M<sup>o</sup> González.

## EL HOMICIDIO.

Tampoco haremos comentario alguno. La razón alegada por el indiciado lo fue en la especie, que también fue investigada en el expediente por duelo, de que el Licenciado Fernández se protegió, en el lance, con una malla de acero. El Jurado lo integraron los siguientes caballeros: Don Demetrio Tinoco, quien presidió, don Teófilo Borbón secretario, don Ramón Gallegos, don Luis Chacón y don Vicente Castro. Como Juez actuó don Melchor Cañas.

Y sus protagonistas nos dicen:

## RAFAEL SEGURA VILLALTA. (Folio 1)

En la ciudad de San José, a las nueve y tres cuartos de la mañana del día tres de enero del mismo año (1887). Presente en este despacho el señor Rafael Segura Villalta, fue impuesto de los penas de perjurio en materia criminal, y juramentado en forma prometió decir verdad en cuanto fuere interrogado; siéndolo por su nombre, edad, estado, oficio y domicilio, dijo: llamarse como queda expresado, ser mayor de treinta y tres años, soltero, guarda del ferrocarril y de este vecindario. Preguntado qué sabe con relación al hecho que se trata de averiguar, dijo: que diez minutos poco más o menos antes de las ocho de la mañana de hoy, en momentos en que el declarante en su carácter de guarda de la Estación, abría la puerta, para que los pasajeros entrasen a tomar asiento en los trenes, oyó una detonación en la Sala de espera y al volver a ver qué la producía, vio caer boca abajo al Licenciado don León Fernández, y en momentos en que arañaba el suelo haciendo esfuerzos por levantarse, vio al joven don Antonio Figueroa y Espinach hacerle dos tiros de revólver; que el declarante agarró entonces por detrás a Figueroa, quien se metió el revólver a la bolsa y el declarante se lo extrajo, en momentos en que llegó don Ricardo Nanne y tomó el arma; que Figueroa, en esos momentos, no expresó nada ni tampoco hizo resistencia alguna; que momentos después llegaron dos agentes de policía y recibieron a Figueroa de manos del guarda Rafael Siles, a quien el exponente se lo había entregado, para que lo custodiara en compañía de Adolfo Parr Aguirre, mientras el declarante buscaba unos agentes de policía; que el declarante vio a don León Fernández, una herida en la nuca y no le vio otra porque chorreaba mucha sangre; que lo expuesto es cuanto sabe, sin poder decir quiénes más pueden declarar, porque en esos momentos no se fijó en las demás personas presentes, pero sí afirma que don Ricardo Nanne apuntó a algunas de las personas presentes allí; que conoce a las partes,

sin que con ninguna de ellas le toquen las generales de la ley ni tenga interés en este asunto. Leída que le fue su declaración, en ella se ratificó y firmó; quedando expuesto dijo: entendido de la obligación de ratificar su declaración si fuere preciso; y agregando que nada sabe sobre cómplices o encubridores, ratificó lo nuevamente expresado y firmó. (fs.) Melchor Cañas. Rafael Segura. Arturo Sáenz. Srio".

---

LUCIANO GARGOLLO Y FREER. (Folio 2 v. y 3 fte.).

En la ciudad de San José, a las diez y media de la mañana del mismo día, (3 de enero de 1887). Presente en este Despacho el joven Luciano Gargollo y Freer, y siendo menor de edad, le nombré de representante legal a don Eduardo Esquivel, mayor de edad, soltero, pasante de derecho y de este vecindario, quien impuesto de su obligación, la aceptó el cargo y juró cumplirlo fielmente. Preguntado el declarante a presencia de su representante legal por su nombre y calidades, dijo llamarse como queda dicho y ser de diecisiete años de edad, soltero y vecino de esta ciudad; que conoce al joven don Antonio Figueroa y al licenciado don León Fernández y que con ninguno de ellos le comprenden las generales de la ley ni tiene interés en este asunto. Preguntado de la misma manera para que diga lo que sepa sobre el hecho que se trata de averiguar, dijo: que hoy, diez minutos antes de las ocho de la mañana, en momentos que el declarante entraba a la Sala de esperas en la estación de ferrocarril de esta ciudad, vio que el joven don Antonio Figueroa disparó un tiro de revólver sobre el expresado don León Fernández, habiéndole causado una herida en la nuca; que el licenciado Fernández cayó al suelo y trató de levantarse, pero que el joven Figueroa le disparó todavía dos tiros más, sin que el exponente pudiera observar si le causara otra herida; que el guarda

de la estación señor Rafael Segura tomó al joven Figueroa, quien no hizo ninguna resistencia; que el primer tiro fue disparado por detrás, como a dos varas de distancia, causándole la herida a que se ha referido; que no vio que se cruzaran palabras de ninguna especie entre Fernández y Figueroa; que nada sabe el declarante sobre circunstancias agravantes ni disminuyentes, cómplices o auxiliaadores y que lo que deja relatado es lo único que presencié. Leída que le fue su declaración por ante su representante legal, la ratificó y firma, quedando impuesto de la obligación de ratificar su declaración en el plenario si fuere preciso. (firmas). Melchor Cañas. Eduardo Esquivel S. Luciano Gargollo Freer. Arturo Sáenz. Srio".

---

INDAGATORIA DE ANTONIO FIGUEROA Y ESPINACH  
(Folios 4 v. y 5 f. y v.).

En la ciudad de San José, a las doce y cuarenta minutos del día tres de enero de mil ochocientos ochenta y siete. Presente en este despacho el joven don Antonio Figueroa y Espinach, e impuesto de la obligación de decir la verdad cuando es interrogado por autoridad competente, lo fue por su nombre y calidades y dijo llamarse: Antonio Figueroa y Espinach, menor de veintiún años, soltero, agricultor y vecino de la ciudad de Cartago. En este estado, siendo menor de edad le nombré de representante legal para este acto al señor don Eduardo Esquivel, mayor de edad, soltero, pasante de derecho y vecino de esta ciudad, quien impuesto de su nombramiento, aceptó el cargo y juró su fiel desempeño. Preguntado por ante su representante legal quién lo detuvo, a qué hora y en qué lugar, contestó: que fue detenido hoy próximamente a las ocho de la mañana no sabiendo quién lo detuvo, pero sí fue conducido al Cuartel de Policía por dos agentes de la autoridad. Preguntado

si sabe o presume cuál haya sido la causa de su detención, contestó: que su detención fue motivada por haber disparado tres balazos al licenciado don León Fernández en la Sala de esperas de la estación del ferrocarril en esta ciudad, con cuyos balazos supone el declarante haber herido al expresado señor Fernández. Preguntado de la misma manera qué motivo lo indujo a ejecutar ese hecho, contestó: que por la convicción íntima que tiene de que el señor Fernández asesinó al padre del declarante, doctor don Eusebio Figueroa en un duelo al que concurrió Fernández cubierto con una coraza; que hasta ayer conoció al lic. Fernández y hoy se encontró por primera vez con él; que con el señor Fernández no ha tenido el declarante ningún género de comunicaciones anteriores al hecho que motiva esta causa, en cuyo hecho no ha intervenido ninguna otra persona; que cuando ejecutó el hecho había presentes muchas personas en la Sala de esperas, que el revólver que se le presenta es de su propiedad y que las tres balas menos que contiene son las que disparó sobre el señor Fernández. En este estado se suspende esta declaración para continuarla si fuere necesario. Leído que le fue lo escrito, ratificó su contenido y firma con su representante legal. (firmas). Melchor Cañas; Eduardo Esquivel; Antonio Figueroa; Arturo Sáenz. Srio".

---

AMPLIACION INDAGATORIA. (Folio 7 vuelto y 8 frente).

En la ciudad de San José, a las doce del día cinco de enero del mismo año. Presente en este despacho don José Antonio Figueroa y Espinach, menor de diecinueve años, soltero, agricultor y de este vecindario, a quien hice venir con el objeto de que amplíe la declaración que tiene dada, fue impuesto de la obligación en que está toda persona de decir verdad cuando es interrogada por autoridad compe-

tente, y siendo menor de edad se procedió a nombrarle representante legal para este acto a don Eduardo Esquivel, mayor de edad, pasante en derecho y de este vecindario, quien aceptó jurando cumplir bien y fielmente con su cargo. Preguntado por ante su representante legal por su nombre y calidades, dijo: llamarse como queda expresado, y ser de las calidades dichas. Preguntado de la misma manera, con qué objeto vino a esta capital; dónde se hospedó y con qué personas se asoció durante los días que permanecía aquí, antes del suceso que tuvo lugar en la estación de esta ciudad, entre el declarante y el licenciado don León Fernández, y cuál es el fin con que se dirigió a la estación en la hora y día del acontecimiento, contestó: que vino a esta Capital a pasar las fiestas, se hospedó en el Hotel Español, frente al Mercado, anduvo en compañía de varios jóvenes sin recordar, por ahora, más nombres que los de Emilio Piedra y Alejandro Bonilla, que se encaminó a la estación con el objeto de tomar el tren para Cartago. Leída que le fue su declaración, siempre ante su representante legal, la ratificó y firmó: manifestando que los jóvenes Piedra y Bonilla son vecinos de Cartago. (fs.) Melchor Cañas. Eduardo Esquivel. Antonio Figueroa. Arturo Sáenz. Srio".

---

OFENDIDO LEON FERNANDEZ. (Folio 5 vuelto y 6 frente).

En la ciudad de San José, a las dos de la tarde del mismo día tres de enero de mil ochocientos ochenta y siete. Constituido el infrascrito Juez en casa de doña Emilia de Guardia donde se encuentra herido don León Fernández, quien es mayor de edad, abogado, viudo y vecino de la ciudad de Alajuela e impuesto de las penas del perjurio en materia criminal, fue juramentado en forma y ofreció decir verdad en lo que supiere y fuere preguntado, manifestando que aunque ofendido en esta causa, no por eso faltará a

la verdad. Preguntado quién le causó las heridas de que adolece, cuándo, a qué horas y en qué lugar, dijo que esta mañana, próximamente a las ocho cuando se encontraba en la sala de esperas de la estación de esta ciudad, oyó una fuerte detonación, que le pareció la explosión de una máquina; que esa explosión fue producida por el arma con que se le hirió sin saber el declarante en aquellos momentos qué persona le disparaba; que últimamente ha sabido que quien lo hirió fue el joven don Antonio Figueroa, persona que el declarante no conoce. En este acto, en consideración al estado en que se encuentra el herido, se suspende esta declaración para continuarla después. Leído que le fue su declaración, ratificó su contenido y no firma por la imposibilidad en que está de hacerlo. (fs.) Melchor Cañas, Arturo Sáenz. Srio.

---

LUIS FLORES. (Folio 10).

Heredia a las tres de la tarde del día tres de enero de mil ochocientos ochenta y siete. Presente don Luis Flores Zamora, fue impuesto de las penas del perjurio en asunto criminal y juramentado en forma dijo llamarse como se ha expresado, mayor de edad, soltero, comerciante y vecino del centro de esta ciudad; que no le comprenden las generales de ley con las partes de esta causa, ni tiene interés en ella. Requerido para que manifieste lo que sepa con relación al delito de lesiones cometido en San José, el día tres del corriente, contra la persona de don León Fernández, dijo: que como diez minutos antes de las ocho de la mañana del día indicado se hallaba el declarante en San José en la Sala de esperas de la Estación del Ferrocarril; que habiendo oído la detonación de un arma de fuego, volvió a ver y observó que en ese momento caía en tierra don León Fernández y que don Antonio Figueroa estaba como

a cuatro varas de distancia del referido señor Fernández, con un revólver en la mano, y que ya caído don León, Figueroa le disparó dos tiros más y notó que dicho señor Fernández había sido herido. Leída que le fue su declaración, se ratificó en ella y firmó, manifestando que cree puedan declarar don Manuel Dobles Sáenz y otros que éste puede citar; y que sobre circunstancias agravantes y disminuyentes nada puede declarar por no saber más que lo que antes ha expresado, en lo que también se ratifica. (firmas: Félix González. Luis R. Flores. Tranquilino Ulloa. Srio.

---

ALBERTO GONZALEZ. (Folios 19 vuelto y 20 frente).

Cartago, a las tres de la tarde del día nueve de enero de mil ochocientos ochenta y siete. Presente don Alberto González impuesto de las penas del perjurio y juramentado en forma dijo llamarse como queda dicho, mayor de edad, (oficio ilegible), y avecindado en esta ciudad. Examinado para que diga lo que sepa y le conste respecto a los hechos a que se refiere el exhorto que antecede, contestó: que el lunes tres del corriente estando el declarante en la Estación del Ferrocarril en San José, poco antes de las ocho de la mañana sintió una mano que se apoyaba en su hombro en medio de la gente aglomerada que allí había y al mismo tiempo oyó que se le preguntaba: "ese que va adelante es don León Fernández", que habiendo respondido que sí al que le preguntaba, sin fijarse en quién fuese, observó que le pasó adelante el joven don Antonio Figueroa y seguidamente se oyó la detonación de un tiro de revólver que no vio de quien procediera porque a la sazón se interponía uno de los pasajeros que le estorbó la vista; que temeroso de que un hermano suyo que había pasado antes hubiese sufrido algo se ocupó solamente de indagar

por su paradero y que en el interior oyó la detonación de otros dos tiros de revólver que más tarde vio a don León Fernández herido y al joven don Antonio Figueroa que se ponía a disposición de los policías y entregó según le dijeron, su revólver, no oyendo expresión alguna proférica por el joven Figueroa al ejecutar su entrega a los policías; que no sabe haya en el hecho cómplices, auxiliares o encubridores ni circunstancias especiales y actuales atenuantes o agravantes y que habiendo gran concurrencia como sucede al tomar el tren, no se fijó en las personas que presenciaron el hecho; que sabe que el joven don Antonio Figueroa es vecino de esta ciudad y que no le conoce profesión, bienes o renta de que disfrute. Leída su declaración la ratifica expresando que no le comprenden las generales de la ley con las partes, y firma, quedando entendido del artículo 818 Cód. Pro. (firmas).

#### ACTA DEL FOLIO 21.

En la ciudad de San José, a las doce del día diez de enero del mismo año. Presente en este despacho el médico del pueblo don Nazario Toledo, mayor de edad, casado, y de este vecindario, en fe del juramento que tiene prestado, dijo: que anoche a las once de la noche fue llamado a casa de la habitación de doña Emilia de Guardia, donde se encontraba el cadáver del lic. don León Fernández, para practicar la autopsia que en efecto practiqué como a la una y media de la mañana; habiendo abierto la cavidad donde recibió la herida, se encontró que el proyectil se había ido a implantar detrás del atlas, el que fracturó en parte habiendo sacado una astilla de dicho hueso; que la otra herida situada en la parte posterior del cráneo, de que hace mención en su anterior dictamen, produjo una congestión en el cerebro y un pequeño derrame. Por todo lo cual

deduce que el Lic. don León Fernández murió a consecuencia de las heridas recibidas y que estas fueron de necesidad mortales. Agregando que esta autopsia la practicó a presencia del Juez que le interroga y testigos de asistencia don Juan Bautista Yglesias y don Gregorio Fuentes. Esto dijo y firmó (firmas).

## NOCIONES DE DERECHO PRECOLOMBINO

Por JORGE ENRIQUE GUIER  
Titular Historia del Derecho,  
Facultad de Derecho.

No es sino hasta ahora, en la plenitud del siglo XX, cuando América se ha dado cuenta de su formación antropológica. El americano, en efecto, posee una mentalidad doble: la hispánica y la genuinamente aborígen. Se ha estudiado bastante nuestro primer componente, mas el segundo se ha dejado generalmente en el olvido. Y no hay que menospreciar el elemento social netamente americano que acaso pueda contribuir a salvar los valores de la civilización occidental, hoy en crisis. A la resolución de los problemas de la actualidad puede cooperar el americano, aportando, junto con un mestizaje espiritual, síntesis de dos mundos superpuestos, la forma de vida colectiva que siempre le fue propia y que nunca perdió por haber vivido virtualmente al margen de la cultura europea (1).

Muchos indohispanos hay que sonríen burlones cuando ven a alguien admirar nuestras pasadas culturas aborígenes; creen que no ha habido más civilización que la actual y que no hay más postulados que los que ellos aprendieron. Se equivocan, porque en lo más oscuro de su alma brilla el indio, y no es raro que en muchas actuaciones de su vida procedan según el parecer del aborígen que llevan dentro. Otros piensan que nuestros aborígenes eran unos pobres e infelices salvajes que vivían bajo el influjo de la chicha, y a esos ingenuos se les pueden repetir las palabras de Francisco Gaspar de Recarte, dichas por ahí del año 1584:

(1) Ycaza, pág. 38.

"no porque los indios se emborrachen dejan de haber entre ellos muchos *elegantionis ingenii* para gobernar a los otros; porque ni todos se emborrachan, ni están siempre fuera de sentido. Y los franceses, flamencos, germanos, etc., pecan mucho de este pecado, mas no por eso dejan de ser tenidos por gentes elegantes". (2)

"Descubierta y conquistada América —como expresa Leopoldo Zea—, se ofrece a los ojos del europeo un mundo extraño, ajeno a sus puntos de vista. Ante él aparecían hombres y pueblos con otras costumbres y otra concepción del mundo y de la vida. Estas no cabían dentro de los cuadros de comprensión que le eran familiares. Al no poder comprenderlos con sus puntos de vista empezó por negar a estos pueblos y estos hombres la calidad de humanos. La medida para esta calificación lo fueron los propios puntos de vista teñidos por su manera de concebir el mundo y la vida que eran distintos a los del mundo indígena... Una gran masa de hombres, toda una cultura, es rebajada y negada como humanidad".

La discusión que se levantó en Europa al ponerse en tela de juicio hasta la humanidad de aquellos pueblos, es la culpable de que hoy desconozcamos la mayor parte de las leyes y costumbres aborígenes. Mientras se discutía en universidades y claustros ese increíble postulado, los conquistadores no procuraron enterarse de la vida aborígen. No fue sino hasta que se irguió la figura prodigiosa, gloria de España, de Fray Bartolomé de las Casas, cuando los sacerdotes se entregaron al loable estudio de los indígenas, y los Reyes Católicos y los demás que les siguieron gustaron de leer la vida y costumbres de los indios. No faltaron empero conquistadores, como Ganzalo Fernández de Oviedo, que sostuvieron que matar con la pólvora a los "infeles" era "incienso para el Señor" (3). Pero

(2) Hanke, pág. 74.

(3) Hanke, pág. 189.

ante semejante y descabellada proposición se levantó la figura egregia del Padre Las Casas, defendiéndolos con denuedo y diciendo que eran hombres juiciosos "y más hábiles, discretos, ingeniosos, y de mejores entendimientos por la mayor parte que otras muchas naciones" (4). Y no paró allí, sino que exclamó que el historiador Fernández de Oviedo decía tantas mentiras como páginas tenía la Historia que había compuesto para solaz de los reyes españoles (5).

Muchos se dedicaron a destruir sistemáticamente los libros de los pueblos descubiertos. ¡Qué de historia y parte de nuestra antigua civilización quedaron convertidas en humo! Poquísimas y contadas con los dedos son las obras autóctonas que se salvaron, y de ellas numerosas partes permanecen en el silencio recogido de los jeroglíficos que todavía no han podido ser descifrados. Lo mismo sucede con los monumentos que ostentan paredes completas llenas de misteriosos y huidizos signos. Para orgullo nuestro, se conservan varios documentos aborígenes netamente centroamericanos que han podido ser traducidos y descifrados. Y así, en el famoso "Memorial de Sololá" vive la relación indígena de la conquista de Guatemala (6), y en el soberbio "Popol Vuh" sentimos palpar, a través de páginas hermosísimas, el desarrollo y la grandeza de los quichés.

\*  
\* \*

Las zonas con alto grado de cultura se hallaban en tres áreas de la altiplanicie americana, perfectamente limitadas: México, la parte septentrional de la zona ístmica y el Perú. Algunos incluyen también como zona de cultura

(4) Hanke, pág. 333.

(5) Hanke, pág. 336.

(6) Memorial de Sololá, pág. 26.

superior la chibcha que se extendía en el territorio que actualmente forma la República de Colombia.

Algunos españoles tuvieron cuidado de dejar señaladas las diferencias que ellos alcanzaron a ver entre los diversos grupos sociales; pero otros tomaron como medida uniforme al primer grupo indígena que encontraron en sus travesías y se refieren a una barbarie general que sólo existió en las rudas tribus que vivían en las selvas de la bajura, de modo que los primeros diferenciaron claramente la cultura maya de las costumbres feroces de los caribes.

En América se levantaron ciudades lacustres pétreas tal como Tenochtitlán de los aztecas, y se construyeron carreteras espléndidas como las que partían del centro del Cuzco a las cuatro regiones que formaban el soberbio Tahuantinsuyo de los incas. El comercio extendió sus lazos abarcando zonas de influencia de considerable cantidad de leguas; las religiones lograron esculpir ídolos y erguir para su culto pirámides y monumentos que aún hoy se alzan como mudos testigos de los pasados siglos, y un ordenamiento jurídico rigió las relaciones sociales de esos pueblos. Tales fueron las muestras de civilización y cultura prehispánicas, que multitud de Reales Cédulas ordenaron a los conquistadores guardarles a los nativos "sus estados, leyes, costumbres y libertades que no sean contra nuestra fe", según el Padre Las Casas (7).

Hay una similitud extraordinaria entre la organización azteca y la romana primitiva. En ambas tuvieron preponderancia dos clases: la nobleza y el clero, y una nueva fue adquiriendo día con día altura y fuerza: los comerciantes. En México los comerciantes ejercían ya actos de comercio dentro de todo el ámbito del inmenso Anáhuac que llegaba hasta las vecindades de Guatemala. Y la

(7) Hanke, nota 64, pág. 509.

altiva Tenochtitlán, ciudad de admirable construcción pétrea, representaba claramente en piedra a las tres clases: el gran templo, el suntuoso palacio de Moctezuma y el enorme mercado de Tenochtitlán.

Francisco Pizarro encontró organizado en el Perú un imperio que el ilustre investigador norteamericano Lewis Hanke llamó "prodigiosa República comunista" (8), y el cual mantenía sometido bajo su égida a doce millones de habitantes, dentro de una forma teocrática-monárquica que en su constitución de tipo cooperativo, reconocía las clases nobiliarias. Los incas o jefes supremos de esta organización, eran temidos y obedecidos en forma absoluta por todos sus súbditos, quienes los reputaban como gente "muy capaz y de mucho gobierno", según decía el conquistador Lejesma (9). Al propio Lejesma le sorprendió no tropezar en aquellas tierras con holgazanes, hombres viciosos, adúlteras ni prostitutas.

En la civilización incaica no había moneda, mercados ni esclavos. Era una organización puramente socialista. Pero valga la aclaración: no era la que los sociólogos advierten en las sociedades que rastrean en el fondo de las más primitivas organizaciones sociales, sino un socialismo perfeccionado y adaptado a un gran país. La ciudad del Cuzco no ostentaba el gran mercado de la augusta Tenochtitlán; en ella se destacaban inmensos almacenes de depósito donde se guardaban previsoramente granos y mantas. Fue un imperio netamente agrario, preparado exclusivamente para la lucha contra la agreste naturaleza de aquellos parajes. El flagelo de la guerra fue entre los incas un fenómeno pasajero, y a las naciones que formaron el Tahuantinsuyo no se les sojuzgó por las armas, se les persuadió por la palabra. Los caminos incaicos, superiores a los que habría en España cien años después, no fueron

(8) Hanke, pág. 413.

(9) Hanke, pág. 425.

vías de expansión comercial como los aztecas sino caminos de colonización.

Como no existía comercio, ni libre cambio de ideas, ni estímulo para el obrero, porque todos, absolutamente todos, trabajaban según un plan preconcebido, y el trabajo a la postre era gratuito, todo ello sumado a la vida frugal que llevaban los primitivos peruanos, les acostumbró a contentarse con lo poco que poseían y a no ansiar más. El peruano corriente se limitaba a trabajar la pequeña parcela —tupu— que le estaba destinada y que crecía según las necesidades de la familia, de suerte que esa adaptación tan drástica al medio le hizo sordo e insensible a la naturaleza y a los llamados individualistas del alma.

Suministrados algunos datos someros acerca de las dos más poderosas civilizaciones americanas, cabe señalar algunas diferencias palpables entre ellas. México era un imperio fundado exclusivamente en la fuerza de las armas y en el comercio; Perú era un imperio que tenía por fondo de vida social la educación que se impartía desde el Cuzco y la poderosa organización agraria que sustentaba a sus componentes en medio de las desoladas rocas de los Andes (10). Mientras la religión mexicana tenía su soporte moral en la serie inmensa de sacrificios sangrientos que se ofrecían diariamente al sediento Huitzilopochtli o Dios de la Guerra, en el Perú, los soldados del Arco Iris, cuando llegaban a una ciudad prohibían tal clase de sacrificios. La religión inca se basaba en el amor al Sol, creador de los hombres y padre amoroso de la agricultura. Hay, sin embargo, un punto común entre ambas civilizaciones: en las dos se formó una poderosísima clase sacerdotal que a través de la gran influencia que ejercía en el ánimo de los emperadores, incaicos o aztecas, guiaba la política del país.

Bajo el influjo remoto de la extinguida civilización maya y en torno de las civilizaciones azteca, chibcha e inca, se

(10) Arciniegas, págs. 71 y 73.

hallaba la civilización quiché que era una de las más avanzadas que tenían asiento en el Istmo a la llegada de los conquistadores, y la cual ocupaba casi todo el territorio istmeño como final resultado de una serie de combinaciones raciales que a partir de la maya le dio origen.

La cultura quiché se caracterizaba por la gran cantidad de libros que poseía. La mayoría de los libros aborígenes que han llegado hasta nuestros días proceden de aquella cultura. El padre Francisco Ximénez sostenía que era tan avanzada su lengua, que por su armonía, buen gusto en la expresión y propiedad en la descripción de las cosas, se atrevió a decir que "esta lengua es la principal que hubo en el mundo" (11) y se quejaba dolido el culto fraile de que los indios a la venida de los españoles hubieran escondido sus libros, de manera que por el hermetismo de los aborígenes no le fue posible descifrar del todo los pocos que halló.

El principal de los libros llegados hasta nosotros es el "Popol Vuh" o "Libro del Consejo"; comprende una explicación clara y llena de encanto de las tradiciones indígenas, de sus creencias, ritos, costumbres y leyes y de las emigraciones que sufrieron los quichés con motivo de la caída del Viejo Imperio Maya. Bernal Díaz del Castillo también habla de esos libros, pero desgraciadamente no se interesó por averiguar de qué trataban, sino que se limitó a hacer una descripción de la forma de ellos (12).

\*  
\* \*

Al producirse el Descubrimiento se encontraba el continente americano dividido en multitud de conglomerados

(11) Popol Vuh, pág. 40.

(12) Díaz del Castillo, t. IV, pág. 194.

políticos, algunos independientes y otros sumidos bajo una tutela absoluta. A semejanza del ámbito político, igual fenómeno se producía en el campo social.

Los aztecas se hallaban divididos en dos amplias clases, los macehuales o clase desheredada y los nobles o señores, clase de enormes prerrogativas sociales. Esta última clase se encontraba a su vez subdividida en tres grupos principales: guerreros, sacerdotes y comerciantes o pochteca; la clase de los macehuales no presentaba claras subdivisiones. Estos indios macehuales podían ser vendidos y hasta matados sin el más mínimo derecho de protesta (13). Las clases primordiales de la organización social azteca eran la de los guerreros y la de los sacerdotes, cuyos miembros principales eran parientes del Emperador, gozaban del privilegio especialísimo de poder sentarse detrás de éste mientras comían y podían ayudarlo con sus consejos.

La división clasista de los incas no era tan complicada como la azteca. En la cúspide estaba el Inca y luego empezaban a descender los individuos hasta el último pelidano, o sea, el de los desplazados, llamados mitimaes. Recibieron este nombre grandes masas de gentes vencidas en la guerra y trasladadas a lugares del imperio que tuvieran más o menos la misma conformación geográfica, donde se les distribuían tierras para su laboreo y se les determinaba los sitios en que debían construir sus hogares (14).

La división social en Castilla del Oro, hoy parte de la República de Panamá, se apoyaba en privilegios de sangre. Se obtenía la distinción por medio de esfuerzos en pro de la colectividad o en los campos de batalla; la confería el cacique o queri, y era susceptible de traspaso por herencia. En la cumbre estaba el cacique o queri, y como segundos,

(13) Díaz del Castillo, t. II, pág. 285.

(14) Cieza de León, págs. 276 y 277.

en el escalafón social, los llamados sacos, quienes tenían bajo su dominio a los llamados cabras, los cuales eran propietarios de tierras y lugares y se asemejaban a los hijos de algún español, y por último a la gente común, la cual podía subir al estrado superior, distinguiéndose en la guerra o en servicios colectivos. Los caciques, sacos y cabras, podían lucir nombre propio e imponérselo a las parcelas o lugares donde vivían y tenían jurisdicción. Con la imposición del título de cabra a un hombre común, el cacique simultáneamente lo proveía de tierras (15).

\*  
\* \*

El matrimonio en el derecho preuropeo del continente, para sólo referirme a la institución primordial del régimen familiar, 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 fijándose un plazo para su terminación (16).

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 la mujer casada de acuerdo con la ley se consideraba esposa legítima.

Eran obligaciones del marido, en la legislación quiché, vestir y alimentar a sus mujeres e hijos, así como defender

(15) Fernández de Oviedo, Sumario . . . , pág. 117.

(16) García, pág. 54.

los y ampararlos, y a ellas correspondía la obligación de preparar los alimentos y vestidos y asear y cuidar las habitaciones (17). 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, sirviéndole 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 a 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. Pánico causó a los conquistadores tropezar con conglomerados humanos que vivían en la más desenfrenada promiscuidad sexual. En igual estado del desenvolvimiento humano se hallaban los indios araucanos (18).

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 sí 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 red llena de cacao o 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. En Talamanca no había indicios, según

(17) Fuentes y Guzmán, T. III, pág. 375.

(18) Arciniegas, pág. 16.

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 el panorama político de la América precolombina hay configuraciones gubernamentales de toda naturaleza: desde la monárquica de origen divino, absoluta, cuyo señor es dueño de haciendas y vidas de sus súbditos, pasando por la monarquía federal, hasta las típicas repúblicas unitarias, cuyo jefe era electo popularmente. Hernán Cortés quedó gratamente impresionado por la forma en que se gobernaban republicánamente los estados de Tlaxcala y Cholula, a semejanza de las ciudades de Venecia, Génova y Pisa (19).

Los aztecas nunca alcanzaron la organización unitaria de los incas. Formaron parte, junto con otros dos estados, de una fuerte confederación, democrática y guerrera, en que el Tlacatecuhtín era el jefe militar de Tenochtitlán. Este jefe supremo era en rigor un simple funcionario público que colaboraba con el tren burocrático en la administración interior. Pero esta organización no era solamente militar, porque se encontraba a su vez subyugada por el elemento sacerdotal: el emperador o Tlacatecuhtín (Jefe de los Hombres Valientes) era al mismo tiempo sacerdote, y él, como todos los demás altos jefes del Estado, eran educados en la escuela de sacerdotes, el "Calvecac", y en la cual se les enseñaba a recitar las oraciones que, al recibir el poder, servían para invocar a Tezcatlipoca, o Dios Supremo, para agradecerle la investidura divina del cargo y para pedirle la protección divina. En suma, el emperador no era en verdad un monarca unitario, sino el mero jefe político-

(19) Colección Documentos Inéditos Ultramar, t. II, pág. 65.

religioso de una confederación. Sus atribuciones eran omnipotentes sobre las haciendas de sus súbditos, y podía, como decía Sahagún, "matar a quien quisiere, porque ya es superior" (20). Pero esta omnipotencia estaba controlada por los sacerdotes; cuando el emperador se arrogaba funciones que no le correspondían gozaban ellos de libertad para organizar ceremonias públicas, a fin de pedir a Tezcatlipoca que sustituyera al Tlacatecuhtín por alguien que supiera cumplir las normas de la confederación.

La confederación de los estados mexicanos estaba constituida por Tenochtitlán, Tlacopan o Tacuba y Texcoco. Estos tres estados confederados, mantenían incólume su soberanía interna. Sólo se consideraban confederados para la guerra, y en tal caso debían doblegarse a la voluntad del señor de Tenochtitlán. El botín obtenido en guerra, lo mismo que los territorios conquistados, se repartían entre los estados confederados. Algunas de las tribus quichés y cakchiqueles que poblaron lo que hoy es Guatemala, se confederaron para la defensa exterior o interior, y tomaron como modelo la organización estatal mexicana. (21)

Cuando los pueblos mexicanos no habían podido aun constituirse bajo un único señorío y consideraban imposible subyugar a los totonacas y zapotecas, y los quichés permanecían organizados en veinte cacicatos, y los chibchas no tenían todavía una autoridad única en su limitadísimo territorio, los Incas habían logrado hacerse obedecer ya en una extensión de cerca de 31 grados de latitud: el imperio más vasto que recuerda la historia de América. Su política fue netamente agraria, fundada en vestigios de ascendencias totémicas, claramente representadas en los diferentes ayllus. No obstante el absolutismo con que gobernaban los incas, propio de una teocracia, el gobierno del Estado era una institución federada. Los pueblos incas en la tierra reali-

(20) Sahagún, Ritos . . . , págs. 26 y 27

(21) Colección Documentos Inéditos Ultramar, t II, pág. 9.

zaban una especie de ciclo solar, las ciudades tenían órbita propia, pero todas giraban alrededor del Cuzco que representaba el Sol.

La base de esta organización portentosa era el núcleo gentilicio llamado ayllu, es decir, una aldea o conglomeración de parientes que tenía un jefe llamado ayllucamayoc. Varios ayllus a su vez se constituían en otro ayllu que era gobernado por un jefe de jefes, llamado llactacamáyoc; y así sucesivamente se iban centralizando, mediante un proceso de federación los ayllus hasta formar la cúspide que ocupaba el Inca, descendiente directo del Sol. (22)

Los quichés ejercieron una gran influencia en casi todas las tribus del Istmo, por la forma monárquica regular en que estaba organizado su gobierno, confiado a tres familias nobles de la clase sacerdotal, entre las cuales se transmitía por herencia, pero no de padres a hijos; el hermano mayor del difunto monarca, con experiencia en el gobierno por los cargos que había ya servido, sucedía al cacique extinto (23). Notablemente influenciados a su vez los quichés por la civilización tolteca, aquellas familias eran de extracción tolteca, y recibían el nombre de yaquis o sacrificadores. Las poblaciones quichés formaban una confederación de ciudades-estados, y a una de ellas le correspondía la cabecera de la confederación. En esta ciudad habitaba el rey Nacxit, monarca divinizado que mantenía en confraternidad bajo su poder a todas las ciudades quichés confederadas, mediante el ejercicio de la atribución fundamental que le correspondía de consagrar a los reyes o jefes de las ciudades-estados quichés.

En Hocaba el señor gobernaba y regía a su gente ayudado por caciques o capitanes del reino, los cuales tenían atribuciones de gobierno, como emanación de la voluntad

(22) Mora, pág. 228.

(23) Gámez, pág. 11.

del señor. Estos caciques eran los únicos que tenían derecho de hablar al señor sobre los asuntos concernientes al gobierno de su propia parcialidad. Las poblaciones de Tishotzuc y Chiquincenate, se regían separadamente. De sus funcionarios públicos se conocen los caciques o alguaciles mayores y mayordomos escribas que consignaban en libros, la historia del país (24). Los pueblos de Cucupo eran gobernados por tres jefes de igual categoría. Acostumbraban en Teuticaccac nombrar a su jefe por elección libre, escogido entre los más acaudalados comerciantes que poseyeran mayor cantidad de tierras cultivadas de algodón, que era el sostén económico de estas tribus (25).

En el Istmo, por regla general, las monarquías no eran absolutas. Consejos de ancianos o personas notables guiaban la labor del rey, quien para el gobierno de sus territorios, divididos en parcialidades, nombraba caciques que se hacían a su vez aconsejar por ancianos o notables de su parcialidad. En los tipos de gobierno democrático, generalmente no se elegía como gobernante a una sola persona, sino que se nombraba un consejo de ancianos respetables, quienes eran los encargados del poder civil. Este consejo elegía un capitán para la guerra, quien en tiempo de paz no era más que un simple jefe militar (26). Se trataba de una organización sabia en que las resoluciones de la guerra, rápidas y urgentes, no tropezaban con los inconvenientes propios de los cuerpos deliberantes: continuas reuniones, votos disidentes y divulgación de secretos militares.

En Nicaragua el gobierno corrientemente lo ejercían consejos de ancianos. En algunos sitios ejercía el poder ejecutivo un cacique elegido libremente por el poder legislativo o monexico, y los actos de aquél requerían la aprobación de éste. En las tribus más atrasadas de Nicaragua muchas

(24) Colección Documentos Inéditos Ultramar, t. XIII, pág. 104.

(25) Soto Hall, pág. 39.

(26) Gámez, pág. 50.

veces el poder estatal estuvo en manos de un sólo indio que imponía por su inteligencia o astucia y a quien se obedecía mientras lograba tener sometidos a sus súbditos. Pero esta rudimentaria forma de ejercer el poder fue rara, dado que en el Istmo en general privó el sistema de gobierno, más o menos puro, heredado del sabio derecho maya, a través de los quichés.

En Costa Rica existían cacicatos independientes en el Norte del país, pero al Sur los talamancas y las tribus circunvecinas tenían una organización peculiar (27). Los chorotegas o mangues estaban organizados en señoríos independientes entre sí, pero feudatarios de un cacique quien tenía bajo poder a todas las tribus chorotegas y residía en el cacicato de Nicoya. El cacique se reputaba de origen divino y representaba una monarquía que fluctuaba entre unitaria y federal. Sin embargo, para tomar ciertas decisiones graves debía llamar a Consejo a los caciques feudatarios suyos (28).

El gobierno de los talamancas estaba constituido por cacicatos independientes, que se reunían en parcialidades de siete grupos, los cuales elegían un cacique superior que se encargaba de unificar las tendencias de las ciudades estados confederadas. El cacique principal no podía por sí tomar resoluciones que afectaran al conjunto de ciudades confederadas, sin convocar a los otros siete caciques.

En el Ducado de Veragua, en el valle de Guaymí, existían las ciudades-estados confederadas en grupos de siete. Este número cabalístico, parece ser de gran trascendencia en el grupo social, probablemente por influencia sacerdotal. En Panamá algunos grupos indígenas se gobernaban en forma monárquica y conocían la institución de la regencia del trono. En el Darién la institución de la monarquía era hereditaria

(27) Salvatierra, pág. 48.

(28) Salvatierra, pág. 48.

en el hijo mayor de la mujer principal, y a falta de heredero en el hijo de la hermana mayor del rey (29).

Las civilizaciones azteca e inca se encontraban en oposición absoluta de conceptos: frente a la organización esclavista y mercantil de los aztecas se levantaba el socialismo agrario de los incas. Entre ambos, como un enlace de doctrinas políticas disímiles, se desarrollaba la cultura chibcha. Eran los chibchas gentes honradas —ni siquiera usaban puertas en sus casas— y mansas que vivían dentro de una organización republicana, teocrática y pacífica, en un semi-socialismo agrario, imitación indudable del inca, pero que en el aspecto comercial se asemejaba más al azteca, sin clases sociales. El comercio era apenas un sustituto de la agricultura. Del Tundama, quien residía en el Sogamusco, Sogamuxi o Templo del Sol, dependían por lo menos once caciques que le rendían pleitesía (30).

\*  
\* \*

El castigo de la delincuencia había alcanzado ya en América un sentido de defensa colectivo. Por ello los hechos que más afectaban la seguridad, la integridad y el progreso del conglomerado social eran los castigados con mayor dureza. El derecho penal propendía a la punición del acto, el cual más que dañar al individuo perjudicaba al grupo social.

Se consideraban en casi todo el continente infracciones capitales, el homicidio, el hurto, el adulterio y cualquier desacato contra la autoridad o la religión. La falta de honorabilidad de los miembros del gobierno era reprimida generalmente con pena de muerte, para escarmiento de la colectividad y de los otros funcionarios. Los

(29) Cieza de León, pág. 190.

(30) Arciniegas, pág. 142.

aztecas en la enumeración de delitos, como primordiales colocaban los dirigidos contra la patria y la organización de los calpullis y los que fueran capaces de falsear en cualquier forma la organización comunal indígena. Las demás infracciones en general se perdonaban en la América con facilidad o eran objeto de una composición más o menos aceptable por el delincuente. Por su parte, los quichés sancionaron también severamente los delitos contra la organización social, el robo y el asesinato, y hasta la mentira y la calumnia, así como los delitos religiosos y a los sacerdotes que daban malos ejemplos (31).

En Yzquitepeque los delitos tenían su respectiva pena determinada de antemano. Como decía un estupefacto conquistador, estos indios "que ahora en su apagamiento nos parecen tan incapaces", en cuanto a delitos no se separaban de la razón en su juzgamiento (32).

Los chibchas en el forzamiento de mujeres, lo que demuestra que entre ellos se hacían ya sutiles distingos jurídicos, tomaban en cuenta si el violador era soltero o casado para la adecuación de la pena. Como eran de suyo pacíficos y tranquilos, asombrados dijeron los españoles que "entre ellos no hay ladrón ni qué hurtar, y viven en una santa ley, sencilla y como era la de la naturaleza" (33). Las Leyes de Nemequene, que rigieron a los chibchas y mantuvieron muy alta su moral, reputaban delitos de alta trascendencia, la mentira, la cobardía, el hurto, el incesto y el adulterio; la reincidencia en esos delitos frecuentemente acarrearba la muerte. Vivieron estas tribus en forma tan ordenada y apegadas a sus tradiciones, que los conquistadores no tuvieron menos que reconocer, como lo hizo Fray Pedro Simón, que habían "aprendido de los españoles a mentir y a hurtar" (34).

\* \*  
\*

(31) Salvatierra, pág. 36.

(32) Fuentes y Guzmán, t. II, pág. 92.

(33) Arciniegas, pág. 41.

(34) Arciniegas, pág. 145.

Las sociedades estratificadas indígenas virtualmente se regían por el sistema del estatuto, según el cual los individuos y las clases sociales se encontraban unidas entre sí, no por contratos temporarios, sino por un orden preestablecido donde cada hombre conocía el límite de sus actividades y sus deberes; de ahí que el contrato no tuviera en la América precolombina la importancia que tiene hoy día.

En casi todo el continente existía una sociedad basada en una agricultura sistematizada por la que cada individuo poseía la tierra indispensable para satisfacer sus necesidades. Esa sociedad dividida en clases, sin embargo, estaba unida por indisolubles lazos que garantizaban los medios de vida de todos los individuos, sin que éstos pudieran por su voluntad, es decir por la contratación, alterar sensiblemente el estatuto dentro del cual se desenvolvían, esto es, la posición dentro de la cual vivían y morían, sujetos a términos preestablecidos. Pero ello no quiere decir que el contrato se desconociera en forma absoluta entre aquellas naciones, pues es obvio que el contrato tenía vida, aunque incipiente, e intervenía en multitud de detalles de la vida cotidiana de aquellos pueblos, sobre todo en la forma de compra-venta y trueque de productos agrícolas y objetos de fabricación casera.

\* \*  
\* \*

Si tuvieramos un poco siquiera de conciencia de nuestra propia historia, nos enorgulleceríamos de la civilización maya, de la azteca y de la inca, como los griegos de la suya, los norteamericanos de su pragmatismo y el europeo en general de su cultura inconmensurable.

Poseía la América prehispánica Estados prontos a sostener al sabio, al estudiante, al enfermo, a la viuda y al desvalido; había una organización pronta a favorecer al que se privaba de sus derechos, y un sistema comunal de trabajo

sin cargas odiosas para unos ni prerrogativas insolentes para otros. No es cierto que nuestras pasadas civilizaciones a la época de la Conquista vivieran una fase cavernícola. Cuando se logra cubrir los utensilios de uso diario con tanta belleza, decorar los monumentos con tanta hermosura, al extremo que sus ruinas imponentes sobrecogen hoy el espíritu de cuantos las admiran, y vestir con tan vistosos y delicados trajes, es señal elocuente de que la América precolombina transitaba orgullosa por los cauces de una avanzada civilización. Cuando se sentía culto por los muertos y se les alhajaba con preciosas gemas, como al famoso Señor de Palenque, se ha sabido vencer a la vida y se "inicia el triunfo sobre la muerte" (35).

No debemos renegar, pues, del indio que llevamos perdido en el alma. Como dice Arciniegas, la "llama americana de la meseta andina seguirá mirándonos con impertinente dulzura que acabará por convencernos" (36). No podemos, en fin, despreciar un pasado histórico de tanta riqueza que empleaba, como entre los incas, su sabio y tierno saludo matinal como lema simbólico en los documentos históricos, oficiales y jurídicos: "*Ama sua, ama llulla, ama quella*, no robes, no mientas, no seas haragán.

(35) Sánchez, págs. 20 y 21.

(36) Arciniegas, pág. 73.

ARCINIEGAS, GERMAN.

"América Tierra Firme". Biblioteca Contemporánea. Editorial Losada S. A. Buenos Aires, Argentina. 1944.

CIEZA DE LEON, PEDRO DE.

"Crónicas de la Conquista del Perú". Editorial Nueva España, S. A. México, no datado.

"COLECCION DE DOCUMENTOS INEDITOS DE ULTRAMAR".

Estudio Tipográfico "Sucesores de Rivadeneyra". Impresores de la Casa Real. Paseo de San Vicente, 20. Madrid, 1885.

DIAZ DEL CASTILLO, BERNAL.

"La Conquista de Nueva España". Librería de la Vda. de Ch. Bouret. Imprimerie de Laguy-Emmanuel Grevin et fils 23, Rue Viconti. París, 1936.

FERNANDEZ DE OVIEDO Y VALDES, GONZALO.

"Sumario de la Natural Historia de las Indias". Biblioteca Americana. Fondo de Cultura Económica. Pánuco 63. México D.F., 1950.

FUENTES Y GUZMAN, FRANCISCO ANTONIO DE.

"Recordación Florida. Discurso Historial y Demostración Natural, Material, Militar y Política del Reyno de Guatemala". Guatemala, Centro América, 1932.

GAMEZ, JOSE D.

"Historia de Nicaragua". Primera Edición. Tipografía "El País". Calle de Zevala, N° 60. Managua, Nicaragua, 1889.

GARCIA, TRINIDAD.

"Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho". Tercera Edición. Librería Porrúa Hnos, y Cía. Esp. Argentina y Justo Sierra. México, D.F., 1944.

HANKE, LEWIS.

"La Lucha por la Justicia en la Conquista de América". Biblioteca del Congreso. Washington. Traducción de Ramón Iglesia. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1949.

"MEMORIAL DE SOLOLA".

Edición de Adrián Recinos. Biblioteca Americana. Fondo de Cultura Económica. México. 1950.

MORA, ALFONSO MARIA.

"La Conquista Española juzgada jurídica y sociológicamente. Fuentes históricas de legislación social indígena". Editorial Americale. Buenos Aires, Argentina. 1944.

"POPOL VUH. LAS ANTIGUAS HISTORIAS DEL QUICHE".

Edición de Adrián Recinos. Biblioteca Americana. Fondo de Cultura Económica. México 1947.

SALVATIERRA, SOFONIAS.

"Compendio de Historia de Centro América". Segunda Edición. Tipografía Progreso. Managua, Nicaragua. 1946.

SAHAGUN, FRAY BERNARDINO DE.

"Ritos y Costumbres Aztecas". Colección Cisneros. Ediciones Atlas. Madrid, 1944.

SANCHEZ, LUIS ALBERTO.

"Historia General de América". Ediciones Ercilla. Santiago de Chile, 1949.

SOTO HALL, MAXIMO.

"De México a Honduras. Viaje de Cortés". Tipografía Nacional. San José, Costa Rica, 1900.

YCAZA TIGERINO, JULIO.

"Sociología de la Política Hispanoamericana". Cuadernos de Monografía, N° 12. Sumario de Problemas Hispanoamericanos. Marques del Riscal, 3. Madrid, 1950.

## INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO AGRARIO DE COSTA RICA

Lic. JOSE MANUEL CAMACHO F.

*"El mundo contemporáneo está surcado por la psicosis de reforma agraria. No es una obsesión arbitraria, sino, tan solo, la expresión de un despertar largamente esperado. En el sueño de centenares de años se estaba tejiendo una esperanza". (\*)*

En esta Introducción Al Estudio del Derecho Agrario de Costa Rica, condensamos las ideas principales sobre esta materia. Tenemos que confesar sus desarmonías, defectos, lagunas, tal vez inexactitudes. Es sin embargo un intento, quizás el primero, de fijar las desperdigadas características de las figuras e instituciones jurídicas que tienen que ver con la tenencia de la tierra. Pero hemos también ido más allá de ese Derecho en un esfuerzo por comprender el problema agrario en toda su magnitud, pues es el único medio de armarse con instrumentos idóneos para revisarlo, es decir, para recorrer de nuevo su ruta sin embarazo.

A fuerza de escrutar obtendremos los conocimientos necesarios para contribuir, en parte siquiera, a aminorar el dolor del crecimiento de las nuevas normas jurídicas dictadas en nuestro país, y del parto de las que necesariamente deben

(\*) Tierra, 10 Ensayos Sobre Reforma Agraria En Colombia. Introducción. Ediciones Tercer Mundo, fo. 7, primera edición, 1961.

cobrar vigencia, para ofrecer, a los trabajadores del campo, en vez de temor, esperanza; amor a cambio de la subordinación; paz, libertad y felicidad. Las líneas que siguen constituyen brotes y hojas, mas no las flores y frutos, de esta rama de la ciencia jurídica.

## I

### PRE-COLONIA

Veintisiete mil habitantes indígenas distribuidos así: robicés y votos, novecientos; borucas o bruncas, mil; chorotegas, trece mil doscientos; náhoas o aztecas, cuatrocientos; caribes, once mil setecientos; tres mil quinientos güetares y ocho mil doscientos viceítas; poblaron, según el obispo Thie! (1), la tierra conocida como Costa Rica (2). Antes se le llamaba provincia de Veragua, o por otro nombre, Nueva Cartago.

Poco conocemos de esos aborígenes. Como autóctona y pura, sólo encontramos la raza güetar. Los chorotegas eran advenedizos, de origen otomi-tlapaneca, según algunos historiadores; para otros, eran descendientes de los aymará. Los bruncas y talamanca muestran vincula-

(1) Ricardo Fernández Guardia. Historia de Costa Rica. El Descubrimiento y la Conquista. Fo. 17, Nueva Edición Refundida, 1924, Imprenta Lehmann, Costa Rica.

(2) León Fernández. Uno de los primeros actos de Diego Gutiérrez, luego que hubo desembarcado a orillas del Suerre, fue hacer pregonar que, bajo pena de cien azotes, nadie llamase aquella tierra Veragua sino Cartago y Costa Rica (Oviedo, lib. 30, cap. 2º). Tal es el pobre, oscuro y un tanto violento origen de la palabra Costa Rica... El nombre de Costa Rica desapareció juntamente con la colonia de Diego Gutiérrez, y poco después, sin respeto y sin temor a los cien azotes ofrecidos gratis por Gutiérrez, el territorio de lo que es hoy república de Costa Rica continuó llamándose Veragua, como antes. NOTA: el desembarco de Gutiérrez en el río Suerre fue en 1545. Colección de Documentos para la Historia de Costa Rica, Tomo I, Imprenta Nacional, 1881, fo. 156.

ciones con los chibchas, arawaks y caribes (3). No puede asegurarse, pero es posible, pertenecieran, los citados indí-

(3) Jorge A. Lines. La raza hueta, que es la única entre las de nuestros aborígenes que puede considerarse, en el sentido prístino de la palabra, como verdaderamente autóctona y pura en Costa Rica. Como tribus colaterales a los huetares, figuran de primero los chorotegas y los bruncas. De los chorotegas se sabe que eran hordas advenedizas, su propio nombre nos lo indica: "los expatriados". En un tiempo no muy anterior al descubrimiento, habían ellos invadido y conquistado la península de Nicoya y aun una parte de la costa al este del golfo. También habían habitado partes aisladas en Centro América y México. Según la opinión de algunos historiadores eran éstos de origen otomí-tlapaneca, pero según otros, se les considera como descendientes directos de las tribus aymará. Los bruncas y talamanca, si bien se cree que forman un solo grupo de filiación étnica con las razas huetares, muestran sin embargo, ciertas vinculaciones, ya artísticas, ya lingüísticas, con las tribus chibchas, arawaks y caribes, como consecuencias inevitables del contacto íntimo con esas olas de migración de aquellos pueblos del norte de Sur América. Por otra parte, podríamos asegurar que huetares, bruncas y talamanca en general, y aparte de esas influencias, no pertenecían sino a una sola raza, si hemos de tomar como base de identificación, la estrecha semejanza en los trabajos de piedra y la homogeneidad en las formas y decoraciones de sus vajillas, todos los cuales en realidad dependen de una sola escuela cultural. La evidencia arqueológica manifiesta de un modo positivo, en estas artes menores, la extensión geográfica de aquellas tribus. Los Altares de Coyopán, Revista de los Archivos Nacionales, Año IV, Nos. 5 y 6, folio 259.

(4) Pedro Henríquez Ureña. Desde el punto de vista social y político se ha descrito la confederación mexicana como democracia teocrática y militar. En los comienzos, el suelo había sido propiedad común; todos trabajaban, en la agricultura o en oficios, para el sostenimiento de sí mismos y de la comunidad, y prestaban servicio en la guerra. A cada padre de familia se le asignaba, de por vida, una parcela, que volvía a la comunidad cuando él moría o cuando dejaba de labrarla durante dos años. El abandono de las tierras, la negativa de casarse y muchos delitos se castigaban con una especie de esclavitud, que obligaba a trabajar para otros... En los últimos tiempos del imperio, este sistema se iba transformando y empezaba a constituirse una aristocracia con propiedad privada... Los aztecas, pueblo guerrero que en siglo XIII, si no antes, se estableció en el valle de Anáhuac, donde ahora se asienta la ciudad de México, había logrado, después de largas luchas, convertirse en la principal entidad política de la zona. A principios del siglo XVI existía en el valle de Anáhuac una confederación constituida por los aztecas de Tenochtitlán (la actual México, ciudad lacustre, con calles bordeadas por canales navegables y unidas por puentes de madera, que se dice fundada en 1325), los acolhuas de Tezcoco y los tecpanecas de Tlacopan, cuyo nombre hispanizado es Tacuba... La confederación dominó gran parte del territorio que actualmente ocupa la República Mexicana y penetró hasta la América Central. Los pueblos dominados no constituían provincias; eran simples tributarios. Historia de la Cultura en la América Hispánica, fos. 16, 17 y 18, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, Colección Popular, 1959.

genas, como tributarios, a la Confederación India del Valle de Anahuac (4).

El sentimiento de la propiedad de la tierra tenía, entre ellos, pocas y cortas raíces (5). Sin embargo, era incuestionable, como afirma Ots, la absoluta capacidad de los indios para poseerla y beneficiarse con su cultivo (6). Pertenecía a la comunidad. Cada familia podía establecerse en cualquier lugar. Nunca adquirirían el derecho de propiedad, sino tan sólo el usufructo (7).

Los chorotegas o mangues "escribían por medio de jeroglíficos en libros de pergamino de cuero de venado, con tinta roja y negra, y en ellos trazaban también planos de sus heredades y mapas" (8). Igual costumbre la encontra-

(5) Ricardo Fernández Guardia. El sentimiento de la propiedad tenía en ellos poco arraigo, y entre los individuos de una misma familia o tribu reinaba un comunismo fraternal. Historia de Costa Rica. El Descubrimiento y la Conquista, Fo. 15, Nueva Edición Refundida, 1924, Imprenta Lehmann, Costa Rica.

(6) J. M. Ots Capdequi. Son muy abundantes las disposiciones reales dadas para que en los repartimientos de tierras a conquistadores y pobladores españoles no se tocasen aquéllas que estuvieran poseídas individualmente por los indios sometidos. El Estado Español en las Indias, Tercera edición, fo. 155, Fondo de Cultura Económica.

(7) Revista de los Archivos Nacionales. La propiedad rural de los indios de Cachí y Orosí no puede según los privilegios que tienen, ser vendida ad libitum como la propiedad rural de otras partes. Todo el distrito, cuya extensión abarca unas 60 caballerías, pertenece a la comunidad. Cada familia, en particular, puede establecerse y cultivar en consecuencia donde le plazca. Donde ya otras han trabajado, tiene que arreglarse por las buenas con el predecesor, si éste no renuncia a su derecho. Sólo los indios de esta comunidad tienen este privilegio para por el contrario, gentes de otros lugares sólo obtienen permiso para establecerse allí cuando la comunidad dé su asentimiento para ello. Sin embargo, tampoco adquieren nunca el derecho de propiedad, sino tan solamente el usufructo. El Antiguo Convento de la Misión de Orosí en Cartago de Costa Rica. De la Revista Das Ausland de Atuttgart y Augsburg Nos. 50 y 51 de 1860. Según Anastasio Alfaro el autor es el Dr. A. von Frantzius. Revista indicada, folio 208, Año II, N<sup>o</sup> 3 y 4.

(8) Ricardo Fernández Guardia. Historia de Costa Rica. El Descubrimiento y la Conquista. Fo. 10, Nueva Edición Refundida, 1924. Imprenta Lehmann, Costa Rica.

mos entre los indios de Nicaragua (los cuales conservaban los libros para determinar las heredades por ese medio con el parecer de los güegues o viejos, "que tanto quiere decir güengue como viejo" (9), y entre los mayas (10).

Por la influencia que los aztecas y mayas pudieron ejercer sobre nuestros indígenas, es importante definir si existió o no entre ellos el sentimiento de la propiedad de la tierra, y sus disposiciones sobre la misma.

No tuvieron, los antiguos mexicanos, sobre la propiedad individual, el concepto amplio poseído por los romanos. "La plena *inrepotestas*, correspondía solamente al monarca" (*uti, frui, abuti*), Tlatocalalli (11 - 12). El rey daba tierras, entre otras personas, a los nobles, bajo condición de pasarlas a los hijos, y a cambio de servicios. Al extinguirse la familia o al abandonar el beneficiario, volvía la propiedad a la corona para ser objeto de nuevo reparto. La

(9) León Fernández. Colección de Documentos para la Historia de Costa Rica, Tomo I, Imprenta Nacional, 1881, fo. 120, relación de Oviedo.

(10) Sylvanus G. Morley. En el Museo Peabody de Arqueología y Etnología de la Universidad de Harvard se conserva una carpeta de cuero con los papeles de familia pruebas de nobleza, de los Xiúes, que se acumularon durante el período colonial español. Hay en esta colección 145 documentos individuales escritos en maya o en español, en papel europeo hecho a mano, siendo los más interesantes los tres más antiguos, un mapa, un tratado de tierras y un árbol genealógico. Los tres datan de 1557, apenas quince años después de la conquista española. El mapa muestra la Provincia de los xiúes con su capital, Maní, en el Centro. El símbolo de cada pueblo y aldea es una iglesia católica con la torre coronada por una cruz, o, cuando se trata de aldeas más pequeñas, una simple cruz. El símbolo usado para designar a Uxmal, la antigua capital de los xiúes, que fue abandonada por completo hacia la mitad del siglo XV, o sea antes de que fuera hecho el mapa, es el dibujo algo tosco de un templo maya. El tratado de tierras que acompaña el mapa y lleva la misma fecha que éste, 1557, tiene la peculiaridad de ser el documento más antiguo escrito en lengua maya, pero con los caracteres de la escritura española. Describe los límites entre el estado de los xiúes y las provincias vecinas. La Civilización Maya, fol. 190, Fondo de Cultura Económica. México-Buenos Aires. Versión española de Adrián Recinos. 4a. edición, 1961.

(11) Dr. Lucio Mendieta y Núñez. El Problema Agrario de México, Séptima Edición, fo. 4, Editorial Porrúa S. A. México, 1959.

(12) Ob. Cit. fo. 8.

tierra de los nobles se conocía con el nombre de Pillalli (12-13). Además de los nobles, recibían propiedades del Rey, para compensar sus hazañas, con o sin condiciones, los guerreros (12 - 14). Gran parte de la tierra tenía, como destino, sufragar los gastos del ejército (Mitlchimalli) y de la clase sacerdotal (Teotlapan) (12 - 15). Los jefes de familia recibían del clan, las tierras en usufructo (16). Esas

(13) Dr. Lucio Mendieta y Núñez. Las personas a quienes el rey favorecía dándoles tierras y las condiciones que les imponía, eran generalmente las que en seguida enumeramos: En primer lugar, a los miembros de la familia real, bajo condición de transmitir las a sus hijos, con lo cual se formaron verdaderos mayorazgos. Estos nobles, en cambio, rendían vasallaje al rey, le prestaban servicios particulares y cuidaban de sus jardines y de sus palacios; al extinguirse la familia en la línea directa o al abandonar el servicio del rey por cualquier causa, volvían las propiedades a la corona y eran susceptibles de un nuevo reparto. El Problema Agrario de México, Séptima Edición, fo. 5, Editorial Porrúa S. A. México, 1959.

(14) Dr. Lucio Mendieta y Núñez. El Problema Agrario de México, Séptima Edición, fo. 5, Editorial Porrúa S. A. México, 1959.

(15) Dr. Lucio Mendieta y Núñez. Grandes extensiones de tierras estaban destinadas al sostenimiento del ejército en campaña y otras a sufragar los gastos del culto. Estas tierras se daban en arrendamiento a los que así lo solicitaban, o bien eran labradas colectivamente por los habitantes del pueblo a que correspondían. Puede decirse que eran propiedad de instituciones: el ejército y la clase sacerdotal. En el mismo grupo deben colocarse las tierras que el monarca señalaba a ciertos empleos o cargos públicos; el goce de tales tierras correspondía a individuos particularmente designados; pero no la nuda propiedad, que era de la institución.

El Problema Agrario de México, Séptima Edición, fo. 7, Editorial Porrúa S. A. México, 1959.

(16) Pedro Henríquez Ureña. El pueblo debía trabajar en la agricultura o en los oficios; como entre los aztecas, las tierras se distribuían entre los padres de familia (se repartían anualmente), y asimismo las aguas para regarlas... La gente del pueblo tenía obligación de cultivar, por rotación, las tierras pertenecientes al Sol y al Inca y las destinadas al socorro de los necesitados; ancianos, viudas, niños, inválidos en general... Habían conservado la división de los habitantes en comunidades propietarias de la tierra (ayllus), división anterior a la organización del imperio. Historia de la Cultura en la América Hispánica, fo. 21, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires. Colección Popular, 1959.

José Vasconcelos. El clan daba las tierras en usufructo a los jefes de familia que constituían el consejo de administración de la comunidad. Este consejo nombraba un jefe o calpolec. Además, cada calpulli estaba sometido a un jefe de policía, encargado del reclutamiento para el ejército... Las tierras se repartían entre los señores del clan del

personas formaban el consejo de administración de la comunidad, con un jefe (calpolec) de su nombramiento. Ninguno de ellos trabajaba la tierra personalmente, pues la falta de labor era causa de pérdida de los derechos. Se trabajaba por medio de esclavos. Como nos dice Vasconcelos (16), lo anterior tenía el inconveniente de hacer aleatoria la propiedad. "Propiamente, en consecuencia, no había concepto de propiedad individual, sino de tenencias más o menos firmes, según el favor del Monarca que, a consecuencia de un prolongado estado de guerra, llegó a absorber todo el poder" (16). Calpulli (también Chinancalli) significa tanto, según Alonso de Zurita, como "barrio de gente conocida o linaje antiguo". Las tierras que le pertenecían eran llamadas calpulli que significa tierra del calpulli (12 - 17). Al quedar libre la tierra el calpolec, con el consentimiento de los ancianos, de nuevo la repartía. Cada jefe llevaba un plano en el cual se anotaban los cambios de poseedor. "Las tierras del calpulli constituían la pequeña propiedad de los indígenas... cada parcela estaba separada de las otras por cercas de

calpulli. Pero ninguno la trabajaban personalmente. Una disposición exigía que no se dejase de laborar a riesgo de perder los derechos sobre la tierra; esta disposición se eludía fácilmente trabajándola por esclavos. Y tenía el inconveniente, en cambio, de hacer aleatoria la propiedad. Propiamente, en consecuencia, no había concepto de propiedad individual, sino de tenencias más o menos firmes, según el favor del Monarca que, a consecuencia de un prolongado estado de guerra, llegó a absorber todo el poder. Había tierras comunes, pero de sus productos disponía la autoridad, no el labrador. Había, además, tierras destinadas especialmente para el sostenimiento de ciertos funcionarios y de ciertas instituciones del culto. Breve Historia de México, Edición Contemporánea 1956, Séptima impresión de 1960, fos. 145 y 146, Cía. Editorial Continental S. A. México D. F.

(17) Dr. Lucio Mendieta y Núñez. Al ocupar el territorio elegido como residencia definitiva, los grupos descendientes de una misma cepa se reunieron en pequeños secciones sobre las que edificaron sus hogares y se apropiaron las tierras necesarias para su subsistencia. A estas pequeñas secciones o barrios se les dio el nombre de Chinancalli o Calpulli, palabra que, según Alonso de Zurita, significa: "Barrio de gente conocida o linaje antiguo", y a las tierras que le pertenecían, calpullalli, que significa tierra del calpulli. El problema Agrario de México, Séptima Edición, fo. 6, Editorial Porrúa S. A. México, 1959.

piedra a magueyes, lo que indica claramente que el goce y el cultivo de cada una eran privados y que, sucediéndose una misma familia desde época inmemorial en la posesión y cultivo de una parcela, llegaba a formarse, de hecho, una verdadera propiedad privada —con la limitación de no enajenarla—, pues los derechos del barrio solamente se ejercitaban sobre las tierras vacantes o incultas" (18). Había otra clase de tierras, común a todos los habitantes del pueblo o ciudad, su goce era general. Una parte se destinaba a los gastos públicos y pago de tributos. Estos terrenos los llamaban altepetalli (19). Los aztecas tenían el *octácatl* (vara de medir o dechado), para medidas de longitud. En los mapas marcaban las superficies de los terrenos con citas en los perímetros (20).

- (18) Dr. Lucio Mendieta y Núñez. Cuando alguna tierra del calpulli quedaba libre por cualquiera causa, el jefe o señor principal del mismo, con acuerdo de los ancianos, la repartía entre las familias nuevamente formadas. Cada jefe de Calpulli, según Zurita, estaba obligado a llevar un mapa o plano de las tierras en el que se sentaban los cambios de poseedor.

Las tierras del calpulli constituían la pequeña propiedad de los indígenas... cada parcela estaba separada de las otras por cercas de piedra o magueyes, lo que indica claramente que el goce y el cultivo de cada una eran privados y que, sucediéndose una misma familia desde época inmemorial en la posesión y cultivo de una parcela, llegaba a formarse, de hecho, una verdadera propiedad privada —con la limitación de no enajenarla—, pues los derechos del barrio solamente se ejercitaban sobre las tierras vacantes o incultas. El Problema Agrario de México, Séptima Edición, fo. 7, Editorial Porrúa. S. A. México, 1959.

- (19) Dr. Lucio Mendieta y Núñez. Además de las tierras del calpulli divididas en fracciones entre las familias usufructuarias, había otra clase, común a todos los habitantes del pueblo o ciudad; carecían de cercas y su goce era general. Una parte de ellas se destinaba a los gastos públicos del pueblo y al pago de tributo; eran labradas por todos los trabajadores en horas determinadas. Estos terrenos se llamaban altepetalli y se asemejan mucho a los ejidos y propios de los pueblos españoles. El Problema Agrario de México, Séptima Edición, fo. 7, Editorial Porrúa. S. A. México, 1959.

- (20) Dr. Lucio Mendieta y Núñez. Ignoramos su sistema de medidas agrarias, pero sabemos que tenían una unidad para las medidas longitudinales llamada *octácatl*, que significa vara de medir o dechado. Orozco y Berra fija la correspondencia de esta medida con las modernas, valiéndose de una cita de Ixtlixóchitl, en tres varas de Burgos, o sean 2 metros 514 milímetros... En cuanto a las medidas agrarias, sabemos

Entre los mayas la tierra era considerada comunal. En el labrantío, dividido en cuadros (21), trabajaban todos. En sus visitas al pueblo hacían presentes al Señor distribuyéndose los frutos "como amigos", según expresión de Morley (22). Por aparte, se cultivaban las tierras del Cacique, Papa y sacerdotes, y daban parte de los frutos para la gente de guerra (23).

Es interesante observar como, en todos los casos, ya se tratara de indígenas güetares, chorotegas, aztecas o mayas, lo más importante era el cultivo de la tierra, de lo cual dependían todos los derechos para el usufructo. La agricultura desempeñó, pues, papel importante. Confirma-

que marcaban en sus mapas las superficies de los terrenos con cifras referidas al perímetro de los mismos, o bien a lo que de sembraduras eran capaces de contener. El Problema Agrario de México, Séptima Edición, fo. 8, Editorial Porrúa S. A. México, 1959.

- (21) Sylvanus G. Morley. Una vez escogido el campo, el labriego lo divide en *mecates*, o cuadros que miden 20 metros por lado, y forma montones de piedras sueltas como mojones, colocados en las cuatro esquinas de cada *mecate*. Para medir su terreno usa el agricultor maya una cuerda que es invariablemente un poco más larga que los 20 metros establecidos; en realidad estas cuerdas de medir son, en el norte de Yucatán, de 21.50 metros de largo. Los mayas dicen que los *mecates* tienen que ser un poco más largos, "por lo que se llevan los pájaros". La Civilización Maya, fol. 164, Fondo de Cultura Económica. México-Buenos Aires. Versión española de Adrián Recinos. 4a. edición, 1961.
- (22) Sylvanus G. Morley. Las tierras eran consideradas como bienes comunales y se labraban entre todos. Dice el Obispo Landa: El pueblo menudo hacía a su costa las casas de los señores... Allende de la casa hacían todo el pueblo a los señores sus sementeras y se las beneficiaban y cogían en cantidad que le bastaba a él y a su casa; y cuando había cazas o pesca, o era tiempo de traer sal, siempre daban parte al señor, porque estas cosas siempre las hacían de comunidad... (Y) juntábanse también para la caza, de L en L más o menos, y la carne del venado asan en parrillos porque no se les gaste (se corrompa), y venidos al pueblo, hacen sus presentes al señor y distribuyen como amigos, y el mismo hacen en la pesca. La Civilización Maya, fol. 200, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires versión española de Adrián Recinos, 4a. edición, 1961.
- (23) León Fernández. Los que no eran para la guerra, cultivaban las tierras millpas del cacique y Papa y sacerdotes, y de las propias suyas daban un tanto para la gente de guerra. Colección de Documentos para la Historia de Costa Rica, Tomo I, Imprenta Nacional, 1881, fo. 44, Relación hecha por el Lic. Palacio al Rey D. Felipe II.

ción de lo anterior la obtenemos, verbigracia en cuanto a los güetares, del esplendor de sus fiestas agrícola-religiosas en acción de gracias a la diosa de la Agricultura "Centeotl" (24).

## II

### LA COLONIA

El 18 de setiembre de 1502 arribó Cristóbal Colón a Cariay (25). Luego de esa fecha se produjeron correrías de españoles por el territorio de Costa Rica, pero sin lograr la importancia del inicio de la verdadera conquista, con el establecimiento de "firmes y permanentes asentos de españoles", la cual se produce con Juan Vásquez de Coronado (26), "el verdadero conquistador" (27), a pesar de haberse fundado antes uno de importancia por Juan de Cavallón (Castillo de Garci-Muñoz). A Vásquez de Co-

(24) Jorge A. Lines. Sobre estos altares se amasó, a no dudarlo, el maíz sagrado, el "teocentli", en acción de gracias a la diosa de la Agricultura, su "Centeotl", en presencia de grandes concurrencias, en aquellos magníficos y célebres mitotes, donde se mostraba todo el esplendor bárbarico, con ocasión de sus fiestas agrícola-religiosas. Los Altares de Coyopán, Revista de los Archivos Nacionales, Año IV, Nos. 5 y 6, folio 267.

(25) Revista de los Archivos Nacionales. Artículo de Cleto González Viquez sobre: Cuál es la verdadera fecha del arribo de Colón a Cariay. Fue dice, el 18 de Setiembre de 1502. "¿Cuál es la verdadera fecha del arribo de Colón a Cariay?". Revista indicada, folio 596, Año II, Nos. 11 y 12.

(26) Revista de los Archivos Nacionales. Vista la nueva que el sargento medio del buen asiento del Guarco y consideradas las faltas que el destiempo tiene, especialmente de tierras para sembrar y el estar apartado del concurso de los naturales, y que estando en comarca dellos con más comodidad serán doctrinados, acordé ir a ver el valle y visitar las provincias a él comarcanas... Tracé una cibdad en aquel valle, en un asiento junto a dos Rios.

(27) Carlos Monge Alfaro. Historia de Costa Rica. Pág. 69.

ronado le fue confirmada por la Audiencia la alcaldía mayor de Costa Rica (o Nuevo Cartago) el 12 de abril de 1562 (28).

Se inician, aproximadamente en la misma fecha, la conquista de Costa Rica y las tareas compiladoras de la legislación vigente en las Indias (29-30). Se revela pues la existencia de normas jurídicas sobre la propiedad de la tierra que era necesario aplicar al iniciarse la fundación de los primeros asentos de españoles. Esa legislación la encontramos por primera vez compilada en "un registro" (ms.) encuadernado en pergamino, en cuya cubierta —parte anterior campea—, en letra gótica del siglo XVI, esta sola inscripción o referencia a su contenido: "AÑO MDLXVIII". En la parte posterior "aparecen escritas las siguientes líneas, que corresponden al cierre o cancelación del referido libro, y que completan maravillosamente las anteriores: "Un libro

(28) Ricardo Fernández Guardia. Historia de Costa Rica. El Descubrimiento y la Conquista. Fo. 123.

(29) Juan Manzano Manzano. Lo cierto es que la única edición —primera, se entiende— documentada de las Ordenanzas del Consejo de Indias es la de Madrid, de 1585... Esta edittio princeps de las Ordenanzas del Consejo fue bastante reducida: "doscientos cuerpos" o ejemplares. Dieciocho años después (1603) salía, en Valladolid, la segunda edición de este importante texto legal. Historia de las Recopilaciones de Indias, Vol. I, fo. 174, Ediciones Cultura Hispánica.

(30) Juan Manzano Manzano. Las normas legales, como no podía por menos de suceder, participan de esa diversidad y contradicción; ora se inclinan a una tendencia, ora favorecen contrarios pareceres. Y en este constante tejer y destejer trascurren los cincuenta primeros años de la centuria décimosexta, en cuyo tiempo una masa considerable de disposiciones de todo género vagaban sueltas y medio olvidadas en los archivos de los organismos rectores. Las normas llegan a adquirir un volumen considerable. En medio de su extraordinaria profusión, resulta difícil conocerlas en su totalidad y mucho más difícil distinguir las vigentes de las derogadas o de las caídas en desuso.

...Tratándose de territorios nuevos, de infieles, incorporados al reino castellano, las fórmulas y soluciones legales habríanse de buscar en el amplio cuadro institucional a la sazón vigente en la metrópoli colonizadora. Era éste un principio inconcuso, indiscutible, "porque según derecho, las tierras nuevamente conquistadas e acrecentadas al señorío antiguo se han de regir por las leyes del reyno a quien se acrecienta, y ansy la disposición de las dichas leyes del reyno de Castilla que antes estaban fechas, se estendian y estienden a las tierras de

donde se sientan por relación los Despachos de oficios que se embían a las Yndias desde el año 1567 hasta el de 1576". Al principio lleva un índice alfabético ordenado por gobernaciones o provincias... a las que se dirigían los despachos en él contenidos". Costarrica aparece a fojas CC-XXXV; Cartago, a fojas CCXI (31).

Para entender cómo se creó la propiedad territorial durante el Coloniaje, es necesario estudiar una serie de instituciones y figuras jurídicas, las cuales, en conjunto,

ynfieles que después de fechas las leyes se adquieren e ganan de nuevo, como a estas tierras de las Indias, y por ellas se han de regir y reglar". De esta forma, el Derecho castellano —ya que a Castilla con exclusión absoluta de Aragón, se incorporaron las Indias Occidentales— constituía el núcleo jurídico fundamental con que se contaba en los primeros momentos de nuestra expansión ultramarina. Esto como digo, era el principio legal imperante.

...Lo que, en cambio, no desconocemos es la admirable labor del virrey (Francisco de Toledo), recogida en sus innumerables ordenanzas. Fue el sabio "legislador Municipal" del inmenso virreinato peruano, y sus ordenanzas e instrucciones, de las más perfectas y acabadas entre las mejores de nuestro sistema jurídico indiano. Ellas, mejor que ningún otro testimonio, hablan con la más alta elocuencia de sus actividades, de sus desvelos por articular de manera definitiva las ideas y proyectos que durante la primera etapa de nuestra empresa colonizadora lograron adquirir consistencia en las mentes de los estadistas hispanos. No es precisamente éste el lugar apropiado para proceder al examen de la obra legislativa del virrey, bástenos saber que las ordenanzas toledanas llegaron a adquirir realmente cierta corporeidad al ser reunidas en "un libro" formando una singular colección legislativa, muy digna de ser tenida en cuenta por los sucesivos legisladores de la joven monarquía indiana.

...La referencia de Pinelo, que nos habla del año 1562 como el de la iniciación de las tareas compiladoras del Consejo, hace suponer que, al mismo tiempo que en el virreinato americano o muy poco tiempo después, es decir, dentro de 1561, comenzáronse en el Consejo de Indias unos trabajos de recapitulación de materiales legislativos, preparatorios de una futura recopilación. Muy probablemente fue una misma iniciativa la que promovió los dos movimientos recopiladores conocidos, el de Nueva España y el del Consejo de Indias, pero con una diferencia inicial entre ambos: que mientras para dar comienzo a los trabajos de México se circuló orden real al virrey, para los llevados a cabo en esta misma época en el Consejo no procedió dicho mandato por escrito; fueron iniciados por propio estímulo del elevado organismo; la orden formal de recopilación se dará años después al Consejo, en 1568, como resultado de un acuerdo de la Junta Magna de ese año. Historia de las Recopilaciones de Indias, Vol. I, fos. 5-49-107. Ediciones Culturales Hispánicas.

(31) Juan Manzano Manzano. Ob. Cit.

vienen a fijar el continente y contenido de la naturaleza de la propiedad en esa época histórica, como veremos de inmediato.

*La encomienda.*— Nació la encomienda en 1509. Tenía una finalidad religiosa (servir para "encargar a un cristiano la propagación de la fe entre gentiles y conquistados) derivada de sus raíces, las bulas alejandrinas de 1493 (dos *Inter Caetera* y la *Hodie Siquidem*, llamada por Pereira *Dudum siquidem*) (32 - 33 - 34). De ese encargo del Rey vino el nombre de *encomienda*, del verbo latino *commendo*, que significa, unas veces, recibir alguna cosa en guarda y depósito, y otras, recibirla en amparo y protección, y como bajo de su fe. Los que recibían indios en esta forma

(32) Alfonso López Michelsen. La propiedad era toda del Monarca, por ministerio de la Bula Pontificia de Alejandro Sexto, la Bula *inter caetera*, y el Monarca fue entregando a través de mercedes, de realengos y de composiciones las tierras a sus súbditos, reservándose la facultad de imponer condiciones. No fue un Estado creado por los propietarios sino una propiedad creada por el Estado. Una tradición que hemos debido conservar que se perdió en los primeros años de la República, pero que restableció la Ley de Tierras. Hacia una verdadera reforma que complete la "Revolución en Marcha", Tierras, 10 ensayos sobre Reforma Agraria en Colombia. Ediciones Tercer Mundo, fo. 91, primera edición, diciembre de 1961, impreso en Colombia.

(33) Dr. Lucio Mendieta y Núñez. Los reyes españoles dispusieron siempre de los territorios de Indias como de cosa propia y en más de una de sus cédulas declararon ser de su propiedad particular; pero en otras hablan de esos mismos territorios como pertenecientes a la corona real y en otras a su real patrimonio. En la cédula expedida el 1º de noviembre de 1571, sobre composiciones... se dice: "Por haber nos sucedido enteramente en el servicio de las Indias y pertenecer a nuestro Patrimonio y Corona Real los baldíos, tierras y selvas, etc.". El Problema Agrario de México, Séptima Edición, fo. 23, Editorial Porrúa S. A. México, 1959.

(34) José Vasconcelos. Juzgando con un criterio de justicia social moderna, no se puede aprobar el sistema de las encomiendas que Cortés iniciara, pero puestos ante la realidad en que él obraba, no había otra manera de hacer efectiva la producción. Y mala como fue la encomienda, nadie podrá sostener que era mejor el sistema azteca de tenencia de las tierras. En realidad, Cortés no hizo sino aplicar los métodos de todos los conquistadores: repartió las tierras entre los españoles. Lo hizo con firmeza. Breve Historia de México, Edición Contemporánea, 1956, Séptima impresión de 1960, fo. 120, Cía. Editorial Continental S. A. México, D. F.

se llamaba encomenderos o comendatarios (35). Fundada en esas bulas de Alejandro VI se redactó, por el Doctor Palacios Rubios (individuo del Consejo de Indias), el requerimiento que los capitanes españoles hacían a los indios en términos que revelan, claramente, el sentido de la encomienda (36). De los indios que formaban parte de ella, unos continuaban en posesión de sus tierras, y pagaban tributo al encomendero (37), otros eran simples

(35) Dr. Lucio Mendieta y Núñez. Solórzano y Pereyra, refiriéndose al origen de la designación "encomienda" y a los repartos de indios, dice: "Y porque respecto de lo referido, les deban los indios por tiempo limitado y mientras otra cosa no dispusiese el Rey, y les encargaban su instrucción y enseñanza en la religión y buenas costumbres, encomendándoles mucho sus personas y buen tratamiento, comenzaron estas reparticiones a llamarse Encomiendas, y los que recibían los indios en esta forma Encomenderos, o Comendatarios, del verbo latino *Commendo*, que unas veces significa recibir alguna cosa en guarda y depósito, otras recibirla en amparo y protección, y como bajo de su fe..." El mismo autor define la encomienda como "un derecho concedido por merced Real a los beneméritos de las Indias para recibir y cobrar para sí los tributos de los indios, que se les encomendaren por su vida, y la de un heredero, conforme a la ley de la sucesión, con cargo de cuidar del bien de los indios en lo espiritual y temporal, y de habitar y defender las Provincias donde fueren encomendados, y hacer de cumplir todo esto, omenage, o juramento particular". El Problema Agrario de México, séptima Edición, fo. 35 36, Editorial Porrúa S. A. México, 1959.

(36) León Fernández. VI.— Uno de los pontífices pasados, que en su lugar deste subedió en aquella silla é dignidad que he dicho, como príncipe é señor del mundo, hizo donación destas islas é tierra firme del mar Océano á los dichos rey é Reyna é á sus subcessores en estos Reynos, nuestros señores, con todo lo que en ellas hay, segund que se contiene en ciertas escripturas, que sobre ello passaron, que podeis ver, si quisiéredes. Assi que, Sus Altezas son reyes é señores destas islas é tierra firme, por virtud de la dicha donación. Colección de Documentos para la Historia de Costa Rica, Tomo I, Imprenta Nacional, 1881, fo. 124, parte fórmula para el requerimiento que los capitanes españoles dirigían a los indios, redactado por Dr. Palacios Rubios individuo del Consejo de Indias.

(37) Carlos Meléndez Ch. Es por este motivo que las facultades para poblar están aquí señaladas con claridad y —por qué no decirlo— con minuciosidad. A Ortiz de Elgueta se la había señalado que "primeramente, llegado que seáis á aquella tierra con la gente é rreligiosos que lleváredes, elegiréis sitios y lugares para poblar, teniendo respecto á que sea la tierra sana y fértil y abundante de agua y leña y buenos pastos para ganados; todo lo cual rrepartiréis á los pobladores, no ocupando ni tomando cosa alguna que sea de los yndios de que actualmente se aprovechen, sin voluntad suya". Los poderes conferidos al Alcalde Mayor Licenciado Juan de Cavallón. Fo. 46, IV Centenario de la entrada de Cavallón a Costa Rica, 1561-1961, Academia Costarricense de la Historia. Imprenta Nacional, Costa Rica, 1961.

empleados (38). Dentro de las facultades del Adelantado estaba la de repartir tierras (39) y solares, y en ocasiones de repartir indios (40). En 1537, el pontífice reinante, Paulo III, expidió un breve modificando, en favor de los indios, las disposiciones de las bulas alejandrinas (41). El día 4 de mayo de 1563, escribió Juan Vázquez de Coronado, al Licenciado don Juan Martínez de Landecho, Presidente de la Audiencia de los Confines, solicitándole autorización

(38) J. M. Ots Capdequi. Los legisladores españoles concedieron una particular atención a la *mita* para el servicio agrícola y, sobre todo, a la *mita* minera. En las localidades en que se consideraba necesario, se repartieron la tercera parte de los indios para que, como *mitayos*, cultivasen la tierra de los españoles. Los propietarios deducían del importe de los jornales la cantidad que los indios habían de pagar en concepto de *tributo*, y el resto habían de abonarlo a los interesados en propia mano y en moneda corriente. Venían obligados también estos propietarios a dar estancias a sus indios *mitayos* lotes de tierras para el cultivo en beneficio propio y a sostener a su costa los servicios de doctrina, hospital, justicia y protector de los indios. El Estado Español en las Indias, Tercera edición, fo. 35, Fondo de Cultura Económica.

(39) Dr. Lucio Mendieta y Núñez... muchos escritores han confundido los repartimientos y las encomiendas con los repartos de tierra; pero de lo que llevamos dicho se desprende que el repartimiento era una distribución de indios entre los conquistadores, con fines religiosos y fiscales. De los indios repartidos, unos continuaban en posesión de sus tierras obligados a pagar tributo al encomendero y otros eran empleados en la explotación de las propiedades de éste. Acontecía también que el dueño de un repartimiento hacía, a su vez, un segundo reparto de los indios que le habían tocado en suerte, a otros españoles llegados a colonizar las nuevas posesiones y estos repartos subsecuentes era a lo que se le debe el nombre de encomiendas. El Problema Agrario de México, Séptima Edición, fo. 35, Editorial Porrúa S. A. México, 1959.

(40) J. M. Ots Capdequi. Se otorgó el título de Adelantado con un carácter vitalicio o hereditario al jefe de la expedición descubridora; se le facultó para repartir tierras y solares, y en ocasiones para hacer repartimientos de indios. El Estado Español en las Indias, Tercera edición, fo. 17, Fondo de Cultura Económica.

(41) León Fernández. Colección de Documentos para la Historia de Costa Rica, Tomo I, Imprenta Nacional, 1881, fo. 126.

para proceder al reparto de indios (42). Fue Perafán de Rivera, sin embargo, quien por primera vez decretó el repartimiento (43) y dio encomiendas, las mejores a "las gentes que con él vinieron de Honduras", (12 de enero de 1569). Los vecinos se quejaron al Rey Felipe II, por la falta de equidad al dar las encomiendas. Lo mismo hizo Lorenzo de Bienvenida (44). Los repartimientos ilegales hechos por el

(42) Revista de los Archivos Nacionales... Ay necesidad a mi parecer que V.Sa. Reparta lo pacífico o me yubie comisión para repartirlos o hacer depositos hasta que su magestad otra cosa provea, para que los yndios sepan a quien an de acudir hasta en tanto que se tasen, que aunque no den tributo, para su pacificación es necesario... Suplico a V.Sa. pese bien lo que digo y busque orden como ayudando con algo a esta jornada, o con Repartirla como digo, pase adelante, pues ha dado principio en ella, y no pare y se pierda cosa tan principal como V.Sa. a dado a su magestad, pues a sido el principio de esta jornada y a quien se deve la gloria della Carta de Ju<sup>o</sup> Vazquez de Coronado, de mayo 4 de 1563, al Licenciado Juan Martínez de Landecho, Presidente de la Audiencia de Los Confines. Revista indicada, fo. 18, Año II, Nos. 1 y 2.

(43) Carlos Meléndez Ch. "Son varios los testigos que declaran concretamente: "Repartió solares é hizo la traza, nombró Casas de Cabildo justicia y regidores" (León Fernández) "Trazó la ciudad, dio solares a todos, señaló Casa de Cabildo é cárcel e hizo alcaldes a regidores" (Ob. Cit.)." Los poderes conferidos al Alcalde Mayor Licenciado Juan de Cavallón. Fo. 73, IV Centenario de la entrada de Cavallón a Costa Rica, 1561-1-61, Academia Costarricense de la Historia. Imprenta Nacional, Costa Rica, 1961.

(44) Ricardo Fernández Guardia. Consultada la opinión del guardián, dijo a éste que "menos inconveniente era repartir la tierra, que no quede desamparada y despoblada, porque de lo uno no se le sigue a Dios nuestro señor ni a S.M. ningún servicio, antes de servicio en la continuación de las abominaciones que cada día los naturales o meten con sus ídolos, muertes e sacrificios; y de lo otro se les sigue conocido y grande servicio con la salvación de las ánimas destos infieles, porque, según dice san Gregorio, ningún servicio mayor se puede hacer a Dios nuestro señor que traer las ánimas que andan descarriadas a su santo conocimiento". Oído el parecer de san Gregorio no cabían más vacilaciones y el 12 de enero el Gobernador decretó el repartimiento, pero los verdaderos conquistadores se consideraron burlados, porque Rafael dio las mejores encomiendas a sus deudos y a las gentes que con él vinieron de Honduras, entre las cuales no había pocos mestizos y mulatos. Los antiguos vecinos escribieron a Felipe II quejándose, pero las cartas las hizo detener el gobernador en los puertos, y el cabildo comisionó a Jerónimo de Villegas para que fuese a Panamá a quejarse ante la audiencia. De esta ciudad Villegas escribió al Rey acordando a Perafán, en junio de 1569. Todavía en 1577, fray Lorenzo de Bienvenida protesta contra su falta de equidad: "pasó Perafán de Rivera, que fue gobernador de V.M. en estas provincias, y repartió

governador (45) Ribera, la Audiencia tuvo que confirmarlos el 20 de julio de 1592 (46 a 56 incl.). "El 29 de enero de 1787 se suprimieron las encomiendas de indios y se incorpo-

toda la tierra a poco más de cuarenta españoles y los más eran mestizos y negros y otras gentes bajas, y los hombres honrados se salieron viendo cuán sin orden se repartió; y los montes y los ríos y las piedras encomendó; y en niños sin edad dio indios, y no se podría esto apaciguar si de nuevo no se reparte a los beneméritos". Historia de Costa Rica. El Descubrimiento y la Conquista. Fo. 155-156, Nueva Edición Refundida, 1924, Imprenta Lehmann, Costa Rica.

(45) J. M. Ots Capdequi. En la etapa histórica de los descubrimientos, fue el asiento o capitulación el título jurídico a través del cual se nombraron Adelantados y Gobernadores, Corregidores y Alcaldes Mayores, Capitanes Generales y Alcaldes de Fortalezas. Estos nombramientos se hicieron vitalicia y hereditariamente, por dos o más vidas. Se concedió también a estos caudillos o empresarios de las expediciones descubridoras, que pudieran, a su vez, proveer determinados Oficios Públicos, dentro de los distritos de sus respectivas jurisdicciones.

Por este sistema excepcional en el que, como hemos dicho, se acusan tan fuertes resabios señoriales, sólo excepcionalmente rigió, a pesar de que todavía en el siglo XVIII veamos casos de individuos a los cuales se les concede el título de gobernadores en virtud de capitulación o asiento por el que se comprometen a realizar un nuevo descubrimiento, a fundar una nueva población o, simplemente, a la apertura de un nuevo camino. El Estado Español en las Indias, Tercera edición, fo. 51, Fondo de Cultura Económica.

(46) Ricardo Fernández Guardia. Historia de Costa Rica. El Descubrimiento y la Conquista, Fo. 164, Nueva Edición Refundida, 1924, Imprenta Lehmann, Costa Rica.

(47) León Fernández, Anguciana (Alonso de) imitando a su antecesor Perafán, repartió los indios entre los vecinos, repartimientos que también fueron desaprobados por la Audiencia. Historia de Costa Rica Durante la Dominación Española, fo. 118, Tipografía de Manuel Ginés Hernández, 1889, Madrid.

(48) León Fernández, Perafán de Ribera, gobernador y capitán general y juez de residencia... encomiendo y deposito en vos el dicho Francisco Muñoz, por título de primera encomienda, el pueblo llamado Bagacís, en términos y jurisdicción de la ciudad de Aranjuez del pueste de Ribera, con todos los caciques y principales, vecinos y naturales del dicho pueblo, y con sus barrios y estancias y sujetos, y lo demás á él anexo y perteneciente, para que del dicho pueblo podáis llevar y lleveis los tributos y rentas dellos, conforme á las tasaciones que dellos se hicieren de aquí adelante, con cargo que tengais de los industriar y enseñar en las cosas de nuestra santa fee católica, sobre lo cual os encargo la conciencia y descargo la de Su Mag. y mia en su real nombre, y con que guardéis las hordenanzas fechas en pro y aumento de los dichos naturales y todo lo demás que se proveyere en su favor, so las penas en ellas contenidas. Colección de Documentos para la Historia de Costa Rica, Tomo I, fo. 269, Imprenta Nacional, 1881.

(49) León Fernández. La gobernación de Perafán fue fatal á los indios porque durante ella se dió principio á los repartimientos que no eran otra cosa que la esclavitud disfrazada y el medio más seguro y más expedito para apresurar la destrucción de la raza indígena. Verdad es que desde el tiempo en que gobernó Juan Vázquez de Coronado, tanto él como los Cabildos de Garcí Muñoz y de Cartago y todo el vecindario, reclamaban los repartimientos de indios para fomentar la población de españoles y recompensar á los conquistadores. Pero ni el Rey ni la Audiencia consintieron en semejante autorización. Perafán se la tomó por sí sola, según fue declarado por la Audiencia de Guatemala en 20 de julio de 1592, viéndose obligada la misma Audiencia á revocarla y confirmar las encomiendas en atención á "haberlas tenido y poseído los dichos encomenderos con buena fe y que parecía haber sido encomendados en ellos por méritos y servicios fechos á S. M. en aquella provincia, conquista é pacificación de ella, donde ya tienen sus casas y familias é pueden continuar adelante". Historia de Costa Rica Durante la Dominación Española, fo. 115, Tipografía de Manuel Ginés Hernández, 1889, Madrid.

(50) León Fernández. Se le autorizó (al Gobernador Diego de Artieda Cherino) para que repartiese solares y tierras de labor. Historia de Costa Rica Durante la Dominación Española, fo. 120, Tipografía de Manuel Ginés Hernández, 1889, Madrid.

(51) León Fernández. El Gobernador (Diego de Artieda Cherino) habilitó el puerto de La Caldera, que llamó puerto de Esparza: fomentó la ciudad del Espíritu Santo, é hizo repartimientos de indios y de tierras. Historia de Costa Rica Durante la Dominación Española, fo. 121, Tipografía de Manuel Ginés Hernández, 1889, Madrid.

(52) León Fernández. Perafán de Ribera "fundó la nueva ciudad de Aranjuez y habilitó el puerto de Ribera. En enero de 1569 repartió los indios entre los vecinos españoles que habían contribuido a la conquista. Historia de Costa Rica durante la Dominación Española, fo. 111, Tipografía de Manuel Ginés Hernández, 1889, Madrid.

(53) León Fernández. Debido al modo pacífico y voluntario con que aceptaron el dominio español y la religión cristiana, estos indios (Chomes y Abangares) fueron declarados exentos de repartimiento y puestos á nombre de la real corona. A los vecinos españoles de la ciudad de Aranjuez, les estaba expresamente prohibido servirse de los indios Chomes: A pesar de que los indios Chomes y Abangares estuvieron exentos de repartimientos, a fines del siglo XVII ya habían desaparecido completamente; é ignoraríamos su existencia anterior, si no fuera por los pocos documentos que aún se conservan, y por las muchas sepulturas (huacas) que se encuentran en los lugares que ocuparon. Documentos Tomo I, fo. 158.

(54) León Fernández. En carta dirigida al Rey el 30 de marzo del año siguiente dice (gobernador Artieda) que en la provincia de Garra había un fraile, cura doctrinero, nuevo encomiendas y 500 indios: otro cura doctrinero en la provincia de Accerí, ocho encomiendas y 250 indios: otro en la provincia de Co, dos encomiendas y 80 indios: otro en la provincia de Uxarrací, cinco encomiendas y 200 indios: otro en la provincia de Pacaca que pertenece á la Real Corona, y 80 indios. Historia de Costa Rica Durante la Dominación Española, fo. 122, Tipografía de Manuel Ginés Hernández, 1889, Madrid.

(55) León Fernández. Por ella (capitulación) se obligó a Cueva (Gobernador Fernando de la Cueva) á fundar dentro de cuatro años una

raron á la Corona" (57). En 1812, más exactamente, el 13 de noviembre de ese año, las Cortes de Cádiz ordenaron la supresión de los repartimientos y dar tierras a los indios (58). Los diputados centroamericanos (59) se empeñaron con el fin de que se ejecutara la disposición que ordenó ese reparto (60 al 64 incl.). La encomienda se convirtió en una

nueva ciudad y se le concedió la facultad para hacer repartimientos de indios, de solares y de tierras. Historia de Costa Rica Durante la Dominación Española, fo. 132, Tipografía de Manuel Ginés Hernández, 1889, Madrid.

(56) León Fernández. El 10 de Octubre de 1605 el capitán D. Diego de Sojo, por comisión del gobernador Ocón y Trillo, fundó a orillas del río Tarire (Sixaula), la ciudad de Santiago de Talamanca, repartió solares, nombró Cabildo, encomendó los indios y les señaló por términos desde el río Tarire hasta el Escudo de Veragua. Historia de Costa Rica Durante la Dominación Española, fo. 139, Tipografía de Manuel Ginés Hernández, 1889, Madrid.

(57) León Fernández. Historia de Costa Rica Durante la Dominación Española, fo. 436, Tipografía de Manuel Ginés Hernández, 1889, Madrid.

(58) Ricardo Gallardo. No era menos importante el Decreto que seguía al Manifiesto, de convocatoria a Cortes, en el que se estatua la elección de un diputado en cada capital cabecera de partido. De esa forma tocó al reino de Guatemala proceder a la elección de seis diputados, que fueron: Larrazábal, por Guatemala; Esponda y Olachez, por Ciudad Real; Avila por San Salvador; Morejón, por Comayagua; López, por León, y Castillo por Cartago. Las Constituciones de la República Federal de Centro América, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pág. 40.

(59) León Fernández. Las Cortes, con fecha 13 de noviembre de 1812, dieron un decreto que suprimía las mitas, mandamientos ó repartimientos de indios, y todo servicio personal á particulares, corporaciones, empleados y curas párrocos. El mismo decreto ordenaba repartir tierras á los indios y que en el los se proveyesen algunas de las becas de los colegios. Historia de Costa Rica Durante la Dominación Española, fo. 479, Tipografía de Manuel Ginés Hernández, 1889, Madrid.

(60) Ricardo Gallardo. Los diputados centroamericanos se asociaron en diversas ocasiones a varias proposiciones, introducidas por sus colegas americanos, las que significaban que los diputados de Ultramar manifestasen sus puntos de vista con relación a la imperiosa necesidad de que se efectuasen lo antes posible los repartimientos de tierras prometidos en favor de los indígenas, y que estos se llevasen a cabo efectivamente, en virtud de lo prescrito por el artículo 5º del Decreto de 9 de Noviembre del 1813. Insistían los americanos porque estos repartimientos fueran hechos "en plena propiedad y absoluto dominio, para que puedan los indios adquirirlos libremente". Las Constituciones de la República Federal de Centro América, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, fol. 132, Tomo I.

- (61) J. M. Ots Capdequi. En los repartimientos de tierras se prevenía que se había de tomar posesión de las tierras repartidas dentro de tres meses y se habían de hacer de ellas plantíos so pena de perderlas. El Estado Español en las Indias, Tercera edición, fo. 152, Fondo de Cultura Económica.
- (62) J. M. Ots Capdequi. *El Repartimiento* —y junto a él la Real Cédula de gracia o merced— fue el título originario para adquirir en las Indias la propiedad de la tierra. Pero por el mero hecho del repartimiento se adjudicaría el pleno dominio sobre el lote de tierra adjudicado. Era requisito indispensable para que el dominio se consolidase, poner en cultivo la tierra recibida y residir en ella por un plazo de tiempo que cambió según los casos —cuatro, cinco y hasta ocho años. Estos repartimientos habían de hacerse sin agravio para los indios, sin perjuicio de tercero, sin concesión de facultades jurisdiccionales sobre los habitantes de las tierras adjudicadas y sin derecho alguno de dominio sobre las minas que en ellas pudieran hallarse. Al hacerse los repartimientos se había de procurar que a todos correspondiese "parte de lo bueno y de lo mediano e de lo menos bueno". El Estado Español en las Indias, Tercera edición, fo. 39, Fondo de Cultura Económica.
- (63) Dr. Lucio Mendieta y Núñez. Estas tierras y las que para labranza se les dieron por disposiciones y mercedes especiales, constituyeron las tierras llamadas de repartimiento, de parcialidades indígenas o de comunidad. Los españoles respetaron los usos indígenas en cuanto a distribución de la tierra y, por tanto, estas tierras de repartimiento se daban en usufructo a las familias que habitaban los pueblos con obligación de utilizarlas siempre. El Problema Agrario de México, Séptima Edición, fo. 54. Editorial Porrúa S. A. México, 1959.
- (64) Ricardo Gallardo. Mereció su atención particular la redacción y promulgación de los Decretos sobre la repartición y venta de tierras a los indios y demás castas de la España ultramarina. En la sesión de 8 de noviembre de 1812, da lectura de la representación, que dice haber recibido del Ayuntamiento de Guatemala, en la que se hace ver la difícil situación en que se hayan las comunidades indígenas por el hecho de estar desprovistas de ejidos que les sean propios, pues si bien es verdad que se han efectuado en el aludido Reino repartimientos de tierras, sólo lo han sido "de un modo muy precario y nunca en propiedad", de donde resulta que los cultivos y sementeras han sido trabajados con desaliento, "pues en muchas ocasiones es despojado el pobre indio, cuando menos lo piensa de la área que ha regado con el sudor de su rostro". En otras ocasiones, prosigue el informe, se practica la costumbre de arrendar los ejidos a los ladinos, pero se aprovechan de sus frutos los alcaldes mayores, subdelegados, y aun a veces, sus mismos gobernadores indios... "por esto se hallan inmensos terrenos eriales y desiertos y jamás se harán agricultores *interin* no se les repartan en propiedades pequeñas". De todo esto resulta que en Guatemala existen dilatados campos, procedentes ya de los mismos ejidos o de las tierras reales, "que en nada aprovechan al Estado, pues éstas se venden por un miserable precio, graduando cada caballería por diez o doce tostonos o algo más (advirtió el orador que cada tostón en América era medio duro), y mejor fuera repartirlas en pequeñas suertes sin pensión alguna, etc.". Es indiscutible que Larrazábal, al abordar el problema que se planteó en América al final de la colonia, y que luego sería el problema no menos grave para las Repúblicas de Centro América: el latifundio. El remedio que Larrazábal entrevió era el del parcelamiento to individual, en pequeñas superficies, siempre que los titulares pose-

institución esclavista y vino "de rechazo a hacer que el indígena perdiera sus propiedades a favor del encomendero y que éste adquiriera, por ella no sólo las vidas de los indígenas, sino sus propiedades también" (65 - 66). Adelante veremos como el encomendero, valiéndose de otra figura jurídica (la confirmación), logró apoderarse de las tierras de los encomendados.

*La Merced Real.*— (67) Fue la retribución en tierras dadas por el Rey, para alentar a los vasallos "al descubrimiento y población de las Indias". Es nuestra voluntad, dice la Ley 1ª, "que se puedan repartir y repartan casas, solares, tierras, ca-

ran sus lotes en propiedad. Este problema debía ser abordado, aunque nunca resuelto, posteriormente por las mismas Cortes, y los diversos aspectos que revistió se hallan perfectamente delimitados en la Memoria leída a las Cortes por el encargado del Despacho de la Gobernación de Ultramar. Si la abolición del servicio de mitas en América no fue su obra, pues había sido propuesta por el delegado centroamericano señor Castillo en sesión del 4 de abril de 1812, Larrazábal se adhirió plenamente a la moción de su colega, aunque no estuvo conforme con la propuesta de Agustín Argüelles, tendientes a reemplazar la palabra *castas* por la de clases. El dictamen fue aprobado por unanimidad. Las Constituciones de la República Federal de Centro América fo. 125.

(65) Angel Caso. Derecho Agrario, Fo 39. Editorial Porrúa S. A. México, 1950.

(66) Rodrigo Facio Brenes. En Centro América, en cambio, los grupos propietarios iniciales de la Colonia (encomenderos, órdenes monásticas, etc.), no habiendo podido saborear los frutos jugosos del comercio, ni siquiera podido verlos saborear por las compañías peninsulares monopolistas, no se aburguesaron y permanecieron rígidos dentro de los intereses y opiniones puramente feudales con que iniciaron su desarrollo colonial. Ciertamente, el comercio existió, pero no en grado regular y suficiente como para hacer preponderar la riqueza numeraria sobre la inmueble, el interés comercial sobre el territorial, la opinión liberal sobre la feudal. Este hecho es de importancia máxima en la sociología centroamericana, y explica fenómenos históricos como el carácter pacífico de nuestra Independencia y el predominio del Partido Conservador en Guatemala hasta 1871. La Federación Centroamericana, Revista de los Archivos Nacionales, Año III, Nos. 5 y 6, fo. 290.

(67) J. M. Ots Capdequi... la Real Cédula de gracia o merced fue el título jurídico empleado para la designación de los funcionarios del Estado, singularmente cuando se trataba de cargos cuyo desempeño implicaba el ejercicio de una jurisdicción. Estas gracias o mercedes reales se hicieron unas veces con carácter gratuito en compensación de supuestos servicios prestados por el favorecido o por sus antepasados —y otras con carácter oneroso— en retribución de prestaciones pecuniarias, que implicaban una compra encubierta del cargo. El Estado Español en las Indias, Tercera edición, fo. 52. Fondo de Cultura Económica.

ballerías y peonías, a todos los que fueren a poblar tierras nuevas, en los pueblos y lugares que por el gobernador de la nueva población les fueren señalados, haciendo distinción entre escuderos, peones, y los que fueren de menor grado y merecimiento y los aumenten y mejoren, atenta la calidad de sus servicios, para que cuiden de la labranza y crianza; y habiendo hecho de ellas sus moradas y labor y residido en aquellos pueblos cuatro años, les concedamos facultades para que de ahí en adelante los puedan vender, y hacer de ellos a voluntad libremente, como cosa suya propia; y asimismo, conforme su calidad, el gobernador o quien tuviere nuestra facultad les encomiende los indios en el repartimiento que hiciere para que gocen de sus aprovechamientos, y demoras, en conformidad con las tasas, y de lo que está ordenado": (68).

**La composición.**—Según Angel Caso, la composición era el sistema mediante el cual quien estaba en posesión de tierras, durante un período de diez años, podía adquirirlas de la Corona, mediante pago, previo un informe de testigos que acreditaran esa posesión y siempre y cuando no hubiese en el otorgamiento un perjuicio para los indios (69-70). "Por cédula de 1º de noviembre de 1591 se facultó á los Virreyes

(68) Angel Caso. Derecho Agrario, Fo. 41. Editorial Porrúa S. A. México, 1950.

(69) J. M. Ots Capdequi. La defensa del interés económico —*posición efectiva y cultivo*— y la del interés fiscal —*remates y composición*— condicionaron todo el derecho indiano promulgado sobre la materia. Este intervencionismo del Estado fue mal visto por los particulares y por los propios oidores de las Audiencias —formadas en las doctas del derecho romano justinianeo. No puede afirmarse que, con respecto a estos territorios de las Indias, existiera por parte de los hombres de gobierno de España una verdadera política agraria y ganadera. Pero sí se registran en la legislación interesantes preceptos que tienden a regular la agricultura y la ganadería de los lugares de nuevo descubrimiento y población, fomentando unos cultivos, prohibiendo otros, implantando para las explotaciones ganaderas la institución de la *mesa*, etc. Todo ello teniendo siempre a la vista *el ejemplo y las necesidades de la economía peninsular*. El Estado Español en las Indias, Tercera edición, fo. 41, Fondo de Cultura Económica.

(70) Angel Caso, Derecho Agrario, Fo. 44. Editorial Porrúa S. A. México, 1950.

Audiencias y Gobernaciones para que examinasen los títulos de tierras y declarasen lo que conviniese". En la misma fecha se dirigió una Real cédula á la Audiencia de Guatemala facultando á su Presidente para hacer acomodadas composiciones con los poseedores de tierras sin título, ó no bastante, y también para conceder nuevas tierras (71 al 75 incl.).

(71) Bando de don José Antonio de Oriamuno, juez sub-delegado del real derecho de medidas y composición de tierras en la provincia de Costa Rica. Ordena y manda a todos los que poseyeran tierras realengas desde el año 1700 hasta la fecha de la publicación del bando, que acudan ante él a manifestar sus títulos y despachos. Índice de la Sección Colonial de Archivos Nacionales A. C. 796.

(72) León Fernández. Por cédula de 1º de noviembre de 1591 se facultó a los Virreyes, Audiencias y Gobernadores para que examinasen los títulos de tierras y declarasen lo que conviniese. En la misma fecha se dirigió una Real cédula á la Audiencia de Guatemala facultando á su Presidente para hacer acomodadas composiciones con los poseedores de tierras sin título, ó no bastante, y también para conceder nuevas tierras. Historia de Costa Rica Durante la Dominación Española, fo. 130, Tipografía de Manuel Ginés Hernández, 1889, Madrid.

(73) Dr. Lucio Mendieta y Núñez. Una causa económica fue la que determinó el cumplimiento de las reales cédulas sobre composiciones: estando urgido el erario, se creyó que podrían obtenerse fondos exigiendo a los poseedores de tierras, en las Indias, que no tuviesen justo título en el que apoyar su posesión, el pago de una cantidad proporcional a la extensión y clase de tierra que de tal modo poseyesen; al efecto, don Felipe IV, el 17 de noviembre de 1931, expidió una cédula, que fue la primera en producir resultados prácticos en la Nueva España, pues de esa época datan las composiciones que en ella se efectuaron. El Problema Agrario de México, Séptima Edición, fo. 60, Editorial Porrúa S. A. México, 1959.

(74) J. M. Ots Capdequi... además, se exigió a los propietarios de tierras la exhibición de sus títulos de dominio, anulando las apropiaciones indebidas o las realizadas con exceso al amparo de un título legítimo, si el poseedor no legalizaba su situación con el pago de una cantidad en concepto de *composición*. El Estado Español en las Indias, Tercera edición, fo. 40, Fondo De Cultura Económica.

(75) León Fernández. El 7 de noviembre de 1807 el Gobierno superior, á consulta del Gobernador de Costa Rica, declaró que no debían remediarse las tierras compradas á A.M. o compuestas y poseídas antes del año 1700, aunque no estuviesen confirmadas; y que las que lo estuvieran, no se pudiesen remediar desde el año dicho hasta el 15 de octubre de 1754; y, por último, que en las dudas se recibiese información de testigos sobre los límites ó mojones que los interesados debían hacer de cal y canto. Historia de Costa Rica Durante la Dominación Española, fo. 465, Tipografía de Manuel Ginés Hernández, 1889, Madrid.

La confirmación.— Sirvió la confirmación para bonificar situaciones de hecho, de tenencia de tierra, por simple posesión o con títulos insuficientes, defectuosos u obtenidos indebidamente (76). La importancia de la confirmación consistió, pues, en la ratificación obtenida por su medio con lo cual se evitaba "un amago a la propiedad y el desasociego social que este amago trae siempre consigo". Fue la confirmación un medio de adquisición de las tierras "del soberano español" (77). En el siglo XVIII se permitió que la confirmación se expidiera por los jueces privativos de tierras, sin acudir al Rey y al Consejo de Indias (78 á 81 incl.). Los Cabildos Municipales, habían

(76) Yo, el Rey —Por mandado del Rey nro señor— Joan de Ybarra —El Rey— Presidente de mi audiencia Rl. de Guatemala: por otra cedula mia de la fha desta os ordeno que me hagais Restituir todas las tierras que cualesquier Personas tienen y poseen en esa Prouincia sin Justo y legitimo título, haciéndoles examinar para ello, por ser mio y pertenecerme todo ello . . . os doy comision, poder y facultad para que Resetuando ante todas cosas lo que os pareciere neceso para plazas, exidos, propios, pastos y baldíos de los lugares y consejos que están poblados así por lo que toca al estado presente como al Porbenir y al asuero y cresimto, que puede tener cadavno, y a los yndios lo que vbiere menester para hacer sus sementeras, labores y crianzas; todo lo demas lo podais componer; y siruiéndome los poseedores de las dhas tierras, chácaras, estancias y cortijos y cauallerias con lo que os pareciere ser Justo y razonable, segun la calidad y cantidad de las tierras que tienen y poseen sin Justo y legitimo título, se las podais confirmar y darles título de nuebo de ellas; y para que a los mismos y a otros cualesquier que, aunque posean algunas de las dhas tierras, chácaras y estancias con buenos titulos, quisieren nuebas confirmaciones de ellas, se las podais conceder con las clausulas y firmezas que les conuinieren, sit biéndome con ello con lo que fuere Justo y con ellos consertáredes . . . Título de 20 caballerías de tierra concedidas a la Ciudad de Carago en 1663. Revista indicada, Año III, nos. 9 y 10 fo. 446.

(77) Angel Caso. Derecho Agrario, fo. 44-45. Editorial Porrúa, S. A. México, 1950.

(78) Real provisión. Comunica la Real Cédula del 14 de mayo de 1652 que dispone como pena a los que dentro de ocho meses no hagan confirmados sus títulos de tierras, que le sean quitadas estas y vueltas a vender. Indice Sección Colonial de Archivos Nacionales, A.C. 1078, fo. 139.

(79) Real Cédula fecha en San Lorenzo, Faculta a los virreyes y a las Audiencias para nombrar delegados para la venta y composición de bienes realengos y la confirmación de títulos. Indice Sección Colonial de Archivos Nacionales. A.C. 1123.

tomado la facultad, de hecho, de repartir tierras realengas o baldías. Sin embargo, excepto a dos, les fue suprimida esa facultad. A pesar de lo dicho antes, lo cual constituye el resultado de un esfuerzo por condensar las ideas principales sobre la materia, es necesario aceptar lo difícil de establecer los límites del área de aplicación de esta figura jurídica (82).

La prescripción. Fue la prescripción un medio para adquirir la propiedad (83). Omitimos señalar sus detalles pues de todos es conocida la institución romana, de la cual, adoptó

(80) Real cédula impresa con instrucciones para facilitar el pronto despacho y confirmación de títulos de tierras en las Indias, por medio de jueces delegados. Deja sin efecto la de 24 de noviembre de 1735 que exige la confirmación directa del Rey. Indice Sección Colonial de Archivos Nacionales, A.C. 1093. fo. 1.

(81) J. M. Ots Capdequi. Todos los títulos para la adquisición originaria del dominio privado de la tierra —Repartimientos, Reales Cédulas ordinarias o extraordinarias de gracia o merced, remates y composición— estuvieron sujetos a la Real Confirmación. Ante la resistencia pasiva opuesta por los particulares, se llegó a permitir en el siglo XVIII que la Real Confirmación fuera expedida por los propios Jueces privativos de tierras, sin necesidad de acudir precisamente al Real y Supremo Consejo de las Indias.

A los Cabildos Municipales —con excepción, por razones muy particulares, del de Tolú y del de La Habana— se les quitó la facultad que por *via de hecho* se habían tomado de repartir tierras baldías o realengas. El Estado Español en las Indias, Tercera edición, fo. 40, Fondo de Cultura Económica.

(82) J. M. Ots Capdequi. Y junto a este agobiante deber informativo, la figura jurídica de la Real Confirmación. Sería difícil tratar de delimitar el área de aplicación de esta figura jurídica. Encomiendas de indios y ventas y composiciones de tierras baldías o realengas, remates y renunciaciones de los Oficios Públicos enajenables, asientos otorgados con personas particulares para la construcción de caminos o de otras obras públicas a cambio de determinadas gracias o mercedes, Ordenanzas redactadas por las Audiencias, los Cabildos Municipales y otros organismos administrativos, raro era el acto jurídico de alguna significación que no necesitase de la confirmación del Rey para obtener plena validez. Y yo he podido comprobar documentalmente que su otorgamiento o denegación no se hacía de manera rutinaria, sino que se estudiaban a fondo los autos que al efecto se remitían al Consejo. El Estado Español en las Indias, Tercera edición, fo. 57, Fondo de Cultura Económica.

(83) Doña María Filiberta Recio, viuda, promueve diligencias para medir y titular un potrero llamado El Jorco, tierras realengas que posee Don Tomás Padilla. Indice de la Sección Colonial de Archivos Nacionales. C.C. 4727.

los rasgos distintivos (84). Sí es importante tener presente, como lo afirma Ots Capdequi (85) que la Real Instrucción de 1754 "sólo admitió esa *justa prescripción* para las situaciones de hecho producidas con anterioridad a 1700, pero no para las que se hubieran producido con posterioridad a esa fecha".

*La pública subasta.*— También fue este medio por el cual se podía adquirir la propiedad. Ese sistema, de enajenar las tierras realengas, al rematante mejor postor, se implantó en tiempos de Felipe II, en 1591 (86-87). "En la Recopilación de las Leyes de Indias de 1680 se permitió que en los remates se hicieran adjudicaciones bajo la figura jurídica del censo al quitar. (88).

*El realengo y los montes, bosques y aguas.*— Existieron en la colonia dos tipos de propiedad estatal: el realengo y la de los montes, bosques y aguas. Realengo era la tierra del Rey. Lo constituía aquella que había sido objeto de descubrimiento y conquista y no de adjudicación. Las reservaba el Rey, como dice Caso repitiendo parte

(84) Angel Caso. Derecho Agrario, Fo. 46. Editorial Porrúa, S. A. México, 1950.

(85) J. M. Ots Capdequi. El Estado Español en las Indias, Tercera edición, fo. 41, Fondo de Cultura Económica.

(86) J. M. Ots Capdequi. En tiempos de Felipe II... se implantó el sistema de enajenar las tierras de realengo en pública subasta, adjudicándolas al rematante mejor postor. Persistieron los repartimientos de tierras, en los lugares de nuevo descubrimiento o nueva población, y las Reales Cédulas de gracia o merced, pero ahora ya como algo excepcional. Lo corriente fue, a partir de esa fecha —1591—, que las tierras baldías o realengas se adjudicasen en pública subasta al rematante mejor postor. El Estado Español en las Indias, Tercera edición, fo. 40, 40. Fondo de Cultura Económica.

(87) Testimonio de la venta al pregón de 38 caballerías de tierra, más 194 1/3 cuerdas, en el sitio de San Joaquín de Barrahonda, jurisdicción de Nicoya. Índice de la Sección Colonial de Archivos Nacionales C.C. 889.

(88) J. M. Ots, Capdequi. El Estado Español en las Indias, Tercera edición, fo. 4º, Fondo de Cultura económica.

de la Ley 14, Título XII, del Libro IV, "para disponer de ella a nuestra voluntad" (89). El realengo fue quien dio a luz a los otros diversos tipos de propiedad durante el colonialismo (cabía, con respecto a él, la confirmación, la composición, la prescripción, la pública subasta, etc.) (90-91). Por la Ley 5ª del Título XVII del Libro de la Recopilación de Indias se dispuso "que el uso de todos los pastos, montes y aguas de las provincias de las Indias, sea común a todos

(89) Por cuanto su magestad, que Dios guarde, dio i libró la cedula del tenor siguiente —el Rey— mi Presidente de mi audiencia Rl. de Guatemala: por auer Yo subcedido enteramente en el señorio que tubieron en las Indias los señores que fueron de ellas, es de mi Patrimonio Real el señorio de los baldíos, suelos y tierras de ellas que estubiere concedido por los señores Reyes mis Predecesores o por mí, o en su nombre y en el mio, con poderes y facultades especiales que obiéremos dado para ello, y a que esto e tenido y tengo siempre voluntad de hacer mrd. y repartir justante. el dho suelo y tierras y baldios, asignando a los lugares y consejos los que Pareciere que les conviene, para que tengan suficientes exidos propios y términos Públicos, segun la calidad de los dhos lugares y consejos, y asimismo a los naturales Yndios y españoles, para que tengan tierras en propiedad en que poder sembrar y criar... con ocacion que tienen de la mrd. de algunas tierras, se ayan entrado y ocupado en otras muchas sin título, Causa ni Razón, y que otras las tengan y Conserben con títulos finxidos e ynbalídos de quien no tubo poder ni facultad para poderce las dar, es causa que se ayan ocupado la mejor y la mayor parte de toda la tierra, sin que los consejos e Yndios tengan lo que necesariamente, an menester y que ninguno lo posea sin Justo título... a parecido que conviene que toda la tierra que se posee sin Justos y verdaderos títulos se me Restituya, segun y como me pertenece, para Reseruando ante todas cosas lo que os pareciere necessº para Plaza, exidos, Proprios, pastos y baldios de los lugares y consejos que estan poblados, si por lo que toca al estado presente en que se hallan como al porbenir y al asumo, que puede tener cada vno, y repartiendo a los Yndios lo que buenamte. vbieren menester para que tengan en que labrar y hacer sus sementeras y crianzas, confirmandoles en las que tubieren de presente y dándoles de nuebo hasta lo que les fuere necessº. toda la demas tierra quede y esté libre y desembarazada para hacer mrd. y disponer de ello a mi voluntad... Título de 20 caballerías de tierra concedidas a la Ciudad de Cartago en 1663. Revista Indicada, Año III nos. 9 y 10, fo. 445.

(90) Los vecinos de Escazú piden al Gobernador declare realengas las tierras que allí poseen y por las que pagan esquilmo a doña Micaela Saenz que no tiene títulos... se declara sin lugar la instancia por resultar que las tierras (Escazú y Santa Ana) fueron medidas y comuestas con S.M. por el padre don Gaspar, Cascante de Rojas, que fue su dueño. Índice de la Sección de Archivos Nacionales C.C. 3234.

(91) Angel Caso. Derecho Agrario. Fo. 47. Editorial Porrúa, S. A. México, 1950

los vecinos de ellas, que ahora son y que después fueren, para que lo puedan gozar libremente y hacer junto a cualquier buhío sus cabañas, traer allí sus ganados, juntos o apartados, como quisieren". En la Ley 7ª se ordenó que los montes, pastos y aguas de los lugares contenidos en las mercedes sea comunes a españoles e indios (92).

Los pueblos.— Dos especies de pueblos existieron en la colonia, los de españoles (93) y los de aborígenes. Para cada uno de ellos se establecieron disposiciones especiales en las Leyes de Indias (para los primeros los Títulos V, VI y VII del Libro IV; para los otros, el Título III, Libro VII) (94). En cuanto a los españoles, las Ordenanzas repitieron leyes y costumbres de su tierra de origen: se tomaba tierra suficiente para dehesas, ejidos y propios y el resto se partía en cuatro correspondiendo una parte al que tenía la capitulación (ver Nota N° 45), y las otras tres se repartían en suertes iguales entre los pobladores (95). Si por falta de población sobraba tierra se reservaba para

(92) Angel Caso. Derecho Agrario, Fo. 48. Editorial Porrúa. S. A. México, 1950.

(93) León Fernández. Fernández de Córdoba... cumplió las instrucciones de Pedrarias, y llegado al Golfo de Nicaragua, fundó, en la costa Sur del golfo y frente a la isla de Chira, una población de Españoles que llamó villa de Bruselas, en recuerdo de la conquista de Flandes, hecha bajo Carlos Quinto, entonces rey y emperador. Esta fundación tuvo lugar probablemente a fines del año 1523, y no en 1524 como sostiene Herrera; y fue la primera población de Españoles establecida hacia el Sur en Centro-América. Colección de Documentos para la Historia de Costa Rica, Tomo I, Imprenta Nacional, 1881, fo. 135.

El 1º de junio de 1763 el Presidente de la Audiencia D. Alonso Fernández de Heredia, autorizó la erección en villa de la Inmaculada Concepción de Cubujuquí de Heredia, concediéndole jurisdicción en cuatro leguas en cuadro ó prolongadas, según la disposición del terreno. Historia de Costa Rica Durante la Dominación Española, fo. 394, Tipografía de Manuel Ginés Hernández, 1889, Madrid.

(94) Angel Caso. Derecho Agrario, Fo. 50. Editorial Porrúa. S. A. México, 1950.

(95) Dr. Lucio Mendieta y Núñez. En la propiedad comunal se distinguen, según las leyes españolas, cuatro clases bien diversas en cuanto a su origen y aplicación: el fundo legal, el ejido, los propios y las tierras de repartimiento. El Problema Agrario de México, Séptima Edición, fo. 46, Editorial Porrúa S. A. México, 1959.

futuros habitantes del pueblo (96 a 98 incl.). Por otra parte, los pueblos indígenas (reducciones - resguardos), gozaban por lo menos, de "una legua a la redonda en cuadro" de tierra (99). La propiedad era comunal. La tierra se

(96) Angel Caso. Derecho Agrario... trazo de la nueva población: en el centro estaría el casco, lo que después se llamó el *fundo legal*; inmediatamente, al margen, estaría la tierra cuya denominación fue *ejido*; después, las tierras pastales, llamadas, desde la Edad Media, en el Código de don Alfonso El Sabio, *las Siete Partidas, defesas*; después, los *propios*, con su fisonomía tan característica; el resto formaría la propiedad privada, dividida en tantas *suertes*, cuantos *solares* hubiere en la población, en el *fundo*, procediendo de igual manera, si existía algún terreno de regadío. Editorial Porrúa. S. A. Fo. 53. México, 1950.

(97) Dr. Lucio Mendieta y Núñez. En cuanto a la traza del pueblo, una vez escogido el lugar, las Ordenanzas no hicieron otra cosa que repetir leyes y costumbres que en España se seguían al fundar un nuevo centro de población: debería determinarse una extensión de tierra suficiente para dehesas y ejidos, otra para propios (Nota: se llamaban propios los terrenos que cada pueblo tenía para cubrir sus gastos particulares) y el resto se dividía en cuatro partes: una para el que había obtenido la capitulación, las tres restantes para repartir suertes iguales entre los pobladores y lo que por falta de población quedase sin repartir se reservaba para los que posteriormente se establecieran en el pueblo.

De este modo fueron fundados innumerables pueblos de españoles y se hicieron muchas mercedes de tierras para edificación de casas y explotación de sementeras. El Problema Agrario de México, Séptima Edición, fo. 26, Editorial Porrúa S. A. México, 1959.

(98) J. M. Ots Capdequi. En la legislación se distinguieron tres clases de poblaciones: ciudades metropolitanas, ciudades diocesanas o sufragáneas y villas y lugares. El Cabildo de las primeras estaba integrado por "doce Regidores, dos Fielles Executores, dos Jurados de cada Párrquia, un Procurador General, un Mayordomo, un Escribano de Concejo, dos Escribanos públicos, uno de Minas y Registros, un Pregonero Mayor, un Corredor de Lonja y dos Portereros". En las segundas, "ocho Regidores y los demás oficiales perpetuos". Para las villas y lugares: "Alcalde Ordinario, cuatro Regidores, un Alguacil, un Escribano de Concejo público y un Mayordomo" (Ley II, tí. VII, lib. IV de la Recopilación de 1680). Son muy interesantes los preceptos contenidos en las Ordenanzas de Felipe II, de 1573, sobre fundación de ciudades y urbanismo. El Estado Español en las Indias, Tercera edición, fo. 69, Fondo de Cultura Económica.

(99) 27ª.—También esta ordenado el que no puedan vivir Españoles mestizos y mulatos en los Pueblos de los Inos, por el perjuicio que les causan y fuera de esto sucede que algunos Españoles en caso que no viuan en dhos Pueblos hazen su Vecindad en los egidos de ellos, de forma que les hacen perjuicio con sus ganados y también ellos los Reciuén de los ganados de los Ynos. de que Resulta disencion entre ellos por las muertes de dhos ganados; y dejando en su fuerza vigor lo que queda ordenado cerca de la distancia que han de tener las estancias de los Pue-

dividía en tres partes. Una se parcelaba entre las familias del lugar para su cultivo, con el derecho de tomar para sí las cosechas. Otra tenía, como destino, producir pasto para el ganado común (100 a 102 incl.). La última parte era labrantío, de trabajo obligatorio para todos los vecinos destinándose los beneficios a las Cajas de Comunidad (103 a 106 incl.).

blos: hordeno que los Españoles o otra cualquiera perssa. que haga viuienda en dhos ejidos sea lanzado de ellos, de forma q, se le deje al Pueblo vna legua alrededor que se contara desde sus goteras, para que del dho distrito puedan gozar los Yndios, con huertad para sus conueniencias . . . Real Cédula que aprueba las ordenanzas dictadas por Benito de Novoa Salgado, oidor de la Audiencia de Guatemala, del 15 de octubre de 1676, fo. 153, Revista indicada, Año I, Nos. 3 y 4.

- (100) León Fernández. "En ninguno de los pueblos de indios hay hacienda alguna de ganado de comunidad, y tal cual particular tiene una ó dos cabezas".

Informe del gobernador Juan de Dios de Ayala, a la Audiencia, de fecha 5 abril 1816. Historia de Costa Rica Durante la Dominación Española, fo. 484, Tipografía de Manuel Ginés Hernández, 1889, Madrid.

- (101) Real provisión para que los Gobernadores, Alcaldes mayores y Corregidores den cumplimiento a lo dispuesto sobre bienes de comunidades, en beneficio de los indios; como lo previenen las cédulas reales que inserta, de 26 de febrero de 1687 y 26 de marzo de 1689. Cuidarán de que los indios tengan hatos de ganado mayor y menor y siembren milpas, regalando a cada indio diez brazas; y llegando el pueblo a cien tribus, sea una fanega de sembradura, y si fueren doscientas dos. Indice Sección Colonial de Archivos Nacionales A. C. 1078, fo. 337.

- (102) J. M. Ots Capdequi. Todo pueblo o reducción de indios, gozaba de la propiedad de una extensión de tierra que por lo menos era de una legua a la redonda o en cuadro, llamada resguardo. Estos resguardos eran de propiedad comunal y se beneficiaban económicamente distribuyendo las tierras que los integraban en tres partes: una que se parcelaba, adjudicándose las distintas parcelas anualmente a diversas familias de la comunidad, para que las cultivasen y se beneficiasen de sus cosechas; otras que se destinaba a pastos para los ganados de la comunidad; y otra tercera que se labraban por todos los vecinos o que se adjudicaba a título de censo bien a indios, bien a españoles, ingresándose los beneficios que así se obtenían en las Cajas de Comunidad. El Estado Español en las Indias, Tercera edición, fo. 32, Fondo de Cultura Económica.

- (103) 30.—También sauen los Alcaldes Ynos. como les esta ordenado, de muchos años a esta parte, el particular cuidado que deuen tener de hacer milpas de Comunidad assi de mais como de algodon en las tierras que fueren a proposito pa. ello. pa. que tengan con que sustentan

Es importante definir, aunque sea en breves palabras, cada una de las especies de tierra aludidas al hablar de los pueblos coloniales.

*El fundo legal.* El fundo legal nació de las ordenanzas del 26 de mayo de 1567. Era "la parte de terreno dedicada directa y exclusivamente para servir de casco a

a su Doctrinero y pa. las necesidades comunes del Pueblo, y porque muchos Ynos. se vyen por no acudir a ellas, hordenado y mando que si acaso el Yndio se fuere a casa de algun Español, el Gouor lo saque y Reduzca a su Pueblo dando para ello cuenta los Alcaldes, los quales lo castiguen de modo q. otros Ynos. Escarmienten. Real Cédula que aprueba las ordenanzas dictadas por Benito de Novoa Salgado, oidor de la Audiencia de Guatemala, el 15 de octubre de 1676, fo. 154, Revista indicada, Año I, Nos. 3 y 4.

- (104) 30.—... la milpa de comunidad de mays si el pueblo fuere pequeño sera de vna fanega de sembradura; y si fuere grande el Pueblo seran tres fanegas de sembradura. Real Cédula que aprueba las ordenanzas dictadas por Benito de Novoa Salgado oidor de la Audiencia de Guatemala, del 15 de octubre de 1676, fo. 154, Revista indicada, Año I, Nos. 3 y 4.

- (105) 4.—Yten ordeno y mando que si acaso los Ynos. hauiedo cultivado y sembrado la tierra de sus lauores, y hecho todas las diligencias necesarias pa. que fructificasen si por accidente de los tiempos se perdiesen los frutos constando la Estirilidad de ellos no tengan obligación a pagar el tributo de la Especie en que la vbiese hauido y se le persone de manera que aunque benga otro abundante no puedan ser obligados a pagar los tributos que se le perdonaron el antecedente ni el encomendero yntente la cobranza de ellos pues lo mesmo se vsa y estila con los tributos de su Magd. Real Cédula que aprueba las ordenanzas dictadas por Benito de Novoa Salgado, oidor de la Audiencia de Guatemala, del 15 de octubre de 1676. Fo. 143, Revista indicada, Año I, Nos. 3 y 4.

- (106) Opinaba Juan de Solórzano que los indios, desde el punto de vista del derecho de propiedad, debían ser considerados como aquellas personas designadas según la tecnología jurídica de la época con el nombre de *miserables*, y de aquí que no pudieran disponer por contrato "de bienes raíces o de otras cosas de precio i estimación sin especial intervención y consentimiento de su protector general, o del particular, que se les suele señalar en semejantes casos; que además de esto, ayan precedido treinta pregones, en treinta días para la venta de los raíces, de nuevo en nuevo para la de los muebles o semovientes". En cambio, se les exigían menos solemnidades de las ordinarias para disponer de sus bienes por testamento. El Estado Español en las Indias, Tercera edición, fo. 162. Fondo de Cultura Económica.

- (107) Ver Nota N° 96.

la población" (107). Se fijó, definitivamente, en seiscientas varas, "a partir de la iglesia y a los cuatro vientos" (108).

El ejido. El ejido (de *exitus*: salida) lo constituía la tierra, como la palabra lo indica, que estaba situada a la salida del lugar y era común para todos los vecinos. Nadie, por consiguiente, como afirma Angel Caso, "podía apropiárselo ni ganarlo por prescripción, ni edificar en él, ni disponer de él" (109). Fue una de las instituciones españolas más antiguas que procrearon la propiedad rústica (110). No existió, dentro de las normas jurídicas españolas, una que señalara el área que correspondía al ejido. Algunos autores entienden que las dimensiones se señalaban "en la concesión respectiva o título de fundación de los pueblos (111 a 113 incl.). Del informe del Gobernador Tomás de Acosta, de fecha 15 de enero de 1803, aparece que la medida del ejido era, en esa fecha, de "media legua á

- (108) Dr. Lucio Mendieta y Núñez. El Problema Agrario de México, Séptima Edición, fo. 48, Editorial Porrúa S. A. México, 1959.
- (109) Don José Nicolás de Bonilla pide que se le venda un pedazo de tierra de los ejidos de Cartago. Se le vende en 28 pesos el mayordomo de propios don José Manuel Sancho de Castañeda debidamente autorizado. Índice de la Sección de Archivos Nacionales C.C. 228.
- (110) Angel Caso. Derecho Agrario, Fo. 54, Editorial Porrúa, S. A. México, 1950
- (111) El capitán Juan Sancho de Castañeda pide título de una estancia que posee en los ejidos de la ciudad de Cartago. Están las diligencias de medida. Índice de la Sección de Archivos Nacionales. Archivo Municipal, Fo. 104 N° 656 C.C. Referencia.
- (112) El Cabildo de Cartago dispone que se visiten los ejidos y que sean matriculados los vecinos que los ocupan, con indicación clara de lo que cada uno debe pagar, según las tierras que ocupa, las que serán medidas: "... se ordena a los vecinos que tienen ranchos o chozas en los ejidos de modo informal que se trasladen a vivir al arrabal de Cartago. Índice de la Sección de Archivos Nacionales. Fo. C.C. 234.
- (113) Dr. Lucio Mendieta y Núñez. En las leyes españolas no hay disposición alguna sobre las dimensiones que deben darse a los ejidos. Don Wistano Luis Orozco expone a este respecto una opinión que estimamos acertada: "Parece, dice, que el legislador da por supuesto que esas dimensiones se fijan en cada caso por la concesión respectiva o título de fundación de los pueblos". El problema Agrario de México, Séptima Edición, fo. 53, Editorial Porrúa S. A. México, 1959.

cada viento cardinal" (114). Por las ordenanzas dictadas por el visitador y oidor Dr. Don Benito de Novoa y Salgado, con fecha de 20 de febrero de 1675, las cuales fueron aprobadas por Real Cédula de 15 de octubre de 1676, se señaló "una legua alrededor de cada población de indios para sus ejidos" (115 a 117 incl.).

- (114) León Fernández. El 20 de Febrero de 1675 el visitador y oidor Doctor D. Benito de Novoa Salgado dictó unas ordenanzas... Señaló una legua alrededor de cada población de indios para sus ejidos... Las ordenanzas del visitador Salgado fueron aprobadas por Real cédula de 15 de octubre de 1676. Historia de Costa Rica Durante la Dominación Española, fos. 243 y 244, Tipografía de Manuel Ginés Hernández, 1889, Madrid.
- (115) León Fernández. El terreno medido para ejido es de media legua á cada viento cardinal, en cuya extensión pasturarán los ganados que tienen para su uso y servicio diario, formarán potreros y harán cercos para labranza. Informe de 15 de enero de 1803 del Gobernador Tomás de Acosta. Historia de Costa Rica Durante la Dominación Española, fo. 456, Tipografía de Manuel Ginés Hernández, 1889, Madrid.
- (116) Carlos Meléndez Ch. Con el mismo sentido, viene consecuentemente "la merced á los dichos pobladores que, para propios de los pueblos que así pobláredes, podáys señalar algunas tierras, exidos, dehesas y otras cosas". Es lógico que toda fundación requería necesariamente para poder subsistir, de la ocupación de las tierras inmediatas para las labores agrícolas o ganaderas de los colonos y dentro de la misma ciudad o poblado, el señalamiento del solar en el que se habría de construir la vivienda del vecino de la misma. De allí la facultad que se otorgaba al Capitán de "dar solares para casas y tierras para yngenios de azúcar y hurtas y para viñas, y rrepartir las aguas y dar cavallerías de tierras para pan llevar y estancias para ganados en cada pueblo de los que pobláredes, sin perjuicio de los yndios, rrepartiendo á cada uno conforme rrazón y á la calidad de sus servicios y personas". Los poderes conferidos al Alcalde Mayor Licenciado Juan de Cavallón. Fo. 47, IV Centenario de la entrada de Cavallón a Costa Rica 1561-1961. Academia Costarricense de la Historia, Imprenta Nacional, Costa Rica, 1961.
- (117) León Fernández. Los vecinos de Heredia ocurrieron á la Audiencia pidiendo ejidos á fin de formar con sus productos un fondo municipal. El Gobernador, informando á este respecto, dice con fecha 12 de febrero de 1800: "porque a más de ser aquella población una de las más antiguas de esta provincia, de donde han salido dos distritos considerables, cuales son los de Villa Nueva (San José) y Villa Hermosa (Alajuela) ... El 18 de marzo de 1805 el Gobernador volvió a informar favorablemente á la pretensión de ejidos por parte de los vecinos de Heredia. La Audiencia, con fecha 20 de noviembre de 1807, decretó: "Archívese este expediente, poniéndose en su estado, con noticia del Gobernador de Costa Rica, y formándose planilla de las costas que se le remitirá para su recaudación. Historia de Costa Rica Durante la Dominación Española, fos. 450 y 451, Tipografía de Manuel Ginés Hernández, 1889, Madrid.

La *dehesa*.— La dehesa era una determinada cantidad de tierra acotada, cuyo destino regular era servir de sitio en que pastaba el ganado. Se le llamó también *defesa*, de *defendere* que significa *defender* o *prohibir*. Sólo existió en las poblaciones de españoles, no en las reducciones de indios, pues los aborígenes no tenían ganado (118). Fue tan importante la dehesa que en ocasiones, por su falta, familias enteras se trasladaban a otros lugares (119).

Los *propios*.— Los propios eran los terrenos de propiedad de los ayuntamientos, de las poblaciones (120) y tenían por fin cubrir los gastos públicos, para lo cual, en vez de cultivarse en forma colectiva, las autoridades "administradoras" los daban en censo o los arreglaban entre los vecinos del pueblo" (121). Existieron propios urbanos y

(118) Angel Caso. Derecho Agrario. Fo. 55. Editorial Porrúa. S. A. México, 1950.

(119) León Fernández. Me es indispensable no dejar de hacer presente á V. E. que esta ciudad, capital de la provincia, se ha hecho la más infeliz de sus poblaciones á causa de la angustia en que viven sus moradores por la falta de tierras y dehesas, que no se señalaron desde su principio competentemente, de donde nace que obstinados se despartian familias enteras á vivir á otros lugares. Informe a la Audiencia del Gobernador Juan de Dios de Ayala de fecha 5 de abril de 1816. Historia de Costa Rica Durante la Dominación Española, fo. 486, Tipografía de Manuel Ginés Hernández, 1889, Madrid.

(120) Angel Caso, Derecho Agrario. Fo. 55. Editorial Porrúa. S. A. México, 1950.

(121) Dr Lucio Mendieta y Núñez. Desde la época prehispánica era costumbre que cada barrio (*calpulli*) tuviese parcelas cuyos productos se destinaban a cubrir determinados gastos públicos. Estas parcelas eran cultivadas colectivamente por los trabajadores del barrio a quienes pertenecían. Durante la época colonial, tanto los pueblos de españoles como los de indios de nueva fundación, poseyeron, por disposición expresa de los reyes, terrenos para cubrir sus gastos públicos. En estos terrenos se les daba el nombre de propios; pero en vez de ser cultivados colectivamente, los Ayuntamientos, que eran las autoridades encargadas de su administración, los daban a censo o los arrendaban entre los vecinos del pueblo, aplicando lo que por este concepto percibían, a los gastos públicos. El Problema Agrario de México, Séptima Edición, fo. 55, Editorial Porrúa. C. A. México, 1959.

propios rústicos, por lo cual no tenían una situación fija (122). Tampoco estaba prefijada su área, la que se establecía en el título correspondiente (123 - 124).

Los *arbitrios*. Los arbitrios al igual que los propios, eran bienes de propiedad del ayuntamiento que, "en determinadas circunstancias, se arbitra el común". Son propios. "Como ejemplo de ellos podríamos citar: el terreno concedido en censo, el capital impuesto sobre bienes raíces, el monte usufructuado por el común y rentado para el corte de maderas gruesas, etc., son bienes y terrenos que con sus productos subvienen a las necesidades del municipio" (125).

Las *suertes*. Las suertes eran "terrenos de propiedad y disfrute individual. A cada solar, en el fundo legal, correspondía "una suerte para sembradío" (126).

(122) Angel Caso. Derecho Agrario. Fo. 56. Editorial Porrúa. S. A. México, 1950.

(123) Y para que lo proueito tenga efecto, mandé dar el presente, por el cual, en nombre de su Magestad y en virtud de sus Reales Cédulas suso Yncertas, doy y hago mrd, a la dha ciud. de Cartago y al cauildo, Justicia y Regimiento de ella, de las veinte caballerías de tierra que la medida suso Yncerta Refiere, las queles puedan tener y tengan para Propios de la dha ciudad de Cartago, en lo qual se puede criar y tener ganado mayor y menor, Mulas, Yeguas y caballos y sembrar Semillas y Plantas de la tierra y hacer los edificios necesarios, disponiendo de ello la dha. ciudad de Cartago como de cosa suya, lo qual sea como dho es para propios de ella y para quien su derecho Representare, esto atento a aber seruido a su magd con la compocision, y media annata; y ordeno al governador de aquella Prouincia y mando a su lugartheniente que dé o haga dar possession, de las dhas tierras a quien fuere parte por la dha ciudad de Cartago, y en ello la anpare y defienda y no concienta que sea desposeida sin que primero sea oyda y bencida, sin hacer en contrario, pena de doscientos pesos para la Rl. camara, fho en la ciudad de Santiago de Guatta., en Doze dias del mes de mayo de mill y seiscientos y sesenta y tres años. Título de 20 caballerías de tierra concedidas a la Ciudad de Cartago en 1663. Revista indicada, Año III, Nos. 9 y 10, fo. 448.

(124) Cuaderno de propios de la Ciudad de Cartago de 1674 a 1678. Índice de la Sección Colonial de Archivos Nacionales. C. C. 79.

(125) Angel Caso. Derecho Agrario. Fo. 56. Editorial Porrúa. S. A. México, 1950.

(126) Angel Caso. Derecho Agrario. Fo. 56. Editorial Porrúa. S. A. México, 1950.

Las obvenciones. "Semejantes a... terrenos de propios y arbitrios... los de obvenciones, que eran terrenos por los cuales los poseedores estaban obligados a satisfacer a la Iglesia o al Soberano cierto rendimiento consistente casi siempre en una determinada parte de las cosechas (127-128).

La capellanía. Es importante también referirnos a la propiedad eclesiástica. Se creó, en tiempo de la colonia, la institución (económico-religiosa) conocida con el nombre de "capellanía". Era el medio de provocar una renta para costear los gastos de los estudiantes de "ciencias eclesiásticas". Pesaba, generalmente, sobre una hacienda. Los bienes que respaldaban la renta, se daban en arrendamiento y el inquilino "se obligaba a entregar los réditos a una fecha señalada, a mantener el buen estado de los bienes y procurar las mejoras necesarias". En determinados casos se concedían en subasta pública, al rematante mejor postor. En 1805, siendo insuficientes los ingresos, se ordenó la consolidación de las capellanías. Debían ingresar, los capitales, en las Cajas Reales, y se reconocería, a los propietarios un 5% anual. "En consecuencia todos los inquilinos de capellanías debían de redimir sus bienes hipotecados, capellanías y censos eran rematados en pública subasta. Muchas personas obtuvieron propiedades valiosas por bajo precio... La consolidación tuvo lugar en Costa Rica en 1805, 1806 y 1807. Se consolidaron unas 90 diferentes capellanías, cuyo capital se remitió a las Cajas Reales de Guatemala". Unas pocas capellanías, —obras pías de Nicoya—, no entraron en la consolidación (129). Las comunidades monásticas se multi-

(127) Angel Caso. Derecho Agrario. Fo. 56. Editorial Porrua. S. A. México, 1950.

(128) Angel Caso. Derecho Agrario. Fo. 56-57. Editorial Porrua. S. A. México, 1950.

(129) Luis Felipe González Flores. Los donantes fundaban las capellanías por sí mismos o por medio de sus albaceas; en ambos casos debía

otorgarse escritura delante del Juzgado Real; Principal se llamaba la suma total en plata o cacao de la capellanía que se hacía pesar sobre una hacienda, un hato o una casa; en la misma escritura se designaba cuál debía ser el rédito, su distribución, si podía redimirse, etc, se nombraba Patrón a quien correspondía la prestación y capellanes que casi siempre eran los parientes de los fundadores, *inquilino*, era la persona que tomaba en arrendamiento los bienes que respaldaban al principal. Este se obligaba a entregar los réditos a una fecha señalada, a mantener en buen estado los bienes y procurar las mejoras necesarias. Si el principal era redimible, podía solicitar la redención al Juzgado Eclesiástico y otorgar la escritura respectiva; si no era redimible, lo único que podía haber era oblar, es decir, renunciar el inquilinato para que otra persona lo tomara. Ninguna oblación era válida si no contaba con la licencia del Vicario y Juez Eclesiástico, y el consentimiento del Síndico General de los Conventos, del Defensor de Obras Pías o del Capellán, según tratase de Capellanías de los conventos, de las iglesias, seculares, o de los beneficios y demas obras pías. Aceptada la oblación el Juez Eclesiástico admitía el nuevo inquilino y le ordenaba otorgar escritura ante el Juez competente. En no pocos casos, sobre todo cuando el principal había disminuído o carecía de inquilinato por muerte del poseedor, el Juez Eclesiástico concedía los inquilinatos por medio de remate al mejor postor. En Cartago, se solía hacer el remate a la salida de la misa mayor en el cementerio de la iglesia, un indio a doble caja u otra persona de buenos pulmones pregonaba: "una capellanía de tantos pesos de principal: ¿Quién la quiere? Los postores ofrecían lo que les parecía, y después se adjudicaba al mejor postor con la frase sacramental: "Tantos pesos por una capellanía": ¿Quién da más? A la una, a las dos, a las tres, qué buena, qué buena, buena pro le haga".

... Cuando la capellanía vacaba, el Juez de Capellanías de León mandaba fijar un edicto en las Iglesias especificando las cargas, quien fue el último capellán y demás detalles del caso. Se presentaban los que creían tener derecho a ella, y si por voluntad de los fundadores debían ser sus parientes más cercanos los capellanes, éstos debían probar por medio de información el grado de parentesco.

... No siendo suficiente estas entradas, se dio en 1805 la orden de consolidar todas las capellanías y censos eclesiásticos, ingresando sus capitales en las Cajas Reales y reconociendo éstas un 5% anual a los propietarios. En consecuencia todos los inquilinos de capellanías debían de redimir sus bienes hipotecados, capellanías, y censos, eran rematados en subasta pública. Muchas personas obtuvieron entonces propiedades valiosas por bajo precio. La Consolidación tuvo lugar en Costa Rica en 1805, 1806 y 1807. Se consolidaron unas 90 diferentes capellanías, cuyo capital se remitió a las cajas reales de Guatemala.

Advertíase finalmente que unas pocas capellanías no entraron en la consolidación, quizá debido a la astucia de sus tenedores. Esto sucedió prácticamente con las obras pías de Nicoya.

... De esta manera muchas personas que obtuvieron el inquilinato de una capellanía o censo a poca costa, disfrutaban casa de habitación, hacienda y ganado, sin otro desembolso que los gastos de escri-

plicaron con los años acaparando, poco a poco, la riqueza inmueble (130 a 132 incl.). La anterior situación dio origen a

tura. Por lo mismo eran estas capellanías muy buscadas, hacían un bien positivo al pueblo, y no pocas formaban con ellas el principio de su fortuna posterior. La ley favorecía al inquilino aplicado y hacendoso, por cuanto disponía que las mejoras de fundo y el aumento de su valor debía ser un beneficio del inquilino. El Gobierno Eclesiástico en Costa Rica, durante el régimen colonial y la influencia de los sacerdotes en el desenvolvimiento religioso y cultural del país. Revista de la Academia Costarricense de la Historia, Año VII, Set. 1957, N° 21, fo. 18-19-20-21.

(130) Rodrigo Facio Brenes. Pero si bien estas formas de drenaje de la riqueza pública representaban un vicio social, otras había que asumían caracteres de verdadera gravedad para el desarrollo normal de la economía. Nos referimos a las comunidades monásticas, que se multiplicaban año tras año y que fueron acaparando, poco a poco, la riqueza, especialmente la inmueble. La Federación Centroamericana, Revista de los Archivos Nacionales, Año III, Nos. 5 y 6, fo. 281.

(131) León Fernández. El 9 de agosto de 1783, el presbítero D. Manuel Antonio Chapuí de Torres, Cura de San José, otorgó testamento por el cual donaba tierras a la población. . .

"26.—Item declaro que las tierras es que está poblada esta villa son mías, cuyos títulos han perdido mis sobrinos, pero es pública y notorio cuáles son los linderos, pues lo acreditan los demás que con ellos confinan por sus escrituras; y es mi voluntad que queden a beneficio de los hijos de ella, con el bien entendido que todos los que quisiesen sitio para vivir sean bajo la campana, y ésta se ha de medir por el teniente de Gobernador que es ó fuera de esta villa, á quien para ello se le deberá tomar su venia. Historia de Costa Rica Durante la Dominación Española, fo. 426, Tipografía de Manuel Gines Hernández, 1889, Madrid.

(132) Cleto González Víquez. Estas tierras del Padre Chapuí, según testamento de su padrastro Capitán don Francisco Alejandro Bonilla, comprendían varias caballerías y tenían por mojones la junta de los ríos Tiribí y María Aguilar; de ahí al Ocloro y camino del Zapote por una línea al río Torres por otra. Del Ocloro otra línea siguiendo el camino del Teniente Miguel de Mora a otro paso del río Torres de ahí pasando a la otra banda de dicho río por el camino real de Cartago a una quebrada que estaba a la espalda del Hermano Mauricio de Umaña y bajaba aguas abajo hasta llegar a la casa del Capitán Miguel Jiménez. Comprendían, pues, todo lo que es San José, con excepción del alto de las Moras, que estaba intercalado, la Sabana, las orillas de uno y otro lado del Torres, parte de Guadalupe, San Juan y la Uruca y las Orillas del Tiribí y María Aguilar. En la administración de esas tierras hubo mucho descuido y desorden en un principio. Los pobladores de San José no sólo cogían solares, sino terrenos para cultivo y potrero y aun de la Mata Redonda cerraron pedazos dándole una fea figura. Pero en 1830 la Asamblea ya estableció algún orden. San José y sus comienzos, Revista de los Archivos Nacionales, Año III, Nos. 1 y 2, fo. 105.

la Real Cédula del 7 de junio de 1687, por la cual se ordenó, a virreyes, gobernadores y demás autoridades, hacer un informe "sobre la manera de evitar que entren bienes raíces a los conventos y se perpetúen en ellos con ocasión de las dotes a los monjes, ni con otros pretextos los puedan adquirir, ni los conventos ni los religiosos. La Real Cédula pide el número de conventos que había en cada distrito, qué numeral tiene cada uno y el que debe tener por su creación, qué bienes raíces de todo género y permanentes tenía al presente, y tuvieron en su fundación y qué cantidad era necesaria para sustentar cada convento en bienes raíces" (133).

*Medidas agrarias.* Para completar las ideas expuestas, debemos referirnos a las medidas agrarias. Las de mayor uso eran la *peonía* y la *caballería*. "Los nombres. . . responden a la costumbre que había de repartir entre los soldados conquistadores el botín recogido al consumarse la conquista en relación con su clase y categoría" (134). Una peonía era "solar de cincuenta pies de ancho y ciento de largo, cien fanegas de tierra de labor, de trigo o de cebada, y diez de maíz, dos huebras de tierra para huerta, y ocho para plantas de otros árboles de secadal, tierra de pasto para diez puercas de vientre, veinte vacas y cinco yeguas, cien ovejas y veinte cabras". Una caballería era "solar de cien pies de ancho y doscientos de largo, y de todo lo demás como cinco peonías". Posteriormente, en la Recopilación hecha de las Leyes de Indias, se precisaron así esas medidas

(133) Luis Felipe González Flores. El Gobierno Eclesiástico durante el régimen colonial y la influencia de los sacerdotes en el desenvolvimiento religioso y cultural del país. Revista de la Academia Costarricense de la Historia, Año VII, set. 1957, N° 21, fo. 21.

(134) Dr. Lucio Mendieta y Núñez. Los nombres de estas medidas responden a la costumbre que había de repartir entre los soldados conquistadores el botín recogido al consumarse la conquista en relación con su clase y categoría. Se llamaba peonía a la que se destinaban, en el reparto, a un soldado, infante o peón, y caballería, a lo que se asignaba a un hombre de a caballo. Estas mismas medidas se tomaron como base para hacer el reparto entre los colonos españoles según se ordena en la ley citada. El Problema Agrario de México, Séptima Edición, fo. 27, Editorial Porrúa S. A. México 1959.

agrarias: peonía: "680 varas cuadradas para edificar su casa, 1088 para la huerta, 188.356 para siembra de granos de Europa y 18.856 para el cultivo del maíz". Una caballería: "solar de 100 pies de ancho, 200 de largo y todo lo demás como cinco peonías, que serán 500 fanegas de labor para pan de trigo o cebada, 50 de maíz, 10 huebras de tierra para huertas, 40 para otros árboles de secabal, tierras de pasto para 50 puercas de vientre, 100 vacas, 20 yeguas, 500 ovejas y 100 cabras" (135). Según la instrucción dada a D. José Antonio de Oriamuno para medir tierras, en 1780, una caballería constaba de 22 cuerdas y 36½ varas de largo, y 11 cuerdas y 18¼ varas de ancho, que comúnmente se llamaba cabezada. Cada cuerda se componía de 50 varas castellanas" (136-137).

En 1821 termina, como veremos en el Capítulo siguiente, el coloniaje español. Poco antes de esa fecha, el 29 de julio de 1820, había sido leída, en Costa Rica, para su publicación, la última carta política española que nos rigió de 12 de marzo de 1812, el decreto de la Regencia del Reino de 2 de mayo de 1812, y la proclama del Rey D. Fernando VII (138).

(135) Mendieta y Núñez, Dr. Lucio. El Problema Agrario de México, Séptima Edición, fo. 27, Editorial Porrúa S. A. México, 1959.

(136) León Fernández. Historia de Costa Rica Durante la Dominación Española, fo. 415-416, Tipografía de Manuel Ginés Hernández, 1889, Madrid.

(137) Testimonio del título de propiedad de don Juan de Espinosa sobre 28 y media Caballería de tierra, más de 75 490 varas cuadradas y cuatro octavos situadas en el sitio llamado San Francisco en el corregimiento de Nicoya. Índice de la Sección Colonial de los Archivos Nacionales C. C. 564.

(138) León Fernández. El 29 de julio de 1820, el factor D. Mariano Montealegre, el presbítero D. Rafael Castillo, el Licenciado don Ra ael Barroeta, alcalde ordinario, y D. Rafael Gallegos, leyeron en la plaza pública de San José, para su publicación, la Constitución española promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812, el decreto de la Regencia del Reino de 2 de mayo de 1812 y la proclama del Rey D. Fernando VII. Historia de Costa Rica Durante la Dominación Española, fo. 490, Tipografía de Manuel Ginés Hernández, 1889, Madrid.

## VIDA INDEPENDIENTE HASTA LA LEY No. 2825

El 30 de enero de 1821 "dejó de latir al unísono el corazón de Guatemala con el corazón de España, aflojándose en ese instante y para siempre los vínculos que hasta entonces los mantenían unidos" (139). El 15 de Setiembre de este año se proclama la independencia de Centroamérica de España. El Acta de esa independencia contiene, en general, todos los principios refundidos en el Plan de Iguala, excepto la idea monárquica (140). El 5 de enero de 1822 las mismas autoridades que suscribieron el Acta de Independencia firman la anexión a México (141). Otras provincias, inesperadamente, proclamaron su anexión, —"en calidad de Estados confederados y no de simple vasallaje, como les hubiese sucedido aceptando la propuesta de México"—, a Estados Unidos de Norte América (El Salvador) y a la Gran Colombia (Costa Rica) (142). La anexión "sólo vino a interrumpir la marcha inicial de estos pueblos en el camino de su vida independiente y libre. Esa anexión fue la causa inmediata y determinante que provocó la necesidad imperiosa de declarar nuevamente la independencia de estas Provincias no con

(139) Ricardo Gallardo. El diputado Sacaza no fue nunca más convocado a sesiones, pero tuvo bien al corriente de lo que sucedía a los Ayuntamientos de Santa Ana, Quezaltenango y Tegucigalpa. El 30 de enero de 1821 se leyó la *comunicación* de Sacaza en el Ayuntamiento de la ciudad de Guatemala. Las Constituciones de la República Federal de Centro América, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pág. 45.

(140) Ricardo Gallardo. Las Constituciones de la República Federal de Centro América, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, tomo I, fol. 224.

(141) Ricardo Gallardo. Las Constituciones de la República Federal de Centro América, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, tomo I, fol. 206.

(142) Ricardo Gallardo. Las Constituciones de la República Federal de Centro América, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, tomo I, fol. 236.

respecto a España, independencia que no hizo más que consolidarse, sino frente a las otras naciones "cuyos actos, leyes y órdenes fueron abrogados, en la medida que estos conciernan a Centroamérica" (143). Por Acta de 1º de julio de 1823 se proclama la independencia absoluta, "no sólo frente a España (simple confirmación) sino también de México y de cualquier otra Nación" (144), y nacen las "Provincias Unidas del Centro de América". Por decreto del 14 de noviembre de 1838 Costa Rica se transforma en Estado Libre e independiente. En julio de 1842, electo Francisco Morazán jefe supremo y provisional del Estado, se declara que Costa Rica constituía parte, y seguiría siéndolo, de la Federación Centroamericana. El 30 de agosto de 1840 se declara Costa Rica nación soberana e independiente, y toma el nombre de República de Costa Rica.

A partir de la Independencia y hasta la promulgación de la Ley N° 2825, con fecha 14 de octubre de 1961, se dictaron leyes, decretos y acuerdos ejecutivos, sobre la propiedad de la tierra, formando una legislación casi ininteligible, por lo profusa y desordenada. Pese a ello trataremos, en el poco espacio y tiempo dedicado a la preparación de este estudio (en relación por supuesto a la extensión del tema tratado), de condensar, por lo menos, las normas que tuvieron vigencia en el curso de tantos años y que cobraron mayor importancia, todo con el fin exclusivo de formar una idea sobre la forma en que se ha regido la propiedad de la tierra en nuestro país.

La fundación de los pueblos se ha dispuesto, unas veces, en terrenos de propiedad particular, que han sido objeto de expropiación; y otras, en terrenos nacionales. El área para

(143) Ricardo Gallardo. Las Constituciones de la República Federal de Centro América, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, tomo I, fol. 222.

(144) Ricardo Gallardo. Las Constituciones de la República Federal de Centro América, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, tomo I, fol. 185.

cada uno, ha sido diferente en la mayoría de los casos. Una parte se ha destinado al centro de la población, y otra a la agricultura. La primera generalmente ha sido dividida en manzanas, "dando á la manzana cien varas en cuadro", y ésta en solares de "cincuenta varas en cuadro", con calles rectas, y con la reserva de una manzana para la plaza y los terrenos necesarios para la Iglesia, Cárcel, y demás oficinas administrativas; la otra, en partes de dos, seis y diez manzanas: no han existido en cuanto a ese extremo disposiciones uniformes. La mayor parte de las veces esos terrenos se han adjudicado sin pago de suma alguna de dinero, pero siempre con la condición de construir casas en los solares y de cultivar los terrenos de labranza. (145).

Las Municipalidades fueron autorizadas para enajenar los terrenos conocidos con el nombre de ejidos, propios, dehesas y arbitrios, con excepción, únicamente, "de los de propiedad particular de algún Pueblo ó sus Barrios". Sin embargo, quedaron obligadas a reservarse cuatrocientas manzanas, cada una, en lugares cómodos e inmediatos a las poblaciones, con el fin de aumentar las mismas, entregándolos, sin exigir pago alguno, para solares (de cincuenta varas en cuadro), a los que pidieran terrenos para "fabricar casas", no pudiéndose negar al que los pidiera "con tal que no tenga casa propia, ni lugar en que hacerla, y sea padre de familia: entendiéndose por tal el que estuviere matrimoniado, ó sea viudo con hijos". Se estableció el derecho, para los habitantes que construyeran sus casas en tierras "no propias", para hacer suyo el solar, siempre que no poseyeran excesos de cabida. La venta de los

(145) Orden 15 - 6 Ab. 1836; L - 155 - 9 Ab. 1836; Resol. 25 - 25 feb. 1840; D.E. 17 - 17 Jul. 1840; D.E. 2 - 14 Set. 1841; D.E. 19 - 31 Jul. 843; D.E. 42 - 19 Ab. 1844; AC 2 - 11 Mayo 1872; AC. 2 - 17 Feb. 1877; AC. 29 - 10 Ab. 1882; D.E. 6 - 21 Ab. 1882; D.C.P. 22 - 21 Dic. 1885; L. - XIV - 26 Ab. 1886; D.E. - 31 - 21 Ag. 1893; D.E. - 35 - 25 Ag. 1893; D.C.P. 28 - 3 Marzo 1903; A.C. 348 - 13 Dic. 1907; L. - 35 - 5 Jul. 1915; L 166 - 22 Ago. 1935; D.E. 35 - 29 Julio 1942; D.E. 4 - 7 Julio 1943; D.E. 41 - 22 Ago. 1945; D.E. 9 - 12 Set. 1945; L. 1092 - 29 Ago. 1947.

terrenos indicados al principio debía hacerse por el precio establecido por peritos, y principalmente, con cabidas pequeñas, pues el fin era lograr que se constituyeran en propietarios personas de escasos recursos. Las ventas eran a "moderada composición", por lo cual no se admitían pujas. Los títulos debían ser extendidos por el Presidente y el Secretario de la Municipalidad (146).

A cada pueblo se concedió una legua de terreno, y pudo venderse, por las Municipalidades, única y exclusivamente, en cuanto a las partes poseídas al 2 de enero de 1849, pero debiendo encontrarse las áreas objeto de enajenación "cercadas de una manera estable; esto es con zanjas, cercados de piedra o de madera viva". Los terrenos que no reunían esas condiciones fueron declarados inalienables (147). Al disponer las Municipalidades vender los terrenos ocupados, si los poseedores no querían comprarlos, se sacaban a subasta pública, y del precio de la venta se daba al ocupante la parte correspondiente a las mejoras ejecutadas por él, valoradas separadamente del terreno (140). Para la adquisición de terrenos de determinadas leguas, se establecieron disposiciones específicas (149). A las Municipalidades también se concedió el derecho a denunciar terrenos baldíos, autorizándoseles para enajenar, en todo o en parte, ese derecho. La venta debía hacerse en pública subasta, adjudicándose al mejor postor. No podían admitirse posturas que no cubrieran la base y debían ser al contado y ante el Juez de lo Contencioso Administrativo (150).

(146) Dto. CXIV - Abril 8, 1835; Dto. CXXII - Mayo 15, 1835; D.E. 32 - 15 Dic. 1841; L. 44 - 1 Oct. 1858; D.E. 23 - 26 Julio 1871; D.E. 11 - 23 ab. 1877

(147) L. 170 - 2 Enero 1849.

(148) Dto. XLVI - 21 Julio 1892.

(149) L. 5 - 20 Oct. 1945; Dto. E. 46 - 28 Julio 1950.

(150) L. 3 - 2 Agosto, 1907.

En cuanto a terrenos baldíos (antes realengos), las disposiciones dictadas son casi incontables. Sin embargo, aparte de las que más adelante citaremos, existen normas jurídicas, dentro de nuestra legislación, por las cuales se establece: que el Gobierno obligue a los dueños de fincas o haciendas de cincuenta cabezas arriba, que las tengan en tierras baldías, a comprar las que necesiten (151); la concesión de gracias a los que cultiven determinadas zonas (152), o determinado producto (153), o ambas cosas a la vez (154), o a los labradores, jefes de familia sin tierra (155); la venta, en pública subasta, de los que contengan maderas de Brasil (156); el límite, de diez caballerías, para los denuncios (157); la posibilidad de pagarlos con las certificaciones por sueldos de empleados (158), o de empréstitos para el camino de Limón (159); cuáles terrenos no son baldíos (160); el destino de determinados terrenos baldíos (161); disposiciones especiales para el denuncia de determinados baldíos (162); el precio que debe constituir la base en

(151) L. 24 - 30 Noviembre 1824.

(152) L. 170 - 4 Nov. 1828; D.E. 26 - 6 Oct. 1840.

(153) L. 24 - 1 Junio 1831; L. 38 - 7 Set. 1831; L. 111 - 15 Jun. 1853; L. 20 - 12 Jul. 1866; L. 26 - 30 julio 1866; L. 11 - 7 Set. 1882.

(154) D.E. 95 - 1 Febrero 1853.

(155) L. 23 - 28 Julio 1851.

(156) D.E. 25 - 14 Mayo 1833.

(157) L. 38 - 14 Julio 1854.

(158) A.C. 3 - 6 marzo 1861.

(159) A.C. 15 Junio 1866.

(160) Declaratoria 18 Junio 1866.

(161) L. 53 - 28 Set. 1869.

(162) Resol. 1 - 9 Mayo 1874; Disposición 1 - 13 marzo 1874; D.E. 10 - 23 Ab. 1881; L. XXIV - 18 Junio 1886; L. 23 - 9 Junio 1896; L. 30 - 8 Nov. 1827; D.E. 3 - 3 Nov. 1936

su venta (163); el contenido de los títulos de propiedad (164); las dimensiones de la legua agraria para cuando, en las concesiones, no se hubiese determinado (165); concesiones a favor de la industria minera (166); el procedimiento en la expedición de títulos de propiedad (167); la exigencia de depósito para admitir denuncios (168); el derecho de las personas que han cerrado y cultivado porciones a uno y otro lado de la vía mixta al Atlántico, de hacerlas propias si no exceden de diez manzanas (169); la posibilidad de denunciar, libremente, los situados fuera de determinada zona (170); la inadmisibilidad de los denuncios durante determinadas épocas (171); la posibilidad de adquirirlos mediante la ocupación y cultivo (172); la división, medida y venta de determinados lotes (173), la adquisición de lotes por ciudadanos costarricenses cabeza de familia (174); la adjudicación a determinadas personas (175); la adjudicación a costarricenses de cierta edad (176); autorización

(163) AC. 10 - 6 Ab. 1877.

(164) Resol. 12 enero 1878.

(165) Resol. de 23 Ab. 1878.

(166) Dec. 25 - 20 Julio 1878.

(167) D.E. 29 - 5 Set. 1878.

(168) A.C. 25 - 12 mayo 1880; D. E. 11 - 20 Julio 1880.

(169) L. 42 - 23 Julio 1883.

(170) Declaración 1 - 5 Oct. 1885.

(171) L. 16 - 1 Abril 1896; L. 24 - 9 Junio 1896; L. 55 - 4 Julio - 1913.

(172) L. 7 - 22 Octubre 1903.

(173) 131 - 25 Octubre 1853 y L. 41 - 13 Julio 1906.

(174) L. 3 - 17 Nov. 1909; L. 137 - 2 Oct. 1924; L. 84 - 1 Ago. 1925.

(175) L. 55 - 17 Agosto 1916.

(176) L. 29 - 3 Diciembre 1934.

a determinados concesionarios, para localizar y adjudicarse en propiedad, el mismo número de hectáreas a que tienen derecho, en cualquier zona de los baldíos nacionales (177); la adjudicación en restitución de terrenos propios ocupados por personas que carezcan de títulos inscritos (178); las zonas de terrenos baldíos y la localización de terrenos que se solicitan en permuta (179); la suspensión del régimen de ocupación de fincas particulares y de intercambio de tierras baldías con terrenos parasitados (180); y, la enajenación, por el Ministerio de Agricultura, de terrenos propiedad del Estado (181).

Existen normas jurídicas, también, que establecen reservas en los terrenos baldíos, limitaciones a su disposición o un destino específico. Entre muchas, encontramos las siguientes de interés, que nos dan una idea de la situación creada con su contenido.

**Reservas.**— De una milla de latitud, sobre las costas del mar exclusive, a favor de la marina, pesquería y salinas (182); de una faja de tierra de mil varas a cada lado del camino al Norte (183); de una zona a ambos lados del Ferrocarril del Puerto de Limón a Pacuare (184); de las tierras que fueron objeto de la concesión ferroviaria Astúa-Pirie (185); para efectos de la explotación de ma-

(177) L. 124 - 2 Julio 1941; L. 362 - 21 Agosto 1941.

(178) L. 88 - 14 Julio 1942; D.E. 11 - 6 Agosto 1942.

(179) D.E. 2 - 30 Enero 1943.

(180) L. 1294 - 1 Junio 1951.

(181) L. 2204 - 14 Abril 1958.

(182) L. 162 - 28 Junio 1828.

(183) Resol. 2 - 26 Nov. 1863.

(184) L. 49 - 13 Agosto 1875.

(185) L. 2 - 9 Mayo 1908.

deras en sus bosques (186); al servicio de tribus indígenas autóctonas (187); para asentar Colonias Agrícolas (188); y de recreo y turismo (189).

*Limitaciones.*— Imposibilidad de denunciar: en la zona de dos mil varas de latitud a lo largo de las costas de ambos mares (190); o terrenos tan inmediatos al Puerto de Limón, que lleguen a ser comprendidos en la legua que haya de concederse a la población que allí se establezca, o que excedan de cinco caballerías, entre el Río Pacuare y la Milla reservada en el litoral Atlántico (191); en Santa Clara (192); en la Provincia de Cartago, en cuanto a una faja de tierra de diez millas a uno y otro lado de la línea del Ferrocarril (193); en una zona de diez millas a una y otra orilla del trazado del Ferrocarril, en toda la extensión de éste, comprendida entre Puntarenas y Limón (194); las antes baldías cuya medida se haya practicado (195); los situados fuera de la zona y al Norte de la vía férrea en Santa Clara, hasta limitar con el río Sarapiquí en el curso de éste, desde su nacimiento hasta su confluencia con el brazo del río Sucio o río San José (196); en los territorios de San Carlos

(186) L. 75 - 8 Agosto 1921.

(187) D.E. 45 - 3 Dic. 1945; D.E. 34 - 15 Nov. 1956.

(188) L. 803 - 7 Set 1946; L. 1047 - 22 Agosto 1947.

(189) L. 2906 - 24 Nov. 1961.

(190) L. 39 - 31 Agosto 1868.

(191) Disposición 34 - 6 Marzo 1869.

(192) Disposición 240 - 12 Octubre 1869.

(193) Resol. 10 - 25 Nov. 1873.

(194) Ac. 47 - 28 Junio 1879.

(195) L. 13 - 19 Set. 1882.

(196) Ac. 138 - 19 Setiembre 1882.

Sarapiquí y Río Frío (197); los situados en la zona de doce millas a uno y otro lado del trazo del ferrocarril de Reventazón (198); de los que se hallan situados al Norte de una línea que partiendo de la boca del río Tortuga o Tortuguero en el Atlántico, y pasando por la confluencia del río Sucio en el Sarapiquí, por la del río Peñas Blancas en el San Carlos y por el volcán Miravalles, termine en el Cabo Elena, en la bahía de Murciélago en el Pacífico (199); inalienabilidad de una zona de terreno de dos kilómetros de ancho, a uno y otro lado de la cima de la montaña conocida con el nombre de Montaña del Volcán Barba, desde el cerro llamado Zurquí hasta el que se conoce con el nombre de Concordia (200); indenunciabilidad de determinadas partes de la milla marítima en todo el Golfo de Nicoya (201); de las sitas a uno y otro lado de la línea férrea del Reventazón (202); de los comprendidos en una zona de 15 kilómetros a uno y otro lado del curso de los ríos Virilla y Grande desde la confluencia del primero con el río Tiribí hasta la desembocadura del último en el Golfo de Nicoya (203); de determinadas tierras para facilitar la explotación de minas de oro (204); de los terrenos de las islas (205); de los comprendidos en las dos riberas del río Banano (206); el cráter

(197) D.C.P. 6 - 21 Febrero 1885.

(198) L. 49 - 11 Agosto 1885.

(199) L. XXX - 22 Junio 1888.

(200) L. LXV 30 Julio 1888.

(201) L. LXVI - 29 Julio 1892.

(202) L. LXVII - 29 Julio 1892.

(203) L. 7 - 13 Nov. 1895; L. 32 - 23 Junio 1896.

(204) L. 62 - 29 Julio 1896.

(205) L. 11 - 22 Nov. 1905; L. 17 - 30 Mayo 1906.

(206) L. 37 - 29 Julio 1908.

del Volcán Poas y una zona de 2000 metros alrededor de la cumbre de dicho cráter y de la orilla de la laguna de dicho Volcán (207); de una zona de cincuenta kilómetros de ancho a lo largo de la frontera definitiva con la República de Panamá (208); de los situados al norte de la población de Chomes (209); imposibilidad de enajenar los denominados "Las Siete Caballerías de Nuestro Amo" (210); indenunciabilidad de los conocidos con el nombre de Reserva Astúa-Pirie (211); de los situados en la región de Santa Clara entre los ríos Sucio y Sarapiquí y la carretera a Carrillo (212); de los comprendidos entre los ríos Savegre y Grande de Térraba (213); de determinada parte de la finca La Palma, en cantón de Abangares, (214); de la zona comprendida entre los ríos Sucio y Sarapiquí (215); de los situados en la milla marítima del litoral Atlántico (216); limitaciones a la disposición de los lotes en Naborío, Alvarado, El Convento, en Cartago (217); indenunciabilidad de una determinada Zona

---

(207) L. 44 - 21 Junio 1913.

(208) D.E. 3 - 29 Octubre 1914.

(209) L. 66 - 17 Agosto 1916.

(210) L. 54 - 8 Agosto 1918.

(211) D.E. 3 - 25 Setiembre 1919.

(212) D.E. 13 - 23 Abril 1925.

(213) D.E. 1 - Set. 1927.

(214) L. 122 - 2 Julio 1941.

(215) L. 159 - 10 Agosto 1942.

(216) L. 19 - 12 Noviembre 1942.

(217) L. 39 - 23 Diciembre 1943.

en las márgenes del río Sabalito (218) y, de otras determinadas zonas (219).

*Destino específico.* Destina, a cada uno de los lados del río Sarapiquí, una faja para la ubicación de casas y formación de sementeras y potreros de familias costarricenses, centroamericanas o extranjeras que se establezcan a las orillas del camino (220), y, en ambas riberas del río Sarapiquí, y en toda su extensión hasta su confluencia con el San Juan, una faja de tierra de 500 varas de ancho dedicada exclusivamente a agraciarse a los costarricenses pobres, y a los habitantes laboriosos de cualquier nación que quieran poblarla y cultivarla (221).

En cuanto a terrenos para indígenas, aparte de las normas citadas y las que luego comentaremos, es interesante conocer las que disponen: que los ladinos que quieran acercarse en los pueblos de indígenas gozarán de los mismos beneficios y derechos que estos y cualquier vecino puede laborar y criar en los terrenos de indígenas incultos pagando el "egido" a la Municipalidad respectiva (222); el traslado de los indígenas del pueblo de Tucurrique al de Cot (223); la comisión para la medida y división en lotes de las tierras de Nueva Santa María y Buenos Aires, para

---

(218) D.E. 10 - 31 Enero 1952.

(219) L. 41 - 22 Jul. 1884; Ac. CCCXCIX - 26 Oct. 1889; Ac. CCCL - 30 Oct. 1889; Ac. XV - 10 Ene. 1890; L. XLI - 11 Jun. 1890; L. 5 - 27 Enero 1897; L. 11 - 29 Mayo 1897; L. 39 - 28 Jul. 1897; L. 5 - 30 Ag. 1898; L. 1 - 30 Ag. 1899; L. 14 - 3 Mar. 1900; L. 9 - 25 Mayo 1900; L. 10 - 28 Ago. 1900; D.C.P. 1 - 19 Ago. 1901; L. 9 - 22 Mayo 1902; L. 1 - 25 Ago. 1902; L. 7 - 18 Mayo 1903; L. 17 - 9 Jun. 1911; D.E. 12 - 20 Feb. 1913; D.E. 2 - 4 Julio 1914; L. 28 - 13 Junio 1944; D.E. 20 - 10 Marzo 1946.

(220) D.E. 7 - 14 Feb. 1849.

(221) D.E. 8 - 23 Abril 1858.

(222) L. 91 - 13 Mayo 1826.

(223) D.E. 11 - 18 Noviembre 1839.

abrir matrícula de poseedores de baldíos, y para medir terrenos poseídos por indios en los pueblos de Térraba y Boruca, abriendo una matrícula de ellos (224); el establecimiento, en el caserío de Coroma, de un internado de indios (225); y, la ratificación de Convenios de la Conferencia Internacional de Trabajo, entre ellos el Convenio Relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de otras poblaciones tribuales y semitribuales de los Países Independientes (226).

En relación con las aguas, se estableció la diferencia entre las de dominio público y las de dominio privado. Se incluyeron entre las primeras las nacidas continúa o discontinuamente, en terrenos del mismo dominio, las continuas de manantiales y arroyos que corren por sus cauces naturales, los ríos, los lagos y lagunas formadas por la naturaleza que ocupen terrenos públicos, las aguas de la zona marítima que ciñe las costas de la República, en toda la anchura determinada por el derecho internacional, y las aguas pluviales que discurren por barrancos o ramblas, cuyos cauces sean del dominio público; entre las otras las que nacen en un predio de propiedad particular, continúa o discontinuamente, mientras discurren por el mismo predio, los lagos, lagunas y charcos formados en terrenos del dominio privado, las aguas pluviales que caen en predios de esa naturaleza, mientras discurren por él. Se establecieron disposiciones también para regular el dominio de las aguas muertas y de las aguas subterráneas, las servidumbres, el aprovechamiento de las aguas públicas para el servicio agrícola, y para la pesca (227). Se declararon inalienables las fuentes de aguas minerales existentes en propiedad nacional o de los Mu-

(224) Ac. 46 - 16 Abril 1887.

(225) Ac. 877 - 12 Setiembre 1912.

(226) L. 2330 - 9 Abril 1959.

(227) L. 11 - 26 Mayo 1884.

nicipios (228). Se concedió a perpetuidad, a determinada compañía, el uso de las aguas de varios ríos (229). Se reguló el servicio de aguas potables declarándose determinadas reservas (de tierras y zonas forestales) a favor de la Nación (230). Posteriormente fueron declaradas inalienables y del dominio, gobierno y vigilancia del Estado, todas las aguas de la República que no fuesen del dominio privado, debiendo ejercerse su dominio por medio de la institución denominada "Servicio Nacional de Electricidad". Se dispuso que las concesiones y derechos para el aprovechamiento de las aguas sólo podía obtenerse condicionalmente y por tiempo limitado, el que no excedería de veinticinco años (231). El 27 de agosto de 1942 se promulgó la Ley Número 276, con el nombre de Ley de Aguas, la cual, con algunas reformas, es la que nos rige actualmente. Se establece en ella la diferencia entre aguas del dominio público y privado, se regulan los aprovechamientos comunes y especiales de las aguas públicas, los servicios para abrevaderos, lecherías y riego, las servidumbres, las "Sociedades de Usuarios", la posesión, explotación, ejecución y administración de obras para el aprovechamiento de las aguas, la resolución administrativa de la diferencia y conflictos que se susciten entre particulares con motivo del aprovechamiento de las aguas, manantiales y corrientes de las aguas muertas y subterráneas, así como de las reclamaciones provenientes del uso de las servidumbres o de las discusiones originadas en casos de obras de defensa, desecación o regadío. Se señaló, finalmente, la competencia de los Tribunales comunes en materia de aguas.

En relación con colonias agrícolas, las primeras leyes en Costa Rica se dictaron con el fin de aprobar contratos

(228) L. LVIII - 30 Julio 1887.

(229) Ac. 622 - 25 Noviembre 1909.

(230) D.E. 3 - 8 Marzo 1941; L. 16 - 30 Oct. 1941; L. 1634 - 18 Set. 1953.

(231) L. 258 - 18 Agosto 1941.

de fundación de aquellas con inmigrantes de diferentes nacionalidades excepto de razas Africana y China. Para ese fin, se autorizó el Poder Ejecutivo, para disponer, en los terrenos baldíos, del área necesaria, y para practicar, a costa del Estado, los reconocimientos, medidas y planos topográficos de dichos lugares. Existió al principio un límite, el de diez manzanas, para las adjudicaciones a individuos del sexo masculino, con edad de dieciocho a cuarenta y cinco años. Los varones menores de dieciocho años, tenían derecho a cinco manzanas de terreno. Ese límite luego fue variado. Se dejó, a la iniciativa privada, el cuidado de introducir los inmigrantes, los cuales podían ser simples braceros o familias de labradores. Posteriormente se dio también importancia a la fundación de colonias agrícolas de costarricenses. El Estado se obligó a facilitar la traslación de familias y al suministro, a los colonos, de útiles de labranza, ganado, máquinas para aserrar madera y otras necesarias. Unas veces el Estado se comprometió a donar, otras a vender, a los colonos, una determinada área de terreno, la cual estaba dividida en dos, una pequeña (solar) para la casa, y otra, más extensa, para los trabajos agrícolas. Siempre fue condición para otorgar los títulos de propiedad que el colono hubiese cultivado una determinada parte, con cultivos estables, y construido "una vivienda formal". Se estableció la obligación de todo colono de habitar con su familia y trabajar en la colonia, durante un plazo determinado. Ni la tierra, ni la habitación del colono, ni los productos obtenidos por éste podían ser embargados, ni perseguidos por obligaciones contraídas antes de su instalación en la colonia. En las colonias una parte del terreno se dedicaba a la población y otra a trabajos agrícolas. Posteriormente se combinaron las ideas de colonias de sólo inmigrantes con la de colonias de sólo costarricenses, todo con el fin de armonizar las costumbres de los primeros "con las de los hijos del país", y se estableció que el poder Ejecutivo debía procurar el establecimiento, dentro de las colonias, de agricultores nacionales que hicieran la vida

de colonos, con sus familias y se dispuso que "los inmigrantes e hijos del país estarán en igualdad de condiciones". (232)

Además de las normas jurídicas citadas, se encuentran otras, en la legislación costarricense, de más importancia, por lo cual las escogimos para tratar sobre ellas con más detalle.

Tenemos las contenidas en el Código General, que cobró vigencia el 30 de julio de 1841. Disponían que se consideraban pertenecientes al dominio público: los caminos, rutas, plazas, calles, ríos, y riberas navegables o flotantes, el flujo y reflujo del mar, sus riberas, los puertos, las ensenadas, radas, y generalmente todas las porciones del territorio del Estado no susceptibles de una propiedad privada, los bienes vacantes y sin dueño, y los de las personas que morían sin herederos, o cuyas herencias hubiesen sido abandonadas. Eran bienes comunes, se agregó, aque-

- (232) L. 62 - 4 Noviembre 1825; L. 66 - 19 Noviembre 1825; L. 120 - 29 Marzo 1827; L. 50 - 16 Octubre 1849; L. 65 - 16 Junio 1852; L. 36 - 13 Julio 1854; L. 37 - 3 Noviembre 1862; Ac. 74 - 17 Junio 1885; L. XVI - 29 Abril 1886; L. XIX - 10 Junio 1886; D.E. 43 - 10 Diciembre 1886; Ac. CCLIV - 2 Octubre 1888; Cont. VIII - 13 Mayo 1891; Cont. 15 - 2 Julio 1891; L. LXXIV - 21 Diciembre 1891; Cont. 3 - 15 Julio 1892; C.C. CCLXXVI - 19 Agosto 1892; D.E. 1 - 5 Enero 1893; D.E. 2 - 17 Abril 1894; D.E. 2 - 17 Abril 1894; D.E. 20 Marzo 1894; L. 86 - 1 Agosto 1895; L. 59 - 29 Julio 1896; L. 28 - 14 Julio 1900; Cont. 1 Agosto 1908; L. 19 - 3 Noviembre 1908; L. 50 - 1 Agosto 1910; L. 13 - 31 Octubre 1910; L. 25 - 10 Noviembre 1910; D.E. 7 - 8 Febrero 1911; D.E. 1 - 4 Enero 1913; L. 8 - 15 Junio 1918; D.E. 1 - 3 Octubre 1918; Ac. 106 - 8 Setiembre 1920; L. 19 - 4 Noviembre 1926; L. 18 - 26 Setiembre 1927; L. 4 - 19 Mayo 1931; L. 37 - 11 Noviembre 1931; D.E. 26 - 7 Mayo 1932; L. 47 - 7 Junio 1932; D.E. 3 - 14 Junio 1932; L. 90 - 13 Agosto 1932; L. 41 - 27 Diciembre 1932; L. 78 - 3 Julio 1933; L. 242 - 18 Agosto 1933; L. 251 - 21 Agosto 1933; L. 64 - 29 Marzo 1935; L. 23 - 16 Diciembre 1935; I. 22 - 14 Noviembre 1936; L. 148 - 14 Julio 1939; D.E. 15 - 17 Diciembre 1941; L. 191 - 14 Agosto 1942; L. 21 - 12 Junio 1943; L. 115 - 17 Agosto 1943; Cont. 2 - 3 Agosto 1944; L. 177 - 4 Setiembre 1944; L. 35 - 23 Diciembre 1944; L. 640 - 23 Agosto 1946; D.E. 6 - 20 Octubre 1947; D.E. 8 - 18 Noviembre 1957; L. 2235 - 29 Julio 1958; Cont. 5 - 30 Julio 1958; L. 2276 - 28 Julio 1951; L. 1750 - 16 Junio 1954; Reglamento INVU - 21 Agosto 1957; L. 2235 - 29 Julio 1958; Cont. 5 - 30 Julio 1958; L. 2276 - 28 Octubre 1958; D.E. 7 - 5 Setiembre 1960.

llos a cuya propiedad o producto, tuviesen un derecho adquirido los habitantes de una o muchas comunidades. Otras normas de importancia eran las que dispusieron que la propiedad de los bienes se adquiría y transmitía por sucesión, donación entre vivos y testamentaria, por efecto de las obligaciones, accesión, incorporación y prescripción, y que bienes sin dueño pertenecían al Estado.

El 31 de octubre de 1885 se emitió el Código Fiscal. Contenia disposiciones sobre la propiedad, denuncia y venta de terrenos baldíos (Título XVI, Capítulos I-II y III). Se dijo que eran terrenos baldíos "todos los comprendidos en los límites de la República, que no pertenezcan, con título legítimo a los particulares". y que todos, situados en tierra firme o islas, pertenecían al Estado. Se agregó que podían adquirirse, por título gratuito u oneroso y por prescripción positiva, siempre que se hubiesen poseído por espacio de diez años y concurrieran las condiciones señaladas por el Código Civil. La denuncia de terrenos baldíos era necesario hacerla, según las disposiciones del Código, ante el Juez de Hacienda Nacional pudiendo referirse a terrenos poseídos o no. La medida debía hacerla un agrimensor, y revisarla otro, ambos de nombramiento del Juzgado, junto con dos testigos de asistencia elegidos por aquél. Los colindantes del terreno denunciado tenían obligación de concurrir a la práctica de la medida, y presentar sus títulos y mostrar sus mojones al agrimensor. La medida era hecha con arreglo al sistema métrico decimal. Una vez obtenida la calificación favorable del revisor, dos peritos (nombrados por el demandante y el representante del Fisco), debían proceder al avalúo del terreno, regulando el precio conforme a la tarifa que el Código estableció. Practicado y aprobado el avalúo, el Juez señalaba el día y hora para la venta, en subasta pública, anunciándola con treinta días por lo menos de anticipación, por medio del periódico oficial. El precio podía pagarse al contado o en un plazo de diez años. Aprobado el remate

y satisfecho el precio, o la primera anualidad si la venta se hacía a plazos, el Juez, previa aprobación del Poder Ejecutivo, otorgaba la correspondiente escritura de venta. Se estableció la indenunciabilidad de los terrenos reducidos a cultivo y que los ocupantes tenían derecho: 1º— a que se respetase su posición una vez cerrada la tierra que pretendieran cultivar; y 2º— a que una vez heco un cultivo estable y formal se les adjudicara en propiedad el área cultivada. El cultivo debía hacerse dentro de los tres años posteriores a la ocupación, y no podía exceder, la zona ocupada, de cincuenta hectáreas. Se dispuso que toda venta de terrenos baldíos llevaba consigo, tácitamente sobrentendida, las siguientes condiciones; 1º.— que se hacía siempre sin perjuicio de tercero; 2º.— que la Hacienda Pública no quedaba obligada a la evicción y saneamiento, sino a la devolución de lo mismo que recibio; y 3º.— que el comprador no podía reclamar contra la medida que hubiese servido de base para el remate. A una sola persona en un solo denuncia no podían venderse terrenos que excedieran de quinientas hectáreas, sino en los dos casos siguientes: 1º.— cuando por haber justificado verdadera necesidad, hubiese alcanzado permiso especial del Poder Ejecutivo para la adjudicación de mayor área de tierra; y 2º.— cuando el agrimensor hubiese encontrado que, limitando la medida a las quinientas hectáreas dichas, quedasen entre el terreno denunciado y otros de dominio particular, y entre aquél y algún otro, camino u otro lindero natural, orillas de tierra que a nadie conviniese denunciar, por ser inadecuadas para la formación de una finca.

Con fecha 26 de abril de 1886 se promulgó el Código Civil, el cual tiene vigencia actualmente. Se dispuso, en sus normas, que son cosas públicas las que, por ley, están destinadas de un modo permanente a cualquier servicio de utilidad general, y aquellas de que todos pueden aprovecharse por estar entregadas al uso público. Todas las demás cosas son privadas y objeto de propiedad particular, aunque

pertenezcan al Estado o a los Municipios, quienes para el caso, como personas civiles, no se diferencian de cualquier otra persona. Las cosas públicas están fuera del comercio; y no podrán entrar en él, mientras legalmente no se disponga así, separándolas del uso público a que estaban destinadas. Se dispuso, también, que además del convenio, son modos de adquirir el dominio: la ocupación, la accesión, la herencia o el legado y la prescripción. Aparte de lo dicho se estableció que el propietario que careciera de título escrito de dominio, podrá inscribir su derecho, justificando previamente su posesión por más de diez años, en la forma que indica el Código de Procedimientos Civiles. (después, Ley de Informaciones Posesorias).

La inscripción de posesión no perjudicará, en ningún caso, se dijo, al que tenga mejor derecho a la propiedad del inmueble, aunque su título no haya sido inscrito.

El Código de Procedimientos Civiles se emitió el 6 de mayo de 1887. En ese Cuerpo de leyes se destinaron, para regular la justificación de la posesión, los artículos 846 á 856.

En 1939, el 10 de enero, se aprobó la Ley número 13, con el nombre de "Ley General Sobre Terrenos Baldíos". Se dijo que pertenecían al Estado y se presumían baldíos mientras no se probara lo contrario, todos los terrenos comprendidos en los límites de la República, que no hubiesen sido adquiridos en propiedad mediante título legítimo por particulares, o no inscritos en el Registro Público a nombre del Estado o de cualquiera de sus instituciones o dependencias, o no ocupados en un servicio público. Según esa ley, los baldíos eran susceptibles de dominio particular por efecto de enajenación, denuncia o prescripción adquisitiva. La propiedad de los baldíos podía transmitirse, según esas normas, sólo en los casos siguientes: 1º.— cuando el Estado decretara su enajenación para emplearlas en usos de educación, o para fines artísticos, científicos,

de culto, beneficencia u ornato público, u otros de interés nacional; 2º.— cuando debieran emplearse en construcciones nacionales, municipales o de otras corporaciones o dependencias del mismo carácter; 3º.— cuando el Estado conviniera en cederlos como precio de alguna obra de utilidad nacional, o en compensación de ventajas que obtuviera en sus contrataciones; 4º.— cuando fuese necesario cederlos para arreglar conflictos entre propietarios y ocupantes de buena fe; y 5º.— cuando se considere conveniente acordar su donación en recompensa o pago de servicios importantes prestados en bien de la comunidad. Las anteriores enajenaciones sólo podían efectuarse, según la ley comentada, mediante autorización expresa del Poder Legislativo. A pesar de lo anterior, se estableció el derecho, de todo costarricense mayor de edad, por una sola vez, a obtener la adjudicación de un lote hasta de treinta hectáreas en los baldíos, con las condiciones y reservas establecidas por la misma Ley. Se dispuso que toda enajenación de baldíos llevaba consigo, tácitamente sobreentendidas, las condiciones siguientes: 1º. que se hacía siempre sin perjuicio de tercero; 2º. que la Hacienda Pública no quedaba obligada a la evicción y al saneamiento; 3º. que el adquirente no podía reclamar contra la medida o localización que hubiese servido de base para la enajenación; 4º. que el Estado tendría derecho en cualquier momento, sin indemnización ninguna, hasta un diez por ciento del área denunciada para ejercitar en ella la servidumbre de tránsito necesaria para varios fines. La solicitud para la adjudicación de lotes debía hacerse ante el Juzgado Civil de Hacienda, y tramitarse con intervención del representante de la Hacienda Pública. El Juez nombraba un Ingeniero para efectuar la medida con citación de los colindantes. Terminadas las diligencias de medida el funcionario judicial autorizaba al denunciante para entrar en la posesión del lote, posesión que se convertía en propiedad, si el denunciante demostraba tener cultivada, con cultivos estables y formales, por lo menos la tercera parte del lote, y estar

éste cercado o circundado por carriles ciertos y visibles. En tres casos se podía rechazar la solicitud de adjudicación: 1º. si el lote estaba comprendido en una área prohibida; 2º. si estaba en posesión de un tercero; y 3º. si resultaba comprobado que el lote era de propiedad particular, con título inscrito. Por último, se dispuso, con el fin de mantener sobre estas tierras el principio de la división de la propiedad, y de evitar que pudieran dar base a especulaciones, que ningún contrato de traslación de propiedad, de gravamen real, de administración o tenencia de dichas fincas, lo mismo que cualquier adjudicación o acto similar, sería válido sin la aprobación de la Secretaría de Fomento. Esa limitación se estableció por un plazo de diez años.

El 14 de julio de 1941, se aprobó la ley número 139, conocida con el nombre de Ley de Informaciones Posesorias. Regula la justificación de la posesión con el fin de obtener su registro. El procedimiento establecido contempla la intervención del Representante del Ministerio Público, con el derecho a oponerse a la titulación de una finca que contenga una área de bosques mayor al cincuenta por ciento de la cultivada, si no se comprueba, con documento público, la debida adquisición, o cuando abrigue la duda de que el terreno que se trata de inscribir forma parte de los baldíos nacionales y se ha entrado a poseer en virtud de la Ley de Cabezas de Familia u otra similar sobre colonización interna. Los títulos expedidos conforme a esta ley no pueden exceder de cien hectáreas, salvo tratándose de fincas ganaderas existentes al 6 de enero de 1939, cuyo exceso de cien hectáreas puede titularse, siempre que no exceda del total de la cabida de trescientas hectáreas, si el titular basa su derecho en la posesión de un terreno dedicado a la industria ganadera en la siguiente proporción con su ganado: una hectárea y cuarenta áreas por cada cabeza de ganado si se trata de repastos, y cinco hectáreas por cada cabeza cuando se refiere a potreros de pasto natural y sitios. Se dispone que ninguna informa-

ción posesoria o rectificación de medida perjudicará a terceros, sino después de transcurrido el plazo de la prescripción decenal a contar del día de su presentación en el Registro Público. Para cuando el titular no tenga la posesión decenal y quiera aprovechar la posesión de su causante, se permite acreditar esa posesión presentando documento público en el cual conste el traspaso del derecho, y si fue adquirido por herencia, la hijuela respectiva en que conste la adjudicación. Presentada la solicitud, con los requisitos exigidos por la Ley, el Juez debe llamar, por edictos, publicados en el diario oficial, a todos los que se crean con derecho al inmueble, dándoles un plazo de 30 días para apersonarse en el proceso. También deben citarse los colindantes y los condueños, dándoseles un plazo para oposiciones. La justificación de la posesión debe acreditarse con las declaraciones de cuatro testigos. Siendo satisfactoria la información recibida y no habiendo oposición, o habiéndola se declaraba infundada, el Juez debe aprobarla y mandar a practicar en el Registro Público la inscripción solicitada.

Por Ley 2466 del 9 de noviembre de 1959, más conocida con su nombre, Ley de Fomento Económico, se creó, en el Banco Nacional de Costa Rica, el Departamento de Crédito Rural, Tierras y Colonias, compuesto de las siguientes secciones: a) Sección de Juntas Rurales de Crédito Agrícola; y, b) Sección de Tierras y Colonias. Tuvo por objeto, esa ley, el cumplimiento de los siguientes fines; 1º. impulsar al máximo el crédito agrícola y el mejoramiento económico y social del pequeño agricultor, de conformidad con la política monetaria, crediticia y bancaria de la República; 2º. promover un sistema equitativo en la distribución de la tierra y su mejor y gradual explotación; 3º. cooperar en la conservación y uso adecuado de las reservas de tierras de la nación; 4º. procurar el mejoramiento gradual de las condiciones de vida de los trabajadores del campo y la estabilidad de la familia campesina, mediante

la explotación económica y racional de la tierra; y 5º organizar un sistema de ayuda técnica para los pequeños agricultores, promoviendo para este efecto la cooperación de los diversos organismos nacionales e internacionales especializados en este tipo de actividades. Se concedieron a la Junta Directiva del Banco Nacional de Costa Rica, entre muchas, las siguientes atribuciones: dirigir la política económica, agraria y social de la Sección; levantar inventario de las tierras del Estado y reservas nacionales; establecer demandas para la recuperación por el Estado de los terrenos de que hubiese sido despojado indebidamente; aprobar y ordenar la ejecución de planes de colonización; cooperar con la colonización privada; comprar y disponer la adquisición de tierras de propiedad particular, para los fines de la ley; aprobar la adjudicación de tierras; darle pronta y justa solución a los problemas derivados de la ocupación de tierras por poseedores en precario, así como a los problemas surgidos de la ocupación de la zona de la Milla Marítima; elaborar proyectos de ley para el mejor y más rápido logro de los objetivos de la Sección; determinar regímenes de tenencia de la tierra que debía establecer la Sección en sus proyectos de parcelación y colonización; cooperar en el problema de la vivienda rural; estimular el desarrollo del cooperativismo en el campo, y procurar el mejoramiento cultural de la familia campesina y de su capacitación técnica.

Posteriormente se dictaron las Leyes 2825 del 14 de octubre de 1961 y 3042 del 4 de octubre de 1962, sea lo que hoy constituye la conocida como Ley de Tierras y Colonización, a la cual nos referiremos en el Capítulo siguiente.

Es preciso advertir que el Código General fue abrogado por el Código Civil; las disposiciones citadas del Código Fiscal por la Ley General de Terrenos Baldíos, y esta por la Ley de Tierras y Colonización. Las disposiciones sobre justificación de la posesión fueron sustituidas

por la primera ley de informaciones posesorias dictada y la última legislación sobre esta materia se derogó en cuanto a bienes rurales, por la Ley de Tierras y Colonización, aunque ha mantenido vigencia transitoria para determinados casos y para todas las solicitudes presentadas al amparo de esa norma. También fueron derogados por la Ley de Tierras y Colonización los artículos que comentamos en este estudio, correspondientes a la Ley de Fomento Económico.

#### IV

### LEY DE TIERRAS Y COLONIZACIÓN 2825 - 3042

Al tomar la acepción amplia del término *agrario*, sea lo relativo a la tierra (suelo), las normas jurídicas que tienen que ver con el Derecho Agrario, son las "que regulan, directa e indirectamente, la obtención de los productos de la tierra" (233). Es necesario, pues, para abarcar toda esa rama de la ciencia del Derecho, estudiar el dominio referente al "suelo dedicado a la producción agraria" (incluyendo las propiedades especiales agrícolas, como la llama De Zulueta), el Derecho Agrario Laboral, el crédito y seguros agrícolas, la caza y pesca fluvial, y por último, los servicios agrícolas oficiales. De no ser así llegaríamos a una conclusión errónea, como nos lo dice Angel Caso: una vez repartido el suelo, el problema agrario estaría resuelto (234).

En este Capítulo vamos a referirnos a lo más importante del contenido de la Ley N° 2825 reformada por la

(233) Manuel Ma. de Zulueta. Derecho Agrario, fo. 2. Salvat Editores S. A. 1955.

(234) Angel Caso. Derecho Agrario, fo. 173. Editorial Porrúa S. A. México, 1950.

Nº 3042, conocida con el nombre de Ley de Tierras y Colonización (235). Ese motivo y el estar tratadas las materias de Derecho Agrario Laboral (236), aguas (237), caza y pesca (238), en leyes especiales, y no existir disposiciones sobre seguros agrícolas, nos han llevado a eliminar de esta parte del estudio, todo comentario sobre ellas pero sin des- cuidar la advertencia que hicimos anteriormente.

**Dominio.**— Se establece la distinción entre inmuebles de dominio estatal y privado. Entre los primeros encontramos: a) todos los terrenos comprendidos dentro de los límites de la República que no estén inscritos, en el Registro Público, como propiedad particular, de las Municipalidades o Instituciones Autónomas; b) los que no estén amparados por la posesión decenal<sup>1</sup>; 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 en servicios públicos (239). Son del dominio privado los terrenos inscritos en el Registro Público como propiedad particular (240), y los que se encuentren amparados por la posesión decenal (241).

El dominio sobre los bienes estatales citados se ejerce, salvo algunas excepciones (242), por el Instituto de Tierras

(235) Esas Leyes fueron publicadas en La Gaceta Diario Oficial, Nos. 242 y 228 de 25 de Octubre de 1961 y de 10 de Octubre de 1962, respectivamente.

(236) Código de Trabajo (Ley 2 - 27 de Agosto de 1943).

(237) Ley de Aguas 276 - 27 Agosto de 1942. La Ley Nº 2825 se refiere al tema en los artículos 74, 87, 136 inc. g) y 176 inc. 4).

(238) D.L. 363 - 11 Enero 1949. - D.L. 190 - 28 Set. 1948. D.E. 3 - 19 Enero 1961.

(239) Artículo 11.

(240) Artículos 7 y 11 inc. a).

(241) Artículos 93, 101 y 124, 11 inc. b).

(242) Artículos 13 y 14.

y Colonización, ente autónomo creado para alcanzar los objetivos de la Ley. La disposición y administración de esos inmuebles corresponde, pues, al Instituto, el cual puede destinarlos para parcelación, colonización o cooperativas.

La parcelación (243) consiste en la división de la tierra en partes (parcelas) con cabidas señaladas de acuerdo con la calidad de la tierra y la clase de explotación para que sea apta, de tal manera que su capacidad productiva sea suficiente para procurar la emancipación económica del agricultor y para contribuir eficazmente al incremento de la producción nacional. El Instituto puede disponer de las parcelas a título gratuito u oneroso. En la primera forma en beneficio de familias indígenas. De la otra manera, por medio de ventas hechas a personas mayores de 18 años que soliciten comprarlas, estableciendo, entre ellas, la siguiente prelación: 1º. los arrendatarios, aparceros, colonos y ocupantes que estén cultivando la tierra objeto del contrato, así como los obreros agrícolas (jornaleros) de las mismas; 2º. los campesinos residentes en la región en donde estén ubicadas las tierras abjeto de distribución y que carezcan de ellas o que cultiven un área que no constituya una unidad económica de explotación familiar; 3º. los campesinos de otras regiones, prefiriéndose los de las vecinas, que se encuentren en las mismas condiciones estipuladas en el número 1º; cualquiera otra persona que formule la correspondiente solicitud, prefiriéndose aquella que demostrare tener experiencia o conocimiento en materia agrícola. En igualdad de condiciones, se preferirá a los padres de familia que tengan más hijos o más personas a su cargo. Tendrán prelación especial los arrendatarios, aparceros, colonos u ocupantes y trabajadores agrícolas en general que hubieran sido desalojados de tierras que van a ser objeto de dotación, o que estuvieren pendientes de desalojo. También tendrán prelación especial, dentro de

(243) Artículos 49 á 81.

la clasificación anterior, todos los grupos de agricultores que se organicen en cooperativas.

Luego de acordada la adjudicación, por venta, de una parcela, se expide, a favor del adjudicatario, un título de posesión provisional, en el que constan sus derechos y deberes. Cumplidas por el poseedor todas sus obligaciones con el Instituto (excepto el pago), y transcurridos quince años a contar de la adjudicación de la parcela, se le otorga el título de propiedad. Sin embargo, mientras todas las obligaciones a favor del Instituto no estén satisfechas, la propiedad no puede transmitirse libremente, ni la parcela puede ser gravada, arrendada o dividida; y aunque pagadas esas deudas, si a juicio del Instituto, con la enajenación puede producirse la concentración o subdivisión excesiva de la propiedad, el I. T. C. O. tiene derecho a adquirirla por el precio que fijen los peritos nombrados por las partes.

La colonización (244) consiste en el conjunto de medidas a adoptarse para promover una racional subdivisión y aprovechamiento de la tierra por grupos de agricultores. Pueden proyectarse para los siguientes regímenes de tenencia: a) en propiedad; b) en arrendamiento a precio fijo, con opción de compra o sin ella; c) en aparcería a precio proporcional al producto de la explotación, con opción de compra o sin ella; y d) en usufructo a largo plazo o vitalicio, y a precio fijo proporcional al producto de la explotación. Esas diferentes modalidades de colonización pueden ser objeto de traslación o combinación, pues constituyen fases de un proceso encaminado a asegurar la mayor independencia económica del trabajador rural.

En toda colonia deben reservarse las áreas requeridas para el establecimiento y desarrollo de las poblaciones

(244) Artículos 82 á 91.

de los servicios públicos y demás necesidades, así como también para la defensa de los suelos, las aguas, el bosque y demás recursos naturales. Durante todo el tiempo que se estime conveniente se establecerá, en cada colonia, una administración permanente, encargada de la dirección de los trabajos, entrega de parcelas, orientación de los colonos y, en general, de todas las actividades necesarias para su desenvolvimiento. En todo lo que no se opongan, son aplicables, a las colonias, los principios correspondientes a la parcelación.

El I. T. C. O. puede disponer también de sus bienes inmuebles dándolos en arrendamiento (245). Los contratos, normalmente, deben ser otorgados por un plazo de diez años. Sin embargo, en casos especiales, el plazo puede ser aumentado hasta veinticinco años. El área arrendada se determinará de acuerdo con las distintas modalidades de la explotación, pero para obtener áreas mayores de doscientas cincuenta hectáreas es necesario el acuerdo de la Junta Directiva del Instituto tomado por no menos de cuatro votos; y para obtener una extensión mayor de mil hectáreas por más de diez años, se requiere la ratificación de la Asamblea Legislativa. Vencido el plazo de arrendamiento el locatario deberá devolver el terreno, y queda a juicio del I. T. C. O. exigir o no la entrega de las mejoras útiles hechas en el predio y no contempladas específicamente en el contrato, pero en el entendido de que si la exige deberá pagar por ellas su justo valor. El arrendatario no podrá subarrendar ni traspasar sus derechos, en todo o en parte, sin la previa y expresa autorización del Instituto, o de la Asamblea Legislativa, según el caso. El incumplimiento por parte del arrendatario de alguna de las cláusulas del contrato, dará derecho al ente autónomo para tenerlo por rescindido administrativamente y para cobrar, al locatario, los daños y perjuicios causados.

(245) Artículos 160 á 168.

Todas las tierras de propiedad particular (de personas físicas o jurídicas), que excedan de los límites fijados para el latifundio, así como el minifundio antieconómico, a cuyo propietario no se le pueda completar su parcela en la misma zona, serán expropiados (246), excepto; los predios rústicos en cuya explotación se cumple con la función social de la propiedad; los minifundios, mientras el I. T. C. O. no esté en condiciones de entregarle a su dueño una parcela económicamente explotable y las tierras en que existan explotaciones que por su importancia técnica o económica, o por la magnitud de las mejoras hechas, puedan considerarse ejemplares, o que se estime de conveniencia para el país en su estado actual.

Procede la expropiación cuando en el lugar de las dotaciones o en los centros rurales o de colonias que trate de fundar o fomentar el Instituto no existan tierras baldías, o sean éstas insuficientes, o no sean económicamente explotables, al libre juicio del I. T. C. O. y no se puedan adquirir, por otro medio, tierras suficientemente explotables. La expropiación se realizará en primer lugar sobre aquellas tierras que no cumplan su función social, en el siguiente orden de prelación: 1º. las incultas, y, entre ellas, las de mayor extensión; las explotadas indirectamente por medio de arrendatarios, medianeros, colonos y ocupantes, y las no explotadas durante los últimos cinco años anteriores al proceso de explotación; 2º las que, destinadas a parcelamientos rurales privados, colonias o asociaciones formadas con base en leyes específicas, no hayan desarrollado dichos parcelamientos o no estén cumpliendo fielmente con los fines prescritos en tales leyes; en estos casos, el I. T. C. O. debe salvar los derechos de los parceleros ya establecidos; y 3º las tierras de agricultura dedicadas a la ganadería. También procederá la expropiación, sin tener en cuenta la prelación anterior, cuando no quedare otro recurso para resolver un problema agrario de evidente gravedad.

(246) Artículos 141 á 155.

Para efectos de las expropiaciones, deben considerarse de interés público: a) las tierras en que estén establecidos colonos, arrendatarios aparceros o poseedores en precario; b) las tierras aptas para los fines de la Ley que a juicio del I. T. C. O. sean indispensables para la realización de los fines de la misma; c) las tierras localizadas en zonas en las cuales se puedan realizar obras de riego o mejores aprovechamientos hidráulicos; y d) las tierras que por razón de su tamaño, latifundio o minifundio, perjudiquen al adecuado desarrollo económico-social de una zona.

El pago del valor de los inmuebles expropiados puede hacerlo el I. T. C. O. con dinero efectivo o con bonos del Estado, de acuerdo con su propio criterio. (247).

Se crea un impuesto sobre tierras incultas (248). Deben considerarse como tales las que se encuentren en estado natural o de abandono, sin que sus dueños, por sí o por medio de arrendatarios o colonos, hayan emprendido en ellas trabajos de cultivo o explotación. La simple apertura de carriles para fijar los linderos, la explotación empírica de maderas, o el aprovechamiento de los valores naturales superficiales, no quitará la condición de inculto a los terrenos.

Se consideran exceptuadas del impuesto: a) las áreas cubiertas de bosques, cultivadas o naturales; b) las tierras sometidas a explotación sistemática y organizada con la ayuda de instalaciones mecánicas estables, como aserra-

(247) La Ley de Tierras y Colonización fue vetada por el Presidente de la República por razones de inconstitucionalidad por considerar que el pago en bonos viola la disposición del artículo 45 de nuestra Carta Política. El Texto de ese veto puede consultarse en el Tomo correspondiente al primer semestre del año 1961 de la Colección de Leyes, Decretos, Acuerdos y Resoluciones. Esas razones fueron desechadas por la Corte Suprema de Justicia por el Artículo XX de la Sesión de las 14 horas del 11 de Setiembre de 1961, texto publicado en el Boletín Judicial N° 42 del 20 de febrero de 1962.

(248) Artículos 41 inc. d), y 42.

deros, maquinaria minera u otras parecidas; c) los terrenos incultos que formen parte de una empresa agrícola, si su extensión no es mayor de la ya cultivada; d) las tierras que deban dedicarse forzosamente a cultivos y explotaciones forestales por existir en ellos vertientes de aguas, por tener declives que obliguen a mantener los bosques, para evitar la erosión o aquellos que por ley deben mantenerse en forma de bosque por estar situados en la faja que, en la cresta de las montañas, se considere como zona de "división de aguas"; e) los terrenos dedicados a la industria forestal; y, f) las tierras incultas, cuando su total perteneciente a una sola persona, en todo el país, no pase de cien hectáreas.

El impuesto se calcula de acuerdo con una escala progresiva que toma como base el valor y área del terreno, iniciándose en un cuarto de uno por ciento sobre el valor de las doscientas cincuenta o fracción mayor de cien hectáreas, hasta llegar a un dos y medio por ciento sobre el exceso de cinco mil hectáreas.

En cuanto al crédito agrícola (rural) el I. T. C. O. deberá coordinar su política con la que, sobre la materia, sea fijada por los Bancos del Estado (249). Deberá aplicarse preferentemente: a los arrendatarios, subarrendatarios, obreros agrícolas, aparceros, que deseen adquirir una propiedad rural (dando preferencia a la que estén trabajando personalmente, de acuerdo con lo estipulado en la Ley), a los poseedores y pequeños y medianos propietarios rurales, para la explotación racional de su empresa a pora ampliar sus parcelas; a los parceleros y colonos y, por último, a los pequeños y medianos pescadores.

Como principio fundamental de una bien entendida seguridad de las actividades del campo, el crédito que se otorgará a los campesinos debe tener una definida orien-

(249) Artículos 132 á 140.

tación. En consecuencia, únicamente se otorgará crédito a los campesinos que deseen explotar su tierra con los productos y en forma que previamente convengan con el Instituto. Eso quiere decir que sin excepción no se dará crédito agrícola sin orientación, planificación y vigilancia periódica del I. T. C. O. El suministro de ayuda económica, en la forma estipulada, no es un deber del Estado, sino una obligación.

Los principios de planificación a los cuales debe responder el crédito agrícola son los siguientes: a) atención del cultivo de producto o la cría de ganado, adecuados a la zona, según la clasificación que haga el I. T. C. O.; b) para cubrir los gastos de vida de las familias campesinas, adquisición de ganado menor y aves de corral, semillas, fertilizantes, insecticidas, fungicidas, preparación de tierras, siembras, cultivo, cosechas, seguros y pequeñas reparaciones; c) crédito complementario para atender gastos urgentes e inaplazables en la vida familiar del campesino, que se estimará en relación a la necesidad y posibilidad de pago del solicitante; d) créditos para mejorar mobiliarios destinados a la adquisición de maquinaria, útiles, aperos de labranza y animales de labor, para cebada, producción o recría; e) créditos para el beneficio, conservación y transformación de los frutos y las operaciones destinadas a mejorar la calidad de los mismos; f) créditos de rehabilitación que se otorgarán a quien, por causa ajena a su voluntad o fuerza mayor, no hubiere cancelado su deuda; g) créditos para mejoras permanentes, como la construcción de viviendas, silos, caminos, drenajes, riego, conservación de recursos, reforestación, plantación de frutales y otros permanentes, construcción de cercas, aguadas, y pozos y siembras de pastos artificiales; y, h) cualesquiera otros tipos de crédito necesario para la producción agropecuaria.

En cuanto a servicios agrícolas oficiales, tenemos la construcción de obras de vialidad, riego, saneamiento, asistencia médica, centros hospitalarios, educación, vivienda,

etc. Los Ministerios de Transportes, Salubridad y Educación preferentemente, la Caja Costarricense de Seguro Social, el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, el Consejo Nacional de Producción, las Municipalidades y demás Instituciones Autónomas afines, están facultadas para completar las dotaciones de tierra que haga el Instituto con obras de la especie indicada (250).

En cuanto a mejoramiento de la vivienda rural, debe el I. T. C. O. coordinar su política con la del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo. La planificación de ese tipo de vivienda debe tender a evitar la dispersión de los habitantes del campo, procurando la concentración de los mismos en centros poblados para la mejor prestación de los servicios públicos.

En la construcción de viviendas rurales debe procurarse que se utilicen, en la medida de lo posible, los materiales de la región, y la mano de obra de los propios beneficiarios. Las viviendas entregadas por el Instituto no podrán ser enajenadas, o gravadas sin su consentimiento (251), y tendrá el derecho preferente para adquirirlas en igualdad de condiciones.

El Instituto de Tierras y Colonización tiene facultades para intervenir en los conflictos derivados de la posesión precaria de tierras, a fin de procurar encontrarles solución satisfactoria, fundamentalmente a través de contratos directos de compra-venta entre propietarios y ocupantes, pero puede aplicar otras soluciones distintas cuando fuere conveniente (252).

Tanto unos como otros tienen derecho a solicitar la intervención del I. T. C. O. Este órgano administrativo de-

(250) Artículos 47 y 70.

(251) Artículos 156 á 159.

(252) Artículos 92 á 131.

berá pedir todos los datos necesarios a los interesados e inclusive, a cualquier oficina, lo que hará por su propia cuenta. Una vez que tenga en su poder la información necesaria convocará a las partes a una comparecencia para promover en ella el arreglo directo a base del contrato indicado. Si no se logra el acuerdo, el I. T. C. O. procederá a efectuar el avalúo de las parcelas ocupadas, salvo de aquellas con respecto a las cuales deba admitirse la excepción de prescripción positiva, pues en este caso el Instituto no puede intervenir. Ese avalúo deberá someterse al conocimiento de los interesados para saber si están de acuerdo en formalizar la compraventa con base en él. Si no lo aceptan, —los propietarios y ocupantes—, podrán pedir otro que efectuará la oficina de Tributación Directa, por medio de su Cuerpo de Peritos Valuadores. Se someterá a la consideración de las partes el avalúo, y si no lo aceptan, podrán pedir su revisión por el Tribunal de Avalúos de la oficina indicada. Hecha esa revisión se someterá a conocimiento de los interesados. Si lo aceptan los propietarios, será definitivo. Si no lo aceptan no podrán pedir el desalojamiento de los ocupantes, los cuales tienen derecho a gestionar la expropiación de las parcelas ocupadas. Si el propietario acepta el avalúo se dará un mes de plazo a los ocupantes para que manifiesten su disposición de comprar; si no lo hacen dentro de ese término, quedarán sujetos a las disposiciones comunes.

Los propietarios o poseedores en precario que gestionaron judicialmente al amparo de la Ley N° 88 del 14 de Julio de 1942, si no obtuvieron la sentencia firme (resolución que habría de fijar el tanto de la indemnización), estarán sometidos al procedimiento expuesto en líneas anteriores. Si lograron esa sentencia firme, deberán presentar solicitud al Ministerio de Economía y Hacienda para que les sea satisfecho, en bonos, el monto de la suma a indemnizar. Ese Ministerio resolverá luego de pedida la opinión legal a la Procuraduría General de la República, la que puede deci-

dirse por establecer las acciones judiciales que estime convenientes para recuperar las propiedades, el valor de pagos hechos y cobrar los daños y perjuicios causados con los abusos cometidos al amparo de la citada ley.

Sin perjuicio de lo dicho, los propietarios de derechos a aplicar en baldíos nacionales que hubieren gestionado la respectiva aplicación sin haber obtenido sentencia firme a su favor, tuvieron derecho a pedir al I. C. T. O. dentro de los seis meses siguientes contados a partir de la vigencia de la Ley (2825), el otorgamiento del título de propiedad, siempre que en esa época estuvieran cultivando, en forma directa o por su cuenta, los terrenos que en el expediente de aplicación habían solicitado; que los terrenos no comprendieran baldíos declarados inalienables o destinados a un fin especial; y que su aplicación se hubiere iniciado antes de la promulgación de la Ley 1294 del 1º de junio de 1951. No presentada esa gestión dentro de los seis meses, sólo podrán pedir el pago en bonos, y sus derechos prescribirán totalmente en un plazo de dos años, a contar de la fecha en que entró en vigencia la Ley (2825).

Mientras no hayan transcurrido diez años, los terrenos que adquieran los propietarios de derechos a aplicar, sólo podrán ser vendidos, gravados, arrendados o subdivididos, con la aprobación previa del I. T. C. O. el cual, en caso de venta, tendrá la prioridad para adquirirlos.

Se respetarán los derechos de posesión adquiridos hasta la promulgación de la Ley comentada; y, la posesión ininterrumpida, pacífica, pública y como dueño por diez o más años contados desde la vigencia de la Ley N° 88 de 14 de julio de 1942, sin contar el lapso en que estuvo suspendida, dará derecho a que se declare procedente la excepción de prescripción positiva, y a que el poseedor se acoja a la ley respectiva para inscribir su derecho en el Registro Público.

## MÁS ALLÁ DE NUESTRO DERECHO AGRARIO

En las diversas épocas de nuestra historia, a las cuales se refieren los Capítulos anteriores de este estudio, por medio de normas jurídicas se crearon instituciones y figuras con las que se pretendió resolver el problema agrario. Constituyen un grupo de los "instrumentos" que se creyeron indispensables para vivir en sociedad, o como dice un singular jurista italiano (253), para vivir simplemente, pues el hombre no está destinado a vivir solo. Pero esas disposiciones han necesitado una reforma. Eso significa su composición por quienes no tenían en mente "un claro sistema de conceptos relativos a los fenómenos que regular". No quiere decir tal cosa que nuestra ley de tierras y colonias haya sido fabricada con mayor preocupación del legislador.

Como para comprender el Derecho hay necesidad de salirse de él, entonces debemos dejar a un lado instituciones y figuras jurídicas, para estudiar el problema agrario en toda su magnitud, y luego, una vez entendido, regresar de nueva a ellas.

La cuestión más importante es saber si la tierra constituye un fin en sí misma, o un medio para lograr un propósito determinado. A veces se considera que el suelo es un fin, punto de vista desde el cual, la importancia se desplaza hacia la determinación de quién debe tener la tierra, lo que ha traído, como consecuencia, que hayamos visto a muchos ahogarse en el racionalismo de los siglos XVIII y XIX, y a otros, en la egolatría, causante de la exuberancia de palabras ociosas que nos dominan en el siglo XX (254).

(253) Camelutti, Francesco. Estudios de Derecho Procesal. Tomo I. "El Arte del Derecho". Ediciones jurídicas Europa-América.

(254) Riner Schickele. Quizá nos estamos ahogando todavía con el indigesto racionalismo de los siglos XVIII y XIX. Tal vez llevemos de-

De toda esa turbulencia han nacido las ideas que van, desde aquellas que quieren la tierra para los que hablan inglés, (255) hasta las referentes a la existencia del derecho al suelo y su destino (256) para quienes lo trabajan. El resultado de todo es la excesiva concentración o la pulverización de las pertenencias (257).

masiado lejos la división del corazón y la inteligencia, del sentimiento y la razón, de la creencia y la realidad. Nos avergonzamos de revelar nuestros sentimientos, aun cuando sean buenos, mientras que deseamos exhibir nuestro razonamiento aunque sea pobre. La introspección meditativa y la identificación comprensiva con las experiencias de los demás han caído en el descrédito como fuentes de conocimiento interior y de sabiduría. Nos hemos acostumbrado a glorificarnos como individuos, a expensas de nuestro papel en la sociedad. Tratamos de convencernos de que somos individuos duros y que nada debemos a nadie más que a nosotros mismos. Tratado de Política Agrícola, fo. 18, Fondo de Cultura Económica, primera edición en español, 1962.

- (255) Ricardo Gallardo. En la obra que escribió sobre esta campaña, Walker explica la imposición del inglés como idioma oficial, como una medida encaminada a que la propiedad de las tierras del Estado estuviese en manos de los que hablan inglés. La raza blanca, entiéndase anglosajona, debía ser la única propietaria de las tierras nicaragüenses, con el fin de que era posible una ocupación militar estable ya que los ocupantes de las tierras del país vencido se les suponía adeptos a la causa del invasor, por el solo hecho de hablar su lengua. Las Constituciones de la República Federal de Centro América, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, Tomo I, folio 428.
- (256) Gilberto Arango Londoño. Y sobre el llamado "derecho a la tierra" se hacen estos comentarios: "La convicción tan extendida pero mal fundamentada, de que todo el mundo tiene "derecho a la tierra", es muy difícil de tratar en un plano nacional. Todo lo que puede decirse es que es un sistema de pobreza y que prevalecen ordinariamente en pobres comunidades agrícolas donde la tierra ofrece la única oportunidad de ganar la vida. No existe, por ejemplo en los Estados Unidos. Ello indica que el derecho al trabajo, a ganarse la vida, sería concepto más amplio y menos perjudicial económicamente, después de todo, el derecho a la tierra se relaciona con el derecho a ganarse la vida mediante el uso de uno de los factores de la producción. La finalidad importante no es la tierra, sino un nivel de vida decente. Si se reconociera ésto, es posible que se tratara de manera más racional y menos emocional la cuestión del uso adecuado de los recursos agrícolas. De otra manera existe el evidente peligro de que la legislación y los programas que se adopten sean contrarios a la larga a los intereses económicos del país". El verdadero problema de Tierras en Colombia, Tierra, 10 ensayos sobre Reforma Agraria en Colombia. Ediciones Tercer Mundo, fo. 219, primera edición diciembre de 1961, impreso en Colombia.
- (257) Ramón Fernández y Fernández. Ricardo Acosta. El primer mundo es desechable y hasta absurdo, porque sigue la inspiración de distribuir la tierra disponible entre todos los que la trabajan, pretendiendo

Nosotros pensamos que la tierra no es meta; es ruta. El medio para lograr, junto con otros, para los trabajadores del campo, objetivos humanos y materiales (258). Por un lado, la seguridad y la expresión de la libertad, con lo cual serán más productivos y más prósperos en sus operaciones; (259) y, por el otro, un nivel de vida por lo menos

cumplir el postulado: "La tierra para quien la trabaja". Si la tierra es escasa, como pasa casi siempre, a cada quien le tocaría, en tal ilusorio reparto, una fracción demasiado pequeña, y habríamos generalizado el minifundismo. Se concibe además la empresa agrícola como una ocupación siempre individual y cuyas características económicas nada tienen que ver con la magnitud de empresa, lo cual no es exacto. Se tiene que abolir el asalariado agrícola (todos van a ser propietarios), sin tomar en cuenta que la explotación de magnitud económica generalmente lo requiere, y que aun las pequeñas lo necesitan temporalmente por las fuertes fluctuaciones de los requerimientos de mano de obra en el curso del año agrícola. Se admite que todos los trabajadores agrícolas sirven para empresarios, lo cual no es cierto. Política Agrícola, fo. 46-47.

La reforma agraria redistribuyó la tierra cambiando por completo el aspecto del catastro. A veces, hay que admitirlo, se redistribuyó demasiado, dando lugar a una pulverización de las pertenencias. La "tierra para quien la trabaja" se interpretó como un pedacito de tierra, así fuese pequeña, para todos y cada uno de quienes se dedican a cultivarla, y esto no va de acuerdo con una forma racional y económica de organizar la empresa agrícola. Política Agrícola, fo. 35. Fondo de Cultura Económica, primera edición, julio de 1961.

- (258) Carlos Lleras Restrepo. Hoy día se concede una gran importancia a la ubicación y organización racional de las explotaciones dentro de cada zona rural, y hasta ha nacido una nueva ciencia, el ruralismo, que, al igual que el urbanismo, no es otra cosa que la aplicación a una zona determinada de un plan general concebido para el arreglo racional del territorio. Como ha dicho recientemente Louis Leroy, se siente bien la necesidad de realizar una mejor repartición de las riquezas y de los hombres sobre el conjunto del territorio y de dar a esta realización una finalidad humana, yendo más allá de los planteamientos tradicionales de la economía. Así, pues, conforme a los principios del ruralismo, éste no se limita al estudio de los problemas que conciernen a la satisfacción de las necesidades materiales, sino que se extiende a campos más vastos relacionados con muy diversos aspectos de la vida rural. Se trata de partir del hombre, de su familia, de satisfacer sus necesidades sociales, espirituales, en el cuadro del medio geográfico que lo rodea. Ahí volvemos a tocar de cerca los problemas de la asistencia técnica, social y financiera en las zonas rurales. Estructura de la Reforma Agraria, Tierras, 10 ensayos sobre Reforma Agraria en Colombia. Ediciones Tercer Mundo, fo. 79, primera edición, diciembre de 1961, impreso en Colombia.

- (259) Reiner Schickele. Tratado de Política Agrícola, fo. 85. Fondo de Cultura Económica, primera edición en español, 1962.

decente (260). Decimos junto con otros, pues no es la tierra medio bastante para obtener la meta. Debemos tomar en cuenta, sobre todo, que el ingreso del agricultor debe derivar de recursos susceptibles de medirse, no sólo en hectáreas, sino en el valor de sus bienes productivos (261), y la imposibilidad para la agricultura de salir de su atraso, mientras el menor número de brazos no esté en capacidad, por lo menos, de abastecer al país (262).

Para lograr los propósitos apuntados se puede escoger entre: 1º ayudar a los arrendatarios, aparceros, poseedores en precario, en fin, a los trabajadores del campo,

(260) Carlos Lleras Restrepo. No se trata de buscar sólo que las propiedades muy grandes se fraccionen o se exploten más intensamente, sino de que los campesinos sin tierra sean dotados de ésta en condiciones razonables y en cantidad suficiente para permitirles elevar su nivel de vida. Ese punto de vista social no puede nunca olvidarse. Estructura de la Reforma Agraria, Tierra, 10 ensayos sobre Reforma Agraria en Colombia. Ediciones Tercer Mundo, fo. 43, primera edición, diciembre de 1961, impreso en Colombia.

(261) Reiner Schickele. Con respecto al tamaño de la granja familiar, la cantidad de recursos de que dispone el agricultor necesita expresarse en unidades que reflejen su productividad económica; no basta con decir simplemente tantas hectáreas. La medida más adecuada de los recursos de los cuales deriva su ingreso el agricultor sería el valor de la tierra, los edificios, el equipo productivo y los animales, es decir, el valor total de sus bienes productivos. Estos bienes deberían ser suficientes para que un agricultor de mediana capacidad administrativa obtenga un nivel de vida aceptable. Tratado de Política Agrícola, fo. 419, Fondo de Cultura Económica, primera edición en español, 1962.

(262) Alfonso López Michelsen. ¿Con cuál finalidad? Con la única finalidad que puede tener una reforma agraria; que es la de que el menor número de brazos se ocupen en la agricultura y el mayor número de brazos en otros sectores de la producción. Aquí se ha citado y se encuentra en cualquier manual, la cifra norteamericana del 8% cultivando los campos y produciendo excedentes que deben ser retenidos contra un 92% de la población consagrada a otras tareas... Y las cifras en todos los países adelantados, oscilan entre el 8% y el 25%. En Colombia, desgraciadamente la cifra es del 40% dedicados a la agricultura y un 60% a otros menesteres. La agricultura no habrá salido de su atraso sino cuando un 25% esté en capacidad de abastecer al país, de exportar e inclusive de producir artículos susceptibles de retención y el 75% pueda consagrarse a otras tareas vinculadas a la producción. Hacia una verdadera reforma que complete la "Reforma en Marcha", Tierras, 10 ensayos sobre Reforma Agraria en Colombia. Ediciones Tercer Mundo, fo. 89, primera edición, diciembre de 1961, impreso en Colombia.

"a que se conviertan en propietarios de las fincas agrícolas (el enfoque escogido por los irlandeses hace unos setenta años); o 2º dar mayores derechos a los arrendatarios y aparceros, para que tengan una situación más segura y mayor libertad administrativa (la solución escogida por los ingleses). Hay también la posibilidad de una combinación de ambos medios (la que tomaron los Estados Unidos de América (263), la cual, por su continente y contenido, constituye remedio para nuestra endémica situación agraria.

La conversión de los trabajadores del campo en propietarios de fincas agrícolas, de pequeñas propiedades (con su concepto socio-económico (264), que incluye también la

(263) Reiner Schickele. Lo que influye en gran parte en la selección de los medios son las *condiciones* o *circunstancias* que habrán de tomarse en cuenta y que estén fuera del control del actor, tales como algunas leyes sobre la propiedad, la fuerza política de los terratenientes y de los arrendatarios para influir sobre los legisladores, las circunstancias generales de los precios de los productos agrícolas de la tierra, y varios otros aspectos concernientes a la situación. Tratado de Política Agrícola, fo. 85, Fondo de Cultura Económica, primera edición en español, 1962.

(264) Carlos Lleras Restrepo. Naturalmente, la extensión óptima de una propiedad depende esencialmente de la naturaleza de las tierras, del tipo de explotación que sobre éstas sea mejor adelantar. Cuando el proyecto habla de la "Unidad Agrícola Familiar" no está hablando necesariamente de muy pequeñas extensiones. El régimen de lluvias, las clases de suelos, la conveniencia de rotar los cultivos, etc., deben determinar la extensión de la unidad de explotación agrícola o ganadera. Pero en los Estados Unidos, por ejemplo, en tierras aptas para la agricultura predominan extensiones de ciento sesenta acres, y ese es el país donde la mecanización agrícola ha recibido más vigoroso impulso. El proyecto que está a la consideración del Senado deja suficiente elasticidad, al definir la unidad agrícola familiar, para que puedan tomarse en cuenta todas las consideraciones técnicas a fin de crear unidades que permitan una explotación eficiente. Estructura de la Reforma Agraria, Tierra, 10 ensayos sobre Reforma Agraria en Colombia. Ediciones Tercer Mundo, fo. 41, primera edición de diciembre 1961, impreso en Colombia.

Mendieta y Núñez, Dr. Lucio. La pequeña propiedad, según tenemos dicho, es un concepto económico-social, no es pequeña porque es chica, sino por las funciones que la ley considera para protegerla. El respeto a la pequeña propiedad se basa en que es el único bien de una persona, base del sostenimiento de una familia; pero resulta absurdo proteger una pequeña propiedad cuando su dueño adquiere, poco después de inscribirla en el Registro Agrario Nacional, un latifundio, o más claramente, tres o cuatro nuevas pequeñas propiedades. El Problema Agrario de México, Séptima Edición, fo. 349, Editora Porrúa S. A. México, 1959.

expansión horizontal y vertical del minifundio) (265), se lo gra mediante la distribución de tierras (266) entre los hom-

(265) Reiner Schickele. El aumento de la eficiencia en las pequeñas granjas familiares no ha de provenir necesariamente del sólo agrandamiento de la superficie ("expansión horizontal"). Existen amplias oportunidades para el mejor aprovechamiento del trabajo familiar mediante la expansión de la cría de animales y el cultivo de plantas de labor intensiva y alto valor ("expansión vertical"). Las modificaciones en la capacidad de las fincas deben hacerse en ambas direcciones, horizontal y verticalmente, y el crédito para la producción es un instrumento indispensable en tales modificaciones. Tratado de Política Agrícola, fo. 122, Fondo de Cultura Económica, primera edición en español, 1962.

(266) Carlos Lleras Restrepo. En resumen, vuestra Comisión piensa, al igual que el Comité Nacional Agrario, que la reforma social en el campo debé tener tres aspectos distintos: la implantación de un método directo para modificar la estructura de la propiedad rústica, haciendo fácilmente accesible la propiedad de la tierra a los trabajadores que carecen de ella o sólo tienen parcelas insuficientes; una reforma fiscal que estimule la mejor utilización de los predios y el fraccionamiento de aquellos que no puedan explotarse eficientemente, y una legislación de trabajo rural que garantice el derecho de los asalariados a justas condiciones, lo mismo que el de los arrendatarios y aparceros. Sobre los tres aspectos se está trabajando; pero al primero se le ha dado con razón prioridad. La reglamentación legal respectiva es la que se encuentra hoy a la consideración del Senado. Estructura de la Reforma Agraria, Tierras, 10 ensayos sobre Reforma Agraria en Colombia. Ediciones Tercer Mundo, fo. 44, primera edición, diciembre de 1961, impreso en Colombia.

Alberto Aguilera Camacho. El sistema de parcelaciones, de hacer más propietarios, ha sido ya suficientemente ensayado en el país, con los resultados desastrosos que la proliferación del minifundio está demostrando. Darle un sentido político partidista a la reforma colombiana, es incidir también, en el fracaso que nos demuestran las legislaciones de otros países de América Latina, cuyas leyes agrarias necesitan hoy una reforma agraria. Planteamientos y soluciones del problema agrario colombiano, Tierra, 10 ensayos sobre Reforma Agraria en Colombia. Ediciones Tercer Mundo, fo. 127, primera edición, diciembre de 1951, impreso en Colombia.

Doreen Warriner. La redistribución de la tierra significa un cambio político y social, mientras que las otras medidas llevan sólo a un mejoramiento en la posición económica de los empresarios rurales y en la producción agrícola, sin un cambio en la posición social de aquéllos. No debe permitirse que el énfasis pase de lo fundamental a lo complementario, ni que la llamada concepción integral conduzca, como ha acontecido algunas veces, a que se quiera ofrecer a los campesinos todo, excepto la tierra. Citado en, Estructura de la Reforma Agraria, de Carlos Lleras Restrepo, Tierra, 10 ensayos sobre la Reforma Agraria en Colombia, Ediciones Tercer Mundo, fo. 13, primera edición, diciembre de 1961, impreso en Colombia.

bres de campo, y de éstos en el suelo (parcelación — colonización — acción cooperativa) (267), pero cuidándose de no caer en los vicios de la propiedad de magnitud menor que

(267) Dr. Lucio Mendieta y Núñez... la colonización tiene una base de carácter científico hasta ahora descuidada. Para colonizar no basta que haya tierras disponibles y población necesitada de ella; se requiere además, un previo estudio de esas tierras, clima, salubridad, potencialidad agrícola, situación jurídica, etc., y un conocimiento amplísimo de los hombres que se pretende colocar en ellas. Porque la colonización no sólo tiene el aspecto materialista que se deriva de una distribución cuantitativa de los habitantes sobre el territorio para procurar un mejor aprovechamiento de éste, sino que alienta, además, un hondo sentido espiritual: por medio de ella se pretende realizar una mezcla de razas, un contacto de culturas. El Problema Agrario de México. Séptima Edición, fo. 408, Editorial Porrúa S. A. México. 1959.

Ramón Fernández y Fernández. Ricardo Acosta. La colonización es un procedimiento autorizado por la Ley para beneficiar a los campesinos carentes de tierra. Las fracciones resultantes de un proceso de colonización constituyen formas transitorias de propiedad, sujetas a un régimen especial en tanto no alcanzan las características de la propiedad privada plena. El acceso a los terrenos nacionales y baldíos debe continuar libre conforme lo ordena la legislación actual; además, debe impulsarse con mayor vigor la colonización organizada de estas tierras, según se ha ya repetido, en forma acorde con una revisión por regiones del estado de tenencia (ver capítulo IV). Constituyen una excepción los parques nacionales y las reservas forestales, cuyo dominio debe permanecer como nacional. Política Agrícola, fo. 33, Fondo de Cultura Económica, primera edición, julio de 1961.

Ramón Fernández y Fernández. Ricardo Acosta. Al no haber tierras afectables para las ampliaciones o para dotar a nuevos núcleos solicitantes a los campesinos con derechos a salvo y a los nuevos sujetos de derecho se les coloca en nuevos centros de población agrícola; este movimiento, análogo a la colonización, así como la colonización propiamente dicha, han marchado con mucha lentitud, y deben en lo posible acelerarse, sincronizándolos con el reajuste de la estructura interna de los ejidos y la revisión del sistema general de tenencia de la tierra por regiones, a que se hace referencia adelante (ver capítulo IV). En esta recolocación de campesinos deben aprovecharse las tierras todavía afectables y las nacionales y baldías. Política Agrícola, fo. 29, Fondo de Cultura Económica, primera edición, julio de 1961.

Reiner Schickele. Se pueden encontrar diversos grados de cooperación, desde casos en que la cooperativa es dueña de toda la tierra, animales y bienes de capital, hasta casos en que sólo los tractores y algunas máquinas grandes son propiedad de la cooperativa. Diversos tipos de organizaciones agrícolas cooperativas se están formando en Israel y en algunas regiones de India y Pakistán, para acelerar la adopción de mejores técnicas y eliminar algunas de las desventajas de las granjas demasiado pequeñas. Tratado de Política Agrícola, fo. 443, Fondo de Cultura Económica, primera edición en español, 1962.

la familiar (268), o de las fincas rústicas de gran extensión (269), pues uno "mantiene ociosa una porción importante de la fuerza de trabajo, dificulta la tecnificación de los cultivos y agota y esteriliza suelos", y el otro, por "cubrir grandes áreas dedicadas a la ganadería extensiva, el nivel de ocupación es ínfimo, la técnica atrasada y la productividad extraordinariamente baja, tanto si se mide por unidad de superficie como a través de la mano de obra ocupada" (270). Esa pequeña propiedad debe fomentarse y protegerse (271) como propiedad individual (272), no del Estado, pero eso

- (268) Ramón Fernández y Fernández. Ricardo Acosta. El patrimonio familiar rural es la empresa agrícola de magnitud familiar que se hace inalienable y no puede fragmentarse por herencia, para asegurar su conservación. En México está representado por la parcela ejidal, con la superficie mínima que fija el Código Agrario, y con título expedido después del fraccionamiento legal. Política Agrícola, fo. 31, Fondo de Cultura Económica, primera edición, julio de 1961.
- (269) Ramón Fernández y Fernández. Ricardo Acosta. 7. Combate al Latifundio. En la región estudiada pudieran encontrarse diversas clases de latifundios, y se aprovechará la ocasión para que queden definitivamente liquidados. Los antiguos latifundios que hayan quedado intocados por falta de solicitudes agrarias para afectación, se distribuirán por vía de colonización o formación de nuevos centros de población, o mediante expropiación. Deben establecerse medios para descubrir y afectar los latifundios formados por pequeñas propiedades simuladas, puestas a nombre de varias personas, pero pertenecientes realmente a una. Finalmente, no debe permitirse el latifundio de la empresa, aunque no lo sea de la propiedad, es decir, la existencia de empresas agrícolas que, bajo una sola administración, cubran superficies mayores que las máximas inafectables, aunque dichas superficies correspondan a varios propietarios, cada uno dentro del máximo permisible. Política Agrícola, fo. 39, Fondo de Cultura Económica, primera edición, julio de 1961.
- (270) Carlos Lleras Restrepo. Estructura de la Reforma Agraria. Tierra, 10 ensayos sobre Reforma Agraria en Colombia. Ediciones Tercer Mundo, fo. 32, primera edición, 1961. Impreso en Colombia.
- (271) Ramón Fernández y Fernández. Ricardo Acosta. Dentro de la pequeña propiedad quedan incluidos los minifundios, o sea las propiedades de magnitud menor que la familiar. El Estado debe seguir garantizando la pequeña propiedad, y fomentándola a partir de la magnitud familiar, así como estimulando y organizando reagrupamientos y concentraciones hasta esta magnitud, y permitiendo concentraciones hasta los límites de la inafectabilidad. Política Agrícola, fo. 31, Fondo de Cultura Económica, primera edición, julio de 1961.
- (272) Dr. Lucio Mendieta y Núñez. La propiedad privada de la tierra es útil a la sociedad porque el estímulo que significa para el propietario

sí, como propiedad con rodrigones, guías y podas, única forma de obtener en la vida (en sociedad), los propósitos, fines o metas aludidas en este Capítulo. Tal cosa no puede considerarse que vaya contra la libertad, pues la libertad, como dice Unamuno (273) está en el misterio; la libertad está enterrada, y crece hacia adentro y no hacia afuera.

La seguridad y mayor libertad para los trabajadores del campo se logra también orientando la acción a asegurar la correspondencia, de hecho, de sus ganancias a su productividad (principio contributivo (274) de la norma distributiva), con acceso "a un mínimo de nivel de vida decente (275) en términos de alimentación, vestido, casa, cuidados médicos y educación, dándole la oportunidad de desarrollar su personalidad de acuerdo con sus talentos e inclinaciones, y de lograr un sitio respetable en la vida económica de la comunidad" (principio de subsistencia)

lo impulsa a obtener de ella el máximo provecho y así la sociedad obtiene a su vez los productos agrícolas que le son indispensables para la subsistencia de cada uno de sus miembros. Mientras el propietario explota debidamente su tierra, mientras cumple satisfactoriamente la función social que le está encomendada, se justifica su propiedad y se debe reconocer su derecho. El Problema Agrario de México, Séptima Edición, fo. 412, Editorial Porrúa S. A. México, 1959.

- (273) Miguel de... "El Secreto de la Vida". Ensayos, fo. 829, Tomo I. Tercera Edición. Aguilar S. A. Madrid, 1951.
- (274) Reiner Schickele. Esto nos proporciona una segunda manera de juzgar la norma de distribución del ingreso, a la que llamaremos el "principio contributivo". Este principio establece que el ingreso que reciba una persona deberá ser proporcional a sus aportaciones personales, en esfuerzo y aptitudes, al producto social... El principio contributivo de la norma distributiva requiere, por tanto, que la política gubernamental se oriente a elevar la aportación al producto social de aquellas personas actualmente empleadas de tal manera que no obtengan ingresos adecuados, y a asegurar que las ganancias de los trabajadores correspondan de hecho, hasta donde sea posible, a la productividad del trabajador. Tratado de Política Agrícola, fo. 74-75, Fondo de Cultura Económica, primera edición en español, 1962.
- (275) Reiner Schickele. Tratado de Política Agrícola, fo. 69, Fondo de Cultura Económica, primera edición, 1962.

(276). Con la elevación de los ingresos del trabajador, la demanda de muchos artículos y servicios toma fuerza suficiente para procrear mayores volúmenes de producción en corto tiempo, "principalmente mediante el aprovechamiento más eficiente de la mano de obra y una producción mayor por trabajador" (277). Todo eso, dentro del principio de igualdad de las personas. (278)

Para llegar a la meta se impone la modificación del comportamiento económico de los hombres, el señalar la cantidad de recursos que corresponde a la producción, "la distribución del ingreso entre el pueblo, y las condiciones de competencia del mercado". Se impone formar planes (279) que eviten, por una parte, pobreza e inseguridad; y, por la otra, concentración excesiva de poder económico,

- (276) Reiner Schickele. Si no por otra razón que sus hijos o para evitar que él llegue a ser una molestia o una amenaza para la comunidad, debería recibir, de una manera u otra, su cuota de provisiones para las necesidades primordiales, sin tomar en cuenta sus características personales. Es bastante irónico que este principio se practique más efectivamente con los prisioneros que con los desocupados o los incapacitados o con las familias sumidas en la pobreza. Tratado de Política Agrícola, fo. 70, Fondo de Cultura Económica, primera edición, 1962.
- (277) Reiner Schickele. Tratado de Política Agrícola, fo. 73, Fondo de Cultura Económica, primera edición en español, 1962.
- (278) Reiner Schickele. Es obvio que la igualdad de los hombres no significa que todos tengan ojos azules ni las mismas aptitudes y aspiraciones, sino que sean iguales ante la ley, tengan iguales derechos de aprobar o desaprobar los actos de su gobierno y de modelar sus propias vidas de muy diversos modos; que tengan iguales oportunidades para desarrollar sus talentos, expresar sus personalidades y participar en la producción. Libertad no significa que cada quien pueda engañar, oprimir, y explotar, sino que debe disfrutar de la libertad de elegir lo que consuma, de escoger su ocupación, de diferenciarse de los demás y de expresar sus propias creencias y experiencias mientras no infrinja las mismas libertades de los demás. Igualdad de oportunidad, responsabilidad y respeto para nuestros semejantes, son, por otra parte, requisitos previos de la libertad individual. Tratado de Política Agrícola, fo. 66, Fondo de Cultura Económica, primera edición, 1962.
- (279) Reiner Schickele. Tratado de Política Agrícola, fo. 53, Fondo de Cultura Económica, primera edición, 1962.

(280) pues ninguna de ellas fomenta la iniciativa individual. Lo primero, con el cuidado de que los trabajadores del campo no sientan que el Estado tiene obligación de proporcionarles un *modus vivendi*, ni ser el temor el que gobierna sus vidas ("el temor de quedarse sin trabajo, de la inseguridad económica, de las penalidades inmerecidas a causa de fuerzas económicas que no dependen de él"). (281)

Para cada intento debe contarse con instrumentos, que no lo son "de combate de la pobreza rural", pero sí de apoyo de otros, con los cuales se sale mejor del vericuetto por donde andamos. Entre ellos, un buen sistema fiscal (282) combatiente de la ociosidad y mala explotación de las

- (280) Reiner Schickele. Tal vez la función fundamental de la política económica en una democracia es dar oportunidades a todos, para evitar la excesiva concentración de riqueza y de poder económico, y su contraparte, la pobreza de las masas y la inseguridad. Tratado de Política Agrícola, fo. 44, Fondo de Cultura Económica, primera edición en español, 1962.
- (281) Reiner Schickele. Pero ampliar el alcance de las funciones gubernamentales implica peligros: ... hay el peligro de que *los individuos se atengan demasiado a la ayuda gubernamental*. Es necesario preservar la iniciativa y los incentivos para trabajar, a fin de conservar el buen espíritu de las personas y su bienestar económico. Casi todos convendrán en que ni la extrema pobreza ni la excesiva abundancia fomentan la iniciativa individual, y que debe evitarse haya demasiadas familias pobres. Sin embargo, hay desacuerdo respecto a dónde puede decirse que comienza la pobreza y cuál sería la mejor manera de reducirla. Por una parte, el pueblo no debe llegar a sentir que "Mi tío Samuel (el gobierno) está obligado a proporcionarme un *modus vivendi*", y por la otra, no deberá vivir bajo el temor de quedarse sin trabajo, de la inseguridad económica, de las penalidades inmerecidas a causa de fuerzas económicas que no dependen de él. Tratado de Política Agrícola, fo. 39, Fondo de Cultura Económica, primera edición en Español, 1962.
- (282) Ramón Fernández y Fernández. Ricardo Acosta. Otras características de un buen sistema fiscal se refieren a su fácil y correcta administración: que los costos de recolección del impuesto no sean altos; que la fiscalización de los objetos del impuesto sea fácil; y que no quede expedito el camino hacia las evasiones. En este aspecto llevan ventaja los impuestos indirectos y de aquí la inercia de su subsistencia y la lentitud de su substitución por gravámenes directos. Política Agrícola, fo. 181, Fondo de Cultura Económica, primera edición, julio de 1961.

tierras; crédito agrícola (283) orientado a la redistribución de la riqueza presto a desencadenar "energías e iniciativas de hombres capaces carentes de fortuna"; y, un seguro

Ramón Fernández y Fernández. Ricardo Acosta. El impuesto predial rústico. Es un impuesto indirecto; pero bien admitido por la técnica fiscal. Complementa al impuesto sobre la renta, al combatir la ociosidad y la mala explotación de las tierras. Su objeto debe ser el valor analítico potencial de la tierra sin considerar el de aquellas mejoras que sean producto de inversiones hechas por el propietario. Otra forma de expresar lo anterior, es decir que debe gravarse la tierra desnuda de mejoras, de acuerdo con su rentabilidad potencial, lo que equivale a gravar la renta diferencial potencial. La determinación de estos valores no es fácil, y así en la práctica este impuesto grava un valor "fiscal" caprichoso. Política Agrícola, fo. 185, Fondo de Cultura Económica, primera edición, julio 1961.

(283) Ramón Fernández y Fernández. Ricardo Acosta. Al organismo encargado del crédito de capacitación va la clientela incapacitada de momento para operaciones bancarias, con lo cual se descarga a los bancos oficiales del pretendido deber que a veces erróneamente se les asigna de atender de preferencia a los campesinos más necesitados, con base en la ausencia de finalidades lucrativas de dichas instituciones, y mal interpretando la función social que les compete, con lo cual se desvirtúa por completo la función bancaria que deben realizar. La banca nacional siempre ha estado luchando con los demagogos que sostienen el indicado criterio... Pero aun en el crédito de capacitación y con mucha mayor razón en los bancarios, habrá que estar en guardia contra malas interpretaciones: el crédito no es una merced, sino un contrato de negocios entre dos empresas; el crédito no es un instrumento de combate de la pobreza rural, sino un apoyo de otros instrumentos, pues el préstamo en sí no constituye para el agricultor un ingreso neto, sino un egreso neto (el pago de intereses); aunque se espera que le ayude a obtener un ingreso neto al derivar del préstamo una mayor productividad económica de los factores de la producción. Política Agrícola, folios 131 y 132, Fondo de Cultura Económica, primera edición, julio de 1961.

Ramón Fernández y Fernández. Ricardo Acosta. Se contribuye a redistribuir la riqueza y se fomenta una útil capilaridad social al desencadenar energías e iniciativas de hombres capaces aunque carentes de fortunas. Esta es la verdadera función social del crédito y no otras que se le asignan erróneamente... El verdadero crédito agrícola, tanto de los bancos nacionales como de los privados debe ser crédito orientado. Política Agrícola, fo. 29-130, Fondo de Cultura Económica, primera edición, julio de 1961.

Ramón Fernández y Fernández. Ricardo Acosta. Para que funcione el esquema que se ha trazado, el tipo de interés que cobren las instituciones nacionales de crédito debe ser el corriente bancario. El cobro de tipos menores, por inspiraciones de servicio social y con base en las finalidades no lucrativas de los bancos nacionales, es por varios conceptos funesto para una institución de crédito: tendrá pérdidas o éstas serán mayores; no podrá realizar las operaciones pasivas

de crédito (acopio de fondos) de que deben nutrirse principalmente las de crédito activo (préstamos), y entonces habrá crédito bancario barato, pero exiguo; provocará la desviación de los fondos prestados hacia otros objetos y la sustitución, por parte de los prestatarios, de capital propio por capital obtenido en préstamos. Política Agrícola, fo. 155-156, Fondo de Cultura Económica, primera edición, julio de 1961.

Ramón Fernández y Fernández. Ricardo Acosta. Los programas que en la terminología internacional del crédito agrícola se llaman de crédito dirigido. Se trata de agricultores recién asentados en la tierra, con explotaciones de magnitud económica, que no tienen garantías que presentar por los fuertes créditos que demandan para organizar sus empresas, y porque todavía no son propietarios ni de la tierra. A veces no se tiene plena confianza en su experiencia y capacidades, es decir, la garantía personal es también deficiente. Puede tratarse, por ejemplo, de colonos recién establecidos o de un grupo de egresados de la escuela práctica de agricultura de la región. En tal caso la institución de crédito suple las garantías faltantes con una intervención en la administración que es una forma intensiva de asistencia técnica y jurídicamente puede tomar la de un fideicomiso, y complementa los préstamos con inversiones propias. Política Agrícola, fo. 105, Fondo de Cultura Económica, primera edición, julio de 1961.

Reiner Schickele. Las más apremiantes necesidades de los agricultores en cuanto a crédito para la producción requieren préstamos a plazos de tres a cinco años, puesto que se necesita más o menos este tiempo para liquidar lo que se invierte en la mayoría de los implementos y otros bienes de capital, incluyendo animales; y sin embargo, es precisamente este tipo de crédito "a plazo medio" el que está menos organizado o sencillamente no lo conceden las instituciones privadas. Tratado de Política Agrícola fo. 108, Fondo de Cultura Económica, primera edición en español, 1962.

Reiner Schickele ...el agricultor con mucho capital obtiene el crédito con mayor facilidad y es quien menos lo necesita, mientras que el granjero de pequeño capital se le dificulta mucho conseguirlo, siendo quien más lo necesita. He aquí un principio incorrecto de asignación de capitales con respecto a las normas de productividad. Tratado de Política Agrícola, fo. 111, Fondo de Cultura Económica, primera edición en español, 1962.

Reiner Schickele. Ningún programa es perfecto; siempre hay lugar para las mejoras. Indudablemente, las tres características distintivas del programa son medios muy apropiados para el fin de mejorar la asignación de los recursos, a saber: 1º, hacer los préstamos de acuerdo con las necesidades de la administración, más bien que con las garantías; 2º, conceder préstamos a plazos en verdad medianos, para fines múltiples que requieren términos de uno a siete años, con programas flexibles para su amortización; y 3º, complementar cada préstamo con consejo técnico y servicios de planeamiento agrícola y hogareño. Tratado de Política Agrícola, fo. 123, Fondo de Cultura Económica, primera edición en español, 1962.

Reiner Schickele. Si se quiere que haya propiedad raíz bien distribuida e iguales oportunidades de poseerla entre labradores con capacidad administrativa comparable, pero con diferentes reservas o apoyo financiero, las tres características de la agricultura que acabamos de describir exigen préstamos a largo plazo, amortizables

agrícola referente no sólo a pérdida de cosechas, sino también a la baja de precios (284).

en anualidades, con agendas de pagos elásticas y pequeños pagos iniciales. Un sistema de crédito agrícola sin estas condiciones debilita la posición de los agricultores en el mercado de tierras, contribuye a la concentración de propiedad en manos de agricultores en grande escala y de inversionistas urbanos, y pone en peligro la seguridad de posesión de los granjeros familiares. Tratado de Política Agrícola, fo. 491, Fondo de Cultura Económica, primera edición en español, 1962.

Ramón Fernández y Fernández. Ricardo Acosta ...usando el crédito de las instituciones nacionales como un instrumento de dirección de la producción hacia los ramos más de acuerdo con el interés de los mismos agricultores, que coincide con el de la economía nacional... deben abolirse las (medidas) existentes sobre el cultivo obligatorio de cierta planta en algunas superficies. La medida básica para influir sobre las decisiones de los agricultores debe ser el anuncio de los precios de garantía de cada ciclo con anticipación al período de preparación de tierras, y al sostenimiento efectivo de dichos precios como mínimos. Política Agrícola, fo. 52, Fondo de Cultura Económica, primera edición, julio de 1961.

Reiner Schickele. Cuando los remates judiciales económicamente injustificables alcanzan un volumen tan grande que muchos prestatarios honrados y competentes quedan desposeídos, los legisladores se ven estimulados a actuar; se ponen en vigor moratorias y otras medidas de emergencia en favor de los deudores. Esto ocurrió durante la última depresión; pero ésta es una manera impropia de corregir un desajuste inherente a los sistemas de crédito. Desde el punto de vista de la equidad, son los principios los que cuentan, y no el número de personas perjudicadas. Si es injustificado despojar judicialmente a 100 mil agricultores que no pudieron pagar sin que fuera culpa de ellos, igualmente injustificado sería despojar a cinco o diez. Tratado de Política Agrícola, fo. 494, Fondo de Cultura Económica, primera edición en español, 1962.

(284) Ramón Fernández y Fernández. Ricardo Acosta. Los organismos de seguro agrícola integral no protegen contra bajas de precio, y ese es un riesgo tan real como el de la pérdida de la cosecha física. Política Agrícola, Fondo de Cultura Económica, fo. 178, primera edición, julio de 1961.

Ramón Fernández y Fernández. Ricardo Acosta. La forma ideal de organización del seguro es la mutualidad... o sea cooperativas de seguro Política Agrícola, fo. 176, Fondo de Cultura Económica, primera edición, julio de 1961.

Ramón Fernández y Fernández. Ricardo Acosta. El seguro no debe funcionar como un instrumento de traspaso de ingreso de las regiones agrícolas prósperas a las regiones pobres, es decir no debe convertirse en un sostén de la agricultura marginal o submarginal a costa de las zonas agrícolas de producción óptima. Política Agrícola, fo. 169, Fondo de Cultura Económica, primera edición, julio de 1961.

Por último, para formar proyectos, es necesario conocer los recursos de la tierra (no renovables, renovables y fluyentes) con que cuenta el país. Sólo en esa forma puede determinarse su buen uso, y la organización y estímulo de movimientos de la población rural (285).

En suma, es indispensable comprender que los hombres buscan la felicidad y necesitan vivir en paz. Que los trabajadores del campo buscan la felicidad y necesitan vivir en paz! Pero esos valores, pese a nuestra evasión, sólo se logran con la justicia, y todos se obtienen mediante el Derecho. Debemos volver a él. Al regresar, en el camino, fijemos nuestra atención en sus raigones, pues de nada sirve dejarle "libre la copa y abiertos de par en par los caminos del cielo, si sus raíces se encuentran, al poco de crecer, con dura roca impenetrable, seca y árida, o con tierra de muerte".

Partimos con la convicción de que entendíamos el problema agrario, y a través de este estudio tratamos de hacerlo comprender. Como resultado, sólo hemos podido empezar a entenderlo. Es la relación circular entre el comprender y el hacer comprender. Dios sabe cuántos lo habrán hecho antes que nosotros "pero es necesario rea-

Ramón Fernández y Fernández. Ricardo Acosta. El seguro no debe ser obligatorio, ni para los agricultores ni para las instituciones de crédito que los sirven... ni establecerse como requisito ineludible para el crédito agrícola. Política Agrícola, fo. 170, Fondo de Cultura Económica, primera edición, julio de 1961.

(285) Reiner Schickele ...debemos clasificar los recursos de la tierra de acuerdo con lo agotables que sean, lo que a su vez influye sobre la necesidad de su conservación; para nuestros fines bastarán tres clases, 1ª los recursos no renovables, como la hulla, el petróleo, los minerales y la tierra superficial; 2ª los recursos renovables, como los bosques, los peces y los nutrientes del suelo; 3ª los recursos fluyentes como el sol, el aire, el viento, el agua y el proceso biológico en el suelo. Tratado de Política Agrícola fo. 128, Fondo de Cultura Económica, primera edición en español, 1962.

Ramón Fernández y Fernández. Ricardo Acosta. Política Agrícola, fo. 18, Fondo de Cultura Económica, primera edición, julio de 1961.

zarlo uno mismo para que se goce plenamente de su fruto. El comprender se celebra, pues, no en la soledad, sino en la comunión. La fórmula figurada de dicha verdad es que el concepto sea un trámite entre tú y yo. Este ha sido el paso... del pensar al ser. Una vez atravesado, el camino comenzó a desenvolverse en una región encantada". (286)

(286) Cernelutti, Francesco. La Prueba Civil. Introducción - XVII Ediciones Arayú. Buenos Aires, 1947.

## LOS GRANDES PROBLEMAS DE LA CIENCIA POLITICA CONTEMPORANEA

Prof. Dr. SALVADOR M. DANA MONTAÑO

### 1.— El problema fundamental: posibilidad de una Ciencia Política, con objeto y método propios.

Como lo he demostrado en *Introducción a la Política Científica* (Santa Fe, 1939) y en *La enseñanza de la Ciencia Política en la Universidad Argentina* (Santa Fe, 1947), y más recientemente en *Necesidad y utilidad de los estudios de Política Científica en las Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales* (Córdoba, 1962), la C. P. lucha todavía en primer término, por el reconocimiento de su autonomía científica y debe realizar grandes esfuerzos para adoptar definitivamente un método propio, que la independice de las tendencias historiográficas, jurídicas y actualmente, de las psicológicas y económicas, que la desvían de su objeto específico y han hecho perder de vista la finalidad propia de la misma. Buen signo de ello son los programas vigentes en las universidades del país y del extranjero y la abundante literatura que, bajo el título de "Ciencia Política", trata temas ajenos a esta disciplina y que pertenecen decididamente a la Historia de las doctrinas políticas y sociales, a la Teoría del Estado y ciencias auxiliares, más próximas a ella, con la cual se confunden a menudo. Se ha llegado a negar hasta la posibilidad de una Ciencia Política propiamente dicha, que no sea, como en la mayoría de nuestras facultades, una mezcla, más o menos ordenada, de Teoría General de Estado, de Derecho público general, de Derecho constitucional comparado y, en mayor porción, de Historia de las ideas políticas o simplemente, de Historia Política. Cuando en 1942 emprendimos la ardua y, al

parecer, estéril tarea, de reunir una bibliografía sobre el mal llamado "Derecho Político", que comprendiera todos los temas fundamentales y especiales de la Teoría general de Estado, de la Ciencia Política y de la Historia de las doctrinas políticas, que apareció con aquél título y estos subtítulos, como serie bibliográfica N° 1 de la Biblioteca de la Constitución que por entonces dirigía, como lo expresábamos en la *Advertencia* que le precede, teníamos el doble propósito de reunir una bibliografía sobre dicha asignatura, hacer un inventario de las obras existentes en nuestras bibliotecas universitarias, o, en su defecto, en las de los países vecinos, y finalmente, estimular la adquisición del mayor número de ellas, para fomentar los estudios sobre las materias abarcadas por aquella. El inventario fue desolador: el porcentaje de obras existentes en nuestro país era pequeñísimo, increíble en facultades como la de C. J. y S. y sobre todo, de C. E. y Políticas de nuestra Universidad, en las cuales se cursa dicha asignatura y en la segunda de ellas se expide el título de doctor en Ciencia Política! . . . No ha mejorado mucho el panorama, de entonces aquí, pues nuestros docentes son poco afectos, en general, a incorporar a sus programas las últimas ediciones, leen poco en idiomas extranjeros o sencillamente, no les interesa saber que se produce en el mundo sobre esta importante materia, y nuestros bibliotecarios saben mucho de bibliotecología, pero muy poco de la producción bibliográfica universal, comenzando por carecer de conocimientos elementales de idiomas, que les pongan sobre la pista de las nuevas obras que van apareciendo por doquier. Y aunque el número de obras que bajo la clasificación general e imprecisa de "Ciencias políticas", se produce en todos los países, es muy elevado, dentro del grupo de las Ciencias sociales, pocas son, por la razón enunciada al principio, las que corresponden estrictamente a la C. P. propiamente dicha. Prevalen las relativas a la Teoría general del Estado, a la Historia de las ideas políticas o a la Historia política o constitucional. La desproporción es desalenta-

dora para quienes creemos en la importancia y en la autonomía científica de la Política científica.

En la segunda de las obras precitadas hemos señalado un Programa sintético, con su bibliografía correspondiente a lo que podría ser, dentro o fuera de otro de "Derecho Político", con su habitual aderezo de Teoría general del Estado y de Historia de las doctrinas políticas (sobre las que versó la serie bibliográfica antes mencionada), la *Ciencia política propiamente dicha*, tal cual la concebimos, según la exposición que la precede (v. pp. 67 - 131 y pp. 1 - 61, respectivamente).

Alejado de la cátedra que interinamente desempeñaba, junto con otras (titular, la primera, en esta Facultad; suplencia, en la de C. E. y P.), en 1946, hemos tenido la paciencia de anotar, sobre ambas bibliografías (la de 1942 y la de 1947), las nuevas obras aparecidas entonces aquí, con el valioso auxilio de los catálogos de las principales librerías de Europa y de América y de los "printed cards" de la Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos, que reunimos y clasificamos desde el año 1938, es decir, durante más de veinticinco años. La comprobación que arroja este último trabajo, corrobora cuanto hemos dicho hasta aquí, la problematicidad de la existencia de una Política, con autonomía científica, representada por la negación de la posibilidad de que ella tenga un objeto propio, distinto del que cultivan las disciplinas afines, especialmente las precitadas, la ansiosa búsqueda de un método *propio*, por el que se trata de remediar las desviaciones de su objeto específico, y la confusión, aún no aclarada, de los límites y de los afines de esta rama de las ciencias sociales, que, como lo he dicho en la tercera de las obras precitadas, fue la madre de las ciencias sociales, como la denominó el padre de la Política científica (Aristóteles), y debe ser, a mi juicio, la "ciencia del porvenir", como anunció Renán (v. p. 131). Uno de los más eminentes cultores de la C. P., el profesor Karl J. Friedrich, de las Universidades de Heidelberg y de Harvard, afirma que "La Ciencia polí-

tica es la ciencia más antigua y, a la vez también, la ciencia más reciente de todas las ciencias del hombre. Las demás ciencias del espíritu y ciencias sociales tuvieron su origen en ella y fueron separándose de ella, a través de un largo proceso de evolución" (*Die Politigche Wissenachft* Freiburg, München, Verlag Karl Albert, 1961, p. 3).

Destaco, de paso, la valiosa contribución prestada por los profesores alemanes que, por la situación imperante en su país, durante la dictadura nazi, se vieron obligados a radicarse en nuestro continente, como el mencionado prof. Friedrich, actualmente en Harvard (Massachussets, E. E. U. de N. A.), y el profesor Arnold Brecht, autor de una obra extraordinaria, *Political theory. The foundations of 20th. century political thought* (Princeton, N. J., The University of Princeton Press, 1959), felizmente ya traducida al español, bajo el título de *Teoría política. Los fundamentos del pensamiento político del siglo XX* (Barcelona - Ariel, y Depalma, Buenos Aires, 1963), que emigró de su país en 1933 y se radicó en Nueva York, formando parte del profesorado de la "New School for social research" de esta ciudad. Por una razón que yo llamaría existencial, si no hay otra más adecuada, esta corriente de pensamiento entiende, como lo he dicho en *La Enseñanza de la Ciencia Política etc.*, que "la Ciencia Política solamente puede florecer en un Estado libre" (Friedrich, *ob. cit.*, p. 6). No puede existir, lozana y vigorosa, una Ciencia Política, bajo el despotismo. Entonces habrá historia de una doctrina o de una idea política, o Historia política, pero no Ciencia Política, que tiene por objeto, según nuestro criterio metodológico, la organización ideal del Estado, para salvaguardar del modo más eficaz la libertad del hombre. De donde surge la importancia intrínseca de esta Ciencia: la libertad es el don más preciado del ser humano; sin ella, la vida no vale la pena de ser vivida, porque los demás bienes, materiales y facultades espirituales del hombre, de nada sirven, si éste no puede elegir, libre de cualquier coacción,

la forma y la oportunidad de usarlos, cómo y cuando le plazca.

## 2.— La cuestión del método.

La idea, o concepción, de la C. P. misma, continúa siendo, pese a la antigüedad e importancia de esta Ciencia, uno de los temas fundamentales, sino el más grande, problema de la disciplina en la actualidad. Le sigue de cerca, por las razones expresadas antes, el problema o la cuestión del método. La más moderna bibliografía sobre el método, en general, de las ciencias sociales, ya que son muy pocas las obras que dedican exclusivamente al mismo en la C. P. denuncian que, a pesar de la limitación de los estudios de esta cuestión, con relación a otras, se está trabajando bien alrededor de la misma, tanto en lo que atañe al método de observación y exposición cuanto al método de investigación. En este dominio merece citarse, con relación a las ciencias sociales en general la conocida obra de Pauline V. Young, *Scientific social surveyes and research*, (v. 3a. ed., Englewood, Cliffs, Prentice Halla, 1956) traducida al español por Angela Miller Montiel, en 1948, bajo el título de *Métodos científicos de investigación social* (Méjico, Imp. Universitaria), en un grueso volumen de 640 pp., y en lo que concierne al método en nuestra disciplina, *Methods of political reasoning*, de William Seal Carpenter (inserto en *The American Journal of Sociology*, Sep. de 1925) *Quantitative methods in Politics*, de S. A. Rice (Nueva York 1928); *Partnerschaft: die Aufgabe der politischen Erziehung*, cuya 3a. edición apareció en Stuttgart, en 1956; *Die Mothoden der neuren alggemeinen Staatslehre*, de Peter Baruda (Erlangen, Paln & Enke, 1959); *La science nouvelle et les mécanismes politiques*, de nl. Belin Milleron (París, Hermann, 1945), y muy especialmente, las monografías de los profesores Georges Burdeau, *Méthode de La Science politique* (París, Dalloz, 1959), reproducida en los *Cours de Droit* de la Facultad de París, bajo el nombre de *Cours de méthode*

de la Science politique (París 1960), y Maurice Duverger, *Méthode de la Science Politique* (París, Presses universitaires de France, 1959), que fue traducida al español en Barcelona, por Ariel, en 1962, y que al final contiene una disquisición acerca de la noción de la Ciencia Política. Nos hemos referido a la idea de ambos profesores franceses en *Necesidad y utilidad de los estudios de Política científica* en pp. 35 - 42 y 42 - 8, respectivamente.

### 3.— La cuestión del objeto de la Ciencia Política.

Después de la cuestión o problema de la autonomía científica y del método de la C. P., aparece en el orden de su importancia la relativa al objeto que se atribuye a la misma. Todavía se publican obras que la conciben, ora como antaño, como el arte de educar al príncipe o al soberano, sea éste un rey o el ciudadano que integra el pueblo del Estado, ora como un estudio comparativo de los diversos gobiernos que han existido, ya sea como un arte mágico o como una ciencia propiamente dicha, tal como nosotros la concebimos, en compañía de muy prestigiosos autores. Ya dijimos en *La enseñanza de la C. P.*, que, a nuestro juicio, la Política, hoy y aquí, debía ser una *Política científica*, es decir, *positiva, realista, experimental, inductiva y no apriorística* ( pp. 44 y ss.), sin dejar por ello de ser *idealista y finalista* (id., pp. 50 y ss.) y *nacional* (pp. 54 y ss. ). La C. P. no puede devenir un mero registro de hechos, o ideas, o una simple exposición de doctrinas. Esto nos lleva a enunciar, entre los "leading problems" de la materia, a los elementos con los cuales debe operar el politicólogo, o político científico.

### 4.— Los materiales con que se elabora la C. P.: hechos, ideas, ideales, utopías. Las fuerzas morales.

En *La crisis de la cultura occidental* (Porto Alegre, PUO 1963), al estudiar en el cap. I el deber de los intelectuales

frente a las profundas transformaciones de la época actual, y en el II, al tratar de los materiales con que trabajan los creadores y los difundidores de cultura, entre los que se cuentan en primer término los politicólogos, dije ya que los intelectuales, las élites, trabajan con ideas, pero con ideas fundadas sobre necesidades, sobre cosas reales, sobre sentimientos verdaderos, con ideas-fuerzas, no, con mitos y sofismas. Pueden recurrir a ideales, aún fantásticos, como son las utopías, pero jamás deben utilizar, en sus especulaciones, mitos o "slogans" (pp. 30 y ss.) La misión de ilustrar y de esclarecer a las masas, o mejor, al pueblo, que es el soberano, como otrora educaban al príncipe los grandes preceptores y maestros de la época, requiere, como la de infundir las ideas-fuerzas, que son los motores de la actividad política y social, un análisis cuidadoso y esmerado de las ideas, doctrinas e ideologías que han de exponerse y experimentarse, una revisión meticulosa de los términos o del lenguaje, como de los conceptos con que se opera. La inevitabilidad de los mitos (v. *ob. cit.*, p. 43 y ss.) y la supervivencia de las supersticiones, prejuicios, prevenciones y sofismas sociales y políticos, imponen al politicólogo una difícilísima tarea previa de depuración y decantación de la materia prima o de los materiales básicos que utiliza para su tarea. Volveremos sobre el particular al tratar, más adelante, del lenguaje político. El racionalismo político, el formalismo jurídico y el positivismo en general, han hecho grave daño a la Ciencia política, al pretender eliminar del proceso político a los factores intelectuales, morales o espirituales que, como la fe, en sus diversas manifestaciones, son como el alma de las instituciones. Háblase en nuestros días con mucha frecuencia, de la necesidad de *humanizar* las instituciones sociales y de *humanizar* la vida política (v. R. Godel, *De l' humanisme al' humain; The humanistic frame*, editado por Julian Huxley, New York, Harper and Brothers, 1961). Humanizar equivale a devolver a las cosas, a la vida, a las instituciones, la dimensión y categoría humanas, del hombre, que es un com-

puesto material espiritual. No pueden construirse, en consecuencia, teorías políticas, que olviden uno de estos dos aspectos integrantes del ser humano. Háblase también de la revuelta contra el formalismo (v. Morton G. White, *Social thought in America; the revolt against formalism*, N. York, Viking Press, 1949), pero seguimos atados a un formalismo que hace del hombre, un individuo, y de un ser pensante, libre, responsable, un número, un ente abstracto, sin libertad ni responsabilidad. Una teoría política edificada sobre esta base falsa tiene fatalmente que desplomarse, frente a la realidad. Oyese mentar la quiebra o el fracaso de los ideales políticos que se tenían por más caros al hombre, como la democracia (v. Albert R. Chardler, *The clash of political ideals*, 3a. ed., N. York, Appleton - Century - Croft, 1957), sin reparar que los ideales viven o arraigan en la mente del hombre como ideas pensadas y creídas, como otras tantas materias de fe, que hay que preservar del nihilismo, del escepticismo y del descreimiento. También operan en el interior del hombre factores intelectuales, morales o espirituales "lato senso", que hay que esclarecer y fomentar, como los más eficaces resortes interiores de la vida política. El profesor Eduard Heymann demuestra en su libro *Reason and faith in modern society* (Oliver & Boyd, Edinburg & London, 1962) el pernicioso efecto del racionalismo en las ciencias sociales y políticas y cómo el individualismo, frustrado en su esencia por esta corriente, desemboca fatalmente en el colectivismo, pasándose lógicamente del liberalismo al totalitarismo y de la democracia al marxismo. Hay que cultivar y depurar estos factores interiores, los ideales y creencias políticas, y denunciar los mitos, las supersticiones y los "idola fori", que tanto daño han hecho y hacen a las doctrinas verdaderas y las teorías más justas (Cfr. Cecil Delisle BURNS, *Political ideals an essay*, 3a. ed., London, New York, Oxford University Press, 1919; Henry Dagan, *Superstition politiques et phénomènes sociaux*, París, Stock, 1901; Sidney, HOOK, *Reason, social myths and democracy*, New York, 1940; Car-

los Arturo Torres, *Idola fori*, Bogotá, Edit. Minerva, 1936; y *Los ídolos del foro: ensayo sobre las supersticiones políticas*, Madrid, Edit. América, 1916; Carlo CURCIO, *Miti della politica*, Roma, Cremonesi, 1940; Germán José, BIDART CAMPOS, *El mito del pueblo como sujeto del gobierno, de soberanía y de presentación*, Buenos Aires, Abelado - Perrot, 1960; Mario Justo LOPEZ, *El mito de la constitución*, Buenos Aires, Abelado - Perrot, 1963; finalmente Georges GUSDORF, *Mito y Metafísica*, Buenos Aires, editorial Nova, 1960 y Barrows DUNHAN, *El hombre contra el mito. Estructura de las supersticiones sociales y políticas*, Buenos Aires, ediciones Leviathan, 1956, en el cual el autor se ocupa de destruir muchos mitos, muy difundidos y muy peligrosos). Estos elementos falsificados producen teorías falsas, inconsistentes, peligrosas; que nos hacen o mejor, pretenden hacernos vivir políticamente en medio de ficciones. En el libro *Las causas de la inestabilidad política en la América Latina*, en curso de impresión, señalo los desastrosos efectos de la ficción constitucional en que vivimos, por causa de los mitos, sofismas y "slogans" sobre los cuales se asienta el edificio fundamental de la Nación (v. también Jorge H. S. ORIA, *Ficción y realidad constitucional: el drama de la nueva Argentina*, Buenos Aires, EMECI 1946). Y no sólo se trabaja con materiales deteriorados o sofisticados, sino que también se emplea una herramienta viciosa (cfr. Georg. F. Nicolai, *La miseria de la dialéctica*, México-Buenos Aires, Cajica, 1958). Urge, pues, reaccionar, para utilizar solamente los materiales y los procedimientos nobles. Hay que comenzar por desprenderse de los prejuicios y preconcep- tos que atan la mente a fetiches o falsos ídolos (v. Ralph Waldo NELSON, *Free minds, a venture in the philosophy*, Washington, Public Affair Press, 1961). Y hay que relacionar la teoría política, elaborada o que se elabora, a una cosmovisión, a una concepción, determinada y clara, del universo y del hombre (v. *La enseñanza de la Ciencia Política*, del autor, pp. 27 y ss.; y Hans SEIDEL *Welanschauung und Politik*, Munchen, Verlag Bayern-Kurier, 1961). W. S.

DINGWALL, *The pillars of social freedom*, London, Pax House, 1949; BUTTERFIELD H., *Liberty in the modern world*, Toronto, Ryerson Presse, 1952; Thomas MANN, *The problem of freedom*, New Brunswick, Rutgers Univ. Press, 1939; BERLIN Isaiah, *Two concepts of liberty*, Oxford, Clarendon Press, 1958; GARCIA MAYNES, Eduardo, *Libertad como derecho y como poder*, México, Cía. general editoria, 1941; P. C. LATOUR DUMOULIN, *Autorité et liberté*, Paris Hachette, 1874; George Sylvester COUNTS, *Education as the foundations of human freedom*, Pittsburg, Univ. Press, 1962; FRIEDRIECH Carl J., *Liberty*, New York, Atehrton Press, 1952; Maurice W. CRANSTON, *Freedom; a new annalysis*, New York, Longmans Green, 1954; *The future of freedom*, que reúne los trabajos presentados al Congreso por la libertad de la cultura realizado en Milán, en sept. de 1955; DAHRENDORF, Ralf, *Goossellschaft und Freiheit*, München, R. Piper, 1961; John de J. PERBERTOD *Freedom trough dissent*, New York, 1963; Karl BRANDT ed alt., *The necessary conditions for a free society*, Princeton, Van Nostrand, 1963; Carlos VERLINDEN, *L'épreuve supreme de la liberté*, Liège, Editions Desoer, 1944; CORWIN, Edward S., *Liberty against government, the rise, flowering and decline of a famous juridical concept*, Baton Rouge, Lousiana State Univ. Press, 1948; *planning and freedom*, que recopila trabajos de la General Assembly of Unitarian and Free Cristian Churches, Lindsey Press, 1947; Mary Homan SENNHOLZ (edit.) *On freedom and free enterprise*, Princeton, Van Nostrand, 1955; Robert Elliot FITCH, *The limits of liberty*, Stockom, Cal., 1952; Marten, TEN HOOR, *Freedom limited, and essay on democracy*, University, Un. of Alabama Press, 1954; Henry Pratt FAIRCHILD, *The anatomy of freedom*, New Kork, Philosophical Library, 1957; Guillermo TARDIF, *La libertad: la libertad de expresión, ideales y realidades americanas*, Méjico, 1958; Bárbara WATSON, *Faith and freedom*, London, Hamilton, 1954).

## 6. LOS PARTIDOS POLITICOS Y LOS GRUPOS DE PRESION.

Los partidos políticos, como órganos de expresión de la voluntad popular, y los grupos de presión, como falsificadores o deformadores del sistema representativo, se cuentan entre los grandes problemas actuales de la C. P. El derecho positivo, que regula apenas y tímidamente a los primeros, donde los mismos no han logrado contener la acción legislativa, para operar más libremente, no se ocupa de los segundos, al menos en forma general y amplia. Entre los grupos sociales, estos grupos de presión, o factores de poder, como tales, deben ser profundamente estudiados en su naturaleza, en sus manifestaciones y en su "modus operandi", para ser contenidos y limitados jurídicamente, de modo más conveniente para el bien común y el interés público. Contrasta el número de obras monográficas sobre los partidos políticos, con la escasa legislación existente en el país sobre los mismos. Tanto ellos como los grupos de presión, merecen ser objeto de una investigación sistemática, con miras a una regulación legal, teniendo en cuenta su profunda influencia en el juego regular del sistema representativo. Por haberme ocupado del tema, en una investigación que me tocó dirigir como director general de investigaciones del Instituto de investigaciones jurídicas y políticas de esta Universidad, sé de la resistencia y de las dificultades con que se tropieza para encarrillarlos por las vías jurídicas.

## 7. GRUPOS Y CLASES SOCIALES: ¿DISTINCION O CONFLICTO? RACISMO Y MINORIAS.

Otro de los "leading problems" de la C. P. actual son las llamadas "clases sociales", desde que el marxismo centró su sistema político en la lucha o conflicto de las clases. Sin embargo; es un tema poco frecuente en los programas de "Derecho político que debe incorporarse a los de Cien-

cia Política, no como entidades opuestas, o en lucha, sino como entidades distintas, con intereses, ideales, preocupaciones diferentes. Por eso, prefiero hablar de distinción de clases y no, de *lucha* o conflicto de ellas. Como complemento del estudio de las clases o de los grupos sociales, debe hacerse el del racismo y el de la discriminación racial, tan en boga en algunos países, si bien, en rigor, convendría hacerlo más bien en relación con el principio cardinal de la igualdad. También debe abordarse el estudio de las minorías, o sea, de los grupos étnicos, religiosos, etc., que en algunos países son considerables.

#### 8. LAS BASES DE LA REPRESENTACION POLITICA: LA FIDELIDAD EN EL EJERCICIO.

El criterio de calificación de quienes ejercen el poder político, dentro de un Estado, o sea, el electorado activo, las bases de la representación política así como, los sistemas electorales, y, entre éstos, el de la representación proporcional, constituyen otros tantos problemas actualísimos de la C. P. Ninguna reforma está llamada a ejercer más profunda influencia en un país, decía Alberdi, que la electoral. Por no haberse hecho con prudencia, sufrimos en el nuestro, como en tantos otros, las consecuencias de un sistema electoral defectuoso, cuyo resultado no es, a menudo, expresión fiel de la voluntad real de la Nación. La revisión de los sistemas o regímenes electorales, así como las garantías de pureza electoral, deben figurar en primer término en los programas de nuestra disciplina, y el profesor debe dedicarles, para considerarlos, buena parte del tiempo disponible en el curso.

Por la misma razón, deben estudiarse medidas eficaces para asegurar la fidelidad del mandatario electivo, al mandante, el pueblo, y a los resortes que la historia de las instituciones nos ofrece como remedio o paliativos de la traición o la infidelidad al mandato legislativo. Estas teorías

no se estudian, de ordinarias o, si se lo hace, se realiza muy elementalmente en nuestras aulas.

#### 9. LA PRESENCIA DEL MILITARISMO EN AMERICA LATINA.

Un análisis de la literatura política de los últimos años pone de relieve un fenómeno que hasta hace unas pocas décadas no se había presentado en el continente americano y menos aún, en nuestro país: me refiero al militarismo, y que no tiene en los programas de nuestra disciplina la mención de su gravedad e importancia (Cfr., entre otras muchas, las siguientes publicaciones: Guillermo FERRERO, *Militarismo*, Boston, Page & Co., 1903; George STARBUX, *American military forces abroad; their impact on the Western system*, Columbus, Ohio State Univ. Press, 1963; Berthold OTTO, *Mammonismus, Militarismus, Krieg und Frieden*, Berlín, Die Wende, 1918; Silas Bent MCKINLEY, *Democracy and military power*, New York, The Vanguard Press, 1934; L. ALFRED, *Revolutionärer Antimilitarismus aus der Geschichte der antimilitaristischen Arbeit*, Metz, Impl populaire de Lorraine, 1945; Katharine Campbell Chorley, *Armies and the art of revolution*, London, Faber & Faber Ltda., 1943; Miguel TINOCO VAZQUEZ, *Las fuerzas armadas y la coercibilidad de derecho*, México, D. F., 1946; Louis SMITH, *American democracy and military power; a study of civil control of the military power in the United States*, Chicago, Univ. of Chicago Press, 1951, del cual hay traducción al español, bajo el título de *La democracia y el poder militar*, Buenos Aires, E. B. A., 1957; Miched Henry FABRE, *Le soldat des Etats Unis (quelques aspects de sa place constitutionnelle)*. Aix-en-Provence, 1952; Sergi M. VISHNEV, *Der moderne Militarismus und die Monopole*, Berlín, Dietz, 1955; William R. TANSILL, *The concept of civil supremacy over the military in the United States; its history and practice*, Washington, 1951; William Orville DOUGLAS, *The right of THE people*, Garden City, Doubleday, 1958; Samuel Edward FINER, *The man on horseback; the role of*

*the military in politics*, New York, Prager, 1962; *Total war and cold war problems incivilian control of the military*, editada por Harry L. Coles, Columbus, Ohio, State Univ. Press, 1962 que reúne el material elaborado por la Conferencia sobre las relaciones civiles-militares, reunida en 1961 en la Universidad del Estado de Ohio; Víctor PERLO, *Militarism and industry; arms profiteering in the missile age*, New York, International Publisher, 1963, y demás citadas en mi monografía sobre *Las causas de la inestabilidad política en América Latina*, apéndice a la parte I: *La crisis del gobierno civil*.

De éstas últimas merecen citarse especialmente, por la profundidad y el acierto con que tratan el fenómeno mencionado en esta parte del continente americano, las del profesor André Siegfried, *L'Amérique latine* (Buenos Aires, Editions du Trident, 1944) y del profesor Jacques Lambert, de la U. de Lyon, *Amérique latine. Structures sociales et institutions politiques* (París, Presses Universitaires de France, 1963), de cuyas opiniones me ocupó en particular en dicho Apéndice al volumen en curso de impresión. Por su repercusión en las instituciones representativas, éste es un tema de primerísima importancia en las cátedras de Ciencia Política. Al parecer, sus titulares no se atreven a abordarlo, por los intereses creados que afectaría su tratamiento y el temor a las consiguientes represalias de todo género. Desgraciadamente, en muchos países latino-americanos es "tabú" hablar de ciertos temas, aunque se haga con la mayor objetividad posible.

#### 10. LA CRISIS DEL GOBIERNO CIVIL Y LAS GARANTIAS DEL REGIMEN REPRESENTATIVO.

La intervención de las fuerzas armadas, colectivamente consideradas, como grupo, en el continente latinoamericano, en particular, impone la necesidad de estudiar otros fenómenos políticos conexos, íntimamente vinculados con el militarismo, o, para ser más exactos, con dicha intervención

en política de los militares, que no es lo mismo, aunque a veces se confunda deliberadamente, con fines que no es el caso examinar aquí, como son la crisis del gobierno civil y el debilitamiento del sistema representativo, afectado a menudo, por el quebrantamiento de la sucesión regular en el poder público, que dichas intervenciones de fuerza provocan. La crisis de gobierno civil, como las garantías del sistema representativo, no ocupan el lugar que debieran tener en los programas de la materia, y si algún catedrático se aventura a insertarlos en su programa, es muy probable que pasen a ocupar el lugar de los temas para los cuales no hay tiempo para desarrollarlos, por razones que me excuso de expresar, pero que todos conocemos.

#### 11. LA SUGESTION DE LA DICTADURA, COMO REMEDIO PARA EL CESARISMO DEMOCRATICO, Y LOS MITOS DE LA REVOLUCION UNIVERSAL O DE LA REVOLUCION NACIONAL.

También están muy estrechamente relacionados con la irrupción colectiva de las fuerzas armadas en las esferas política y gubernativa y la crisis del gobierno civil, otros fenómenos políticos, que plantean sendos problemas de esta naturaleza, y dan consiguientes temas de estudios, característicos de nuestro continente o con más precisión, de los países latinoamericanos, como la sugestión de la dictadura, como pretendido remedio del cesarismo democrático o la "dictadura legal" a que da lugar el régimen de preponderancia presidencial (empleo la calificación del profesor Lambert) en estos países, y los mitos de la revolución mundial o de la revolución nacional o de ambas, que pueden coincidir o no, según su sentido, de izquierda o de derecha. Al mito de la revolución *mundial*, empleado por no pocos aspirantes a dictadores en esta parte del continente, con propósitos electoralistas y demagógicos, y, de un modo más activo, por el imperialismo soviético, para llevar a cabo sus planes de dominación universal, mediante la "guerra fría",

me he referido en particular en el citado volúmen *La crisis de la civilización occidental*, al exponer en el cap. II las ideas de Berdiaef (pp. 43 y ss.). En cuanto al mito de la revolución nacional, ha sido empleado con éxito para ilusionar a las masas en algunos países de nuestro continente por dirigentes políticos demagógicos, con el objeto de justificar algún cuartelazo, golpe de Estado o simple revolución de palacio. Y aunque estos temas nada tengan que ver con el proceso ordinario o regular del gobierno ni con los medios legítimos de renovación del poder, por la frecuencia con que estos fenómenos se producen en esta parte de América, es menester estudiarlos profundamente, para evitar su repetición previniendo sus causas o estableciendo severas sanciones, si no es posible eliminarlas.

## 12. LAS DIVERSAS FORMAS DE LA RESISTENCIA A LA OPRESION.

Frente a la frecuencia con que se altera el orden de sucesión legítima en el poder, mediante revoluciones o golpes de Estado, y se registran gobiernos dictatoriales, especialmente en esta parte del continente, otro de los problemas que la Ciencia Política debiera estudiar son las distintas formas que puede revestir el ejercicio del derecho de resistencia a la opresión. La literatura universal registra ya esta preocupación, que ha tenido expresiones muy significativas y apremiantes en el llamado "tercer mundo" y en América Latina, sin exceptuar a aquellos países europeos, que, como Italia y Alemania, han sufrido el rigor de dictaduras totalitarias. Algunas constituciones latino-americanas traducen esa misma preocupación, en orden a la inviolabilidad de la constitución, considerada como ley suprema del país, como lo hace el art. 136 de la Constitución Mexicana de 1917 y acaba de hacerlo la Constitución Venezolana de 1961, en su art. 250, que amplía la personalidad que aquella establecía respecto de los que hubieran participado en el gobierno rebelde o le hubieren prestado su concurso, a los que se

hubieren enriquecido ilícitamente al amparo de la usurpación, para resarcir a la República de los perjuicios que estrambos le causaren. No es necesario agregar que no bastan estas sanciones y que convendría estudiar las garantías individuales para ejercer el derecho de resistencia a la opresión, personalmente, en el caso concreto.

## 13. LA ORGANIZACION DE LAS FUENTES DE OPINION PUBLICA. LIBERTAD, INVOLABILIDAD Y RESPONSABILIDAD DE LA PRENSA. PROPAGANDA.

Las poderosas presiones e influencias indebidas que ejercen los grupos de presión y los factores de poder, en beneficio propio y con grave lesión de la justicia social, es decir, de los restantes grupos, influencias que en los países capitalistas son notorias sobre la prensa, grande y pequeña que corresponde a sus ideales, ideologías o simples intereses, así como por la importancia que los órganos respectivos tienen con relación a la formación y mantenimiento de la opinión pública, factor de poder (justamente llamado "el cuarto poder") en los regímenes representativos democráticos, y también la frecuencia y, a veces, la brutalidad con que son apagados por los gobiernos fuertes, dictatoriales o no, dan a la libertad de la prensa y sus garantías, y a los límites y responsabilidad de la misma frente al público y los particulares, cuyos derechos (el derecho a la fama, al buen nombre, etc.) e intereses pueden ser gravemente lesionados por el ejercicio incontrolado e irresponsable de algunos órganos periodísticos, puestos en manos indignas, un lugar de primera línea entre los problemas de la Ciencia Política contemporánea, que son a menudo, —por razones obvias— orillados en la cátedra y en el libro, dejando inermes a quienes, por razones particulares o docentes, se ven en la práctica, frente a ellos. Los límites de la propaganda, los derechos de quienes se sienten perjudicados, material o moralmente, por las informaciones o comentarios de la prensa, diaria o periódica, las garantías de la inviolabilidad de

la libertad de prensa, rectamente ejercida, la igualdad de oportunidades para hacer propaganda, mediante la prensa, oral, escrita o irradiada o televisada, con fines de proselitismo político, o de otra clase, son algunos de los temas vinculados con este problema, que deben incorporarse sin tardanza a los programas de estudios de la materia, por su real y urgente importancia. Es frecuente leer en diarios, grandes y pequeños, apasionadas defensas de esta libertad y ataques injustificados contra los conatos de defensa de los derechos a la verdad, discusiones, por ejemplo, sobre los derechos de réplica y de rectificación de informaciones o comentarios falsos, injustos o tendenciosos, que lindan con la difamación; campañas publicitarias tendientes a inducir en error o a sorprender la buena fe de los lectores, compradores luego de productos inocuos o peligrosos, que arrojan pingues ganancias a vendedores y anunciadores; resistencias a la limitación legal de la información del crimen, o pornográfica, a tasas de publicidad, o impuestos, que no abonan las agencias periodísticas, sino, a los postres, los propios lectores, etc., etc., que imponen una legislación reglamentaria del ejercicio de esta libertad, tan esencial cuando proclive al abuso y a la desviación de los fines para los cuales existe y es reconocida, al par que, a veces, en determinadas circunstancias políticas, no cuenta con la protección necesaria, como instrumento de orientación de la opinión pública. No es ésta la oportunidad de señalar remedios o soluciones concretas, pero creemos que no podíamos de dejar de mencionar la importancia de estos problemas y de los temas de estudios conexos con los mismos, sugeridos por la experiencia.

Una prensa libre es una condición "sine qua non" para la existencia real de una sociedad libre. Conviene, en consecuencia, que se estudie, para ser legislada adecuadamente, como un género especial, imprescindible, de la libertad de expresión, corolario a su vez inseparable de la libertad espiritual o de la mente humana, y que el acento se ponga

sobre las garantías específicas para hacerla efectiva, teniendo en cuenta que ello depende del libre acceso a las fuentes de información y de la libre comunicación, circulación y difusión de la noticia (información) y de la crítica periodística (adoctrinamiento); que se tenga en cuenta que esta libertad comprende, no sólo la libertad de la mente de los que dirigen la prensa (a la que hay que liberrar de las preocupaciones de la empresa periodística, que es o que puede ser comercial) y a los que realizan la tarea informativa o crítica, o doctrinaria, a los que hay que proteger de presiones, externas e internas, políticas, particulares, gremiales, etc.; que, por amplia que se la conciba, tiene límites; impuestos unos por el orden público, y otros, por los derechos de los particulares, que pueden ser afectados en su reputación, fama, etc., por su ejercicio desordenado, es decir, que la libre expresión de las ideas por este poderoso medio de difusión, tiene límites objetivos, como la propaganda y el proselitismo, políticos o de cualquier otro género, y que, si debe asegurarse su ejercicio legítimo de toda traba (fianza, censura previa, etc.), no puede eximirse de toda responsabilidad, debiendo cuidarse del mismo modo el establecimiento en las garantías de la prensa, como la exención de clausura o de indisponibilidad de los medios afectados a la prensa, talleres, papel, etc., la exención de tasas e impuestos, que puedan anular o entorpecer su acción, o a los medios de circulación, incluso el sistema para ajustar su responsabilidad, cuanto los derechos de los que puedan ser injusta o ilegalmente atacados por ella, que son las discutidas garantías de los particulares, llamados derechos de rectificación y de réplica, o respuesta, de los que hace tiempo venimos ocupándonos, con el vigor que proporciona la más profunda convicción. Finalmente conviene hacer la distinción entre la prensa que podríamos llamar *libre*, o independiente, de la prensa *política*, que tienen una vocación y una definición o adhesión partidarias: su naturaleza y su carácter imponen la aplicación de distintos criterios legislativos.

14. LA QUIEBRA DEL SISTEMA DE FRENOS Y CONTRAPESOS Y LA REVISION DEL PRINCIPIO DE LA DIVISION O SEPARACION Y EQUILIBRIO DE LOS PODERES. LAS GARANTIAS ESPECIFICAS DEL MISMO.

Aunque se ha hablado ya del fin del principio de la separación de poderes, que da título a una obra del profesor de la Bigne de Villeneuve (*La fin du principe de la séparation des pouvoirs*, París, Sirey, 1934), a la que siguió otro libro del mismo (*L'activité étatique*, París, 1954), en el que critica este principio, estamos persuadidos que el mismo no ha fracasado en razón de una aplicación rigurosa, sino, por el contrario, por defecto de una adecuada y racional aplicación. Hay que revisar el sistema de frenos y contrapesos que él supone, para mantener a cada poder dentro de su órbita de competencia, entendido el término en su doble significado de atribución y de capacidad para ejercerla. El principio de la separación se desvirtua cuando uno de los poderes delega el ejercicio de la función que le es propia o privativa, aunque no exclusiva (excepciones siempre deben existir), o cuando tácitamente se renuncia a ejercer los controles, inseparables del recto juego del sistema, por ejemplo, mediante la delegación legislativa, que se ha convertido en regla, o procedimiento ordinario de legislar, por la pereza o incapacidad de los legisladores, o por el abuso de los decretos-leyes, que suponen que no hay delegación, sobre todo bajo los regímenes de facto (véase nuestra monografía *Los gobiernos de facto y la legitimación de sus actos legislativos: los decretos-leyes*, La Habana, 1959, que recoge el curso dictado en dicha ciudad bajo los auspicios de la Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional, en 1958. Sobre el particular puede cons. la extensa bibliografía citada en pp. 251 y ss. de esta publicación. Sobre el principio de la separación de los poderes, véanse el cap. VI de la serie bibliográfica del autor, sobre el llamado "Derecho Político" (Santa Fe, Imp. de la Universidad, 1942), pp. 60 y ss., y la que se menciona en *La*

*enseñanza de la Ciencia Política en la Universidad argentina*, antes cit., pp. 81 y ss.).

En un Seminario sobre la reforma funcional del Poder Legislativo, desarrollado por el Instituto de Derecho Público Provincial y Municipal de la U. N. de Córdoba, el Dr. Pedro J. Frías, director del mismo, expresa su convicción —coincidente con la que al respecto expresamos en el capítulo respectivo de *Las causas de la inestabilidad política en América Latina*— que con "un nuevo comportamiento, con la sola adecuación de estructuras internas, y no de estructuras constitucionales, puede superarse la declinación de la institución legislativa, notoria ya antes de la situación de hecho actual" (refiere el Dr. Frías a la disolución del Congreso argentino, a raíz de los acontecimientos del 1962). Por la profundidad de sus observaciones, recomendamos su lectura en pp. 259 y ss. del N° 69 de *Cuadernos de los Institutos* (año 1963). De suerte que, no solamente debiera responderse a los interrogantes que plantea o que afectan a la representación misma (a la base de la representación a que nos referimos en el III del Apéndice a la Parte Tercera de la mencionada obra), sino que deben contemplarse las reformas necesarias para que el trabajo legislativo y el control que el Poder legislativo debe efectuar se realicen adecuadamente.

15. LA NECESARIA REVISION DEL PRINCIPIO MAYORITARIO. LOS DERECHOS DE LAS MINORIAS.

Toda nuestra vida representativa y el ejercicio mismo del poder político por la mayoría triunfante gira alrededor de un error muy difundido: que la mayoría tiene derechos ilimitados a gobernar y administrar, al parecer, como a ella le plazca. Frente a este sofisma, se presentan los inalienables derechos de las minorías, cuyo conjunto excede a veces el número de los integrantes de la mayoría triunfante en las contiendas electorales. Estos derechos son tan

respetables como los de la mayoría. Debe revisarse, pues, en sede científica, el principio mayoritario, tal como se concibe y ejercita en estas latitudes. Sobre este tema, cons. COMMAGER, Henry Steale, *Majority rule and minority rights* (New York, P. Smith, 1950) MARTIN, Ernest Walter, *The tyranny of the majority* (London, Pall Mall Press, 1961); y HUSZAR, George Nernard de (comp.), *Equality in América; the issue of minority rights* (New York, H. J. Wilson Co., 1949).

#### 16. LA PLANIFICACION ECONOMICA COMO GARANTIA DEL EJERCICIO DE LA LIBERTAD Y DE LA REALIDAD DE LOS REGIMENES DEMOCRATICOS. PLANIFICACION CON LIBERTAD.

El constitucionalismo, que fue fruto de una concepción optimista del hombre y de la vida humana, divorciada de la realidad, creyó ingenuamente que bastaba proclamar solemnemente en un texto que teóricamente se ponía encima de la voluntad del legislador ordinario, la libertad y la igualdad para que ambas existieran, y puso el acento en la primera, descuidando la segunda, con olvido de un hecho incuestionable, a saber, que no pueden darse aisladamente ni la una ni la otra, de tal manera que, para que funcione regularmente la libertad de cada uno, debe darse la igualdad de todos y viceversa. La libertad, en los regímenes capitalistas, caracterizados por una irritante desigualdad de las condiciones económicas de las personas, y concebidos dentro de las normas del liberalismo decadente finisecular, deja a los pobres a merced de los ricos, a los débiles, a discreción de los económicamente poderosos. Surge entonces, como reacción, la necesidad de una planificación de la economía que, en el orden de las personas, restablezca la desaparecida libertad, especialmente en materia de contratación del trabajo, y una más equitativa distribución de los bienes, y en el orden de las instituciones, de los recursos naturales, de las diversas regiones de un país, etc., el más

útil aprovechamiento de la riqueza colectiva. Esta planificación es utilizada, a su vez, en los países totalitarios, para aumentar la producción, en beneficio, no de los productores, sino del Estado, con lo que viene a desaparecer la libertad que, por este medio, se buscaba, con el mejoramiento de las condiciones económicas individuales. Como consecuencia, la planificación económica es resistida en nombre de la democracia y de la libertad. ¿Es posible que haya planificación con libertad?... La bibliografía existente demuestra que ello es posible, y además, necesario, casi diría imprescindible. Debe rodearse de las consiguientes garantías de la libertad personal, para que la planificación sirva realmente al objetivo perseguido, pues es la igualdad y la libertad. La nueva concepción del Estado, no ya mero guardián del orden y custodio de la integridad nacional, defensor de la Nación contra el enemigo exterior, sino agente de seguridad económica y del bienestar social internos, el tipo de *Estado de justicia social*, hace que la planificación sea una función y un deber del Estado contemporáneo. La implantación de organismos planificadores, a nivel nacional, estatal y municipal, además de regional, demuestra que está en marcha una nueva organización estatal, que planifica la economía y también, la Administración pública. Estos temas deben ser estudiados, como una imposición de la hora, en las cátedras de C. P. o de "Derecho Político", a fin de facilitar el mejoramiento y el progreso de las instituciones públicas.

#### 17. LA NECESIDAD DE EQUIPOS (ELITES) DIRIGENTES (GUBERNATIVOS Y ADMINISTRATIVOS). SU FORMACION. SU FUNCION EN LA DEMOCRACIA,

La formación natural de grupos sociales encumbrados, ora por su riqueza (poder económico) ora por su poder material, de cualquier naturaleza (poder religioso, militar, etc.), ha desplazado y estorbado la formación de los equipos dirigentes gubernativos y administrativos, o políticos

propriadamente dichos, en el mejor concepto del término, que son imprescindibles para la dirección y administración de la cosa pública. No necesito agregar que los grupos de presión y los factores de poder, a que nos hemos referido antes (en el 6), no se preocupan por el interés general, al menos tanto como de los intereses de su grupo. Las "élites" dirigentes, por el contrario, si están debidamente formadas para su función primordial de conducción política, atienden al interés general y sirven para equilibrar los factores de poder y los grupos de presión, con la autoridad que les da su preparación para dicha tarea, su poder intelectual o espiritual. "Frente a un mundo atormentado, y quizás, amenazado en su propia existencia, el papel de la élite (dice el rector de la Universidad de Ginebra, Bahell), aparece más grande que nunca" (*Le levain dans la pâte*, Gêneve, Georg & Cie., 1952, p. 12). Aclara que sería más exacto hablar de las élites (en plural), porque en la hora actual no podría aceptarse ya la antigua acepción de una élite única, formada por los privilegiados del saber o de la riqueza. Nos hemos ocupado del concepto y de la definición de las élites en muchas oportunidades, bastando recordar el discurso pronunciado en el Trinity Hall de la Universidad de Cambridge (Inglaterra) el 16 de noviembre de 1947, que se inserta en *En Europa. Crónicas y conferencias* (Santa Fe 1948), pp. 126 y ss., y en el cap. I, 6, de *La crisis de la civilización occidental* (Porto Alegre, PUC, 1963), al referirme a la función de los intelectuales, (pp. 26 y ss.). Nunca será suficiente hablar de esta imperiosa necesidad de nuestros tiempos, sobre la que he vuelto en *Las causas de la inestabilidad política en América Latina* (Parte IV), a la que remito al lector interesado en mayores detalles sobre el punto.

(confr. OLMSTED, Donald Warren, *Social groups, roles, and leadership ; an introduction to the concepts* (Eats Lassing, Mich., Institute for Comunity Development and Services, 1961).

## 18. REVISION GENERAL DE DOCTRINAS, TEORIAS, CONCEPTOS Y TERMINOS COMUNMENTE EMPLEADOS. NECESIDAD DE UN "LEXICON" POLITICO MUNDIAL. LOS FALSOS DILEMAS.

Los que seguimos de cerca, con espíritu científico, crítico y metódico, el devenir político y la evolución de la Ciencia Política, a través del movimiento y la transformación del Derecho Público, podemos constatar, por una parte, cómo las palabras, los términos y las mismas teorías ordinariamente empleados en esta rama del conocimiento humano, que antes tenían un significado preciso, universal, intergiversable, van perdiendo su antiguo contenido originario y evocan realidades o abstracciones de las más opuestas, al punto que no entendemos ya, aunque empleamos las mismas palabras y los mismos términos o nos referimos a las mismas teorías, como si una nueva y más confusa torre de Babel se hubiera construido, en la era de las ideologías, y por otra parte, pese al progreso registrado en el terreno de las ideas y de las instituciones políticas, utilizamos la misma terminología, y atribuimos a palabras y conceptos emplearlos en la época de Aristóteles o de Rousseau el mismo sentido y alcance que entonces tuvieron, como si nada hubiera cambiado en las condiciones y circunstancias actuales, con respecto a las primitivas o a las anteriores. Esta constatación nos induce a pensar en la necesidad de revisar prolijamente todas las doctrinas, las teorías, las palabras, los conceptos y los términos empleados en la Ciencia Política, para ponerlos al día y para que su empleo, en este terreno, no induzca a error, como hasta aquí ocurre. Sería plausible la formación de un "lexicon" político mundial, que nos obligara a usar la palabra y el concepto exactos, para expresar ideas o teorías distintas, y evitar confusiones y mal entendidos. (Conf. BOISDE, Raymond. *Pour une modernisation de la politique* (París, Plon, 1962); EASTON, David, *The political system, an inquiry into the state of Political Science* (New York. Knopf, 1953).

Impónese también una denuncia de los falsos dilemas y de los mitos y sofismas políticos, que tanto mal hacen a las instituciones, como, por ejemplo, "democracia o dictadura"; "libertad o justicia social", etc., etc. Consideramos que ésta debe ser una tarea previa de profilaxis política (vide HERZ, John H., *Political realism and political idealism a study in theories and realities* (Chicago, University of Chicago Press, 1951).

#### 19. LOS TEMAS OLVIDADOS.

Por último, creo que en las cátedras de C. P. debemos ocuparnos de nuevo de temas que antes eran corrientes y que ahora han sido olvidados o han quedado postergados en el tratamiento de los problemas políticos. Me refiero, por ejemplo, al bipartidismo y al pluripartidismo; a los gobiernos "de facto" y a la validez y duración de sus actos legislativos, tan controvertida, entre otros en nuestro país; al unicaneralismo y al bicaneralismo; al proceso gubernativo, en sus distintas manifestaciones (el legislativo, el ejecutivo y el judicial); a la teoría de los tipos de Estado y de los fines, del Estado, tema este último de principalísima importancia, porque el fin o los fines, objetivos y universales, y los subjetivos, históricos o particulares, que se atribuyan a un Estado determinado, en un período de su historia, constituyen el patrón de la legitimidad de los actos del gobierno. De estas últimas teorías nos hemos ocupado, como corresponde, en nuestra edición de *Teoría general del Estado* antes citada (cap. VIII, pp. 177 y ss. y cap. VI, pp. 147 y ss.), es decir, de manera distinta a como deben considerarse en Ciencia Política.

Por la experiencia que el pluripartidismo, excitado o favorecido indebidamente por una errónea aplicación del principio de la representación proporcional, ha dado en nuestro país, considero que la antigua discusión sobre la conveniencia del bipartidismo en el régimen republicano

debe recobrar su puesto en los temas ordinarios de nuestros programas universitarios. Existe al respecto una voluminosa bibliografía.

#### 20. UNA CIENCIA POLITICA EN LA QUE TENGAN SU PUESTO DE HONOR LOS VALORES ABSOLUTOS O UNIVERSALES.

Para terminar, diremos que, para coronar una disciplina científica como la que tiene por objeto propio la organización ideal del Estado, para hacer un Estado más justo y mejor organizado, la C. P. debe asignar un puesto de honor entre los elementos con que se elabore, a los valores absolutos o universales que el profesor Friedrich llama "generales" (*ob. cit.*, p. 11, nota 1). El mismo profesor Friedrich dice: "Una Ciencia Política que no ofreciera la visión de pertenecer a juicios normativos, sería como una medicina que, si bien estaría en condiciones de describir las causas y el proceso de las enfermedades humanas, no sería capaz de ofrecer ni pronóstico ni medios ni métodos de curación de ninguna índole. Si este punto de vista es admitido, resultaría evidente que la preocupación espiritual por los valores como tales es propia de la Ciencia Política" (p. 8). Es lo que venimos sosteniendo desde hace muchos años (v. del autor *Introducción a la Política científica* Santa Fe, 1939 y *La enseñanza de la Ciencia Política en la Universidad argentina*, Santa Fe, 1947), y más recientemente el curso dictado en la U. N. de Córdoba, publicado bajo el título de *Necesidad y utilidad de los estudios de Política científica en las Facultades de las Ciencias jurídicas y sociales*" (Córdoba, 1962). Estamos firmemente convencidos de que el día que se dé a los valores el lugar que les corresponde en la Ciencia Política no habrá teorías ni sistemas peligrosos para la libertad humana, ni regímenes de gobierno injustos o arbitrarios. Y agrego que, cuando ellos imperen en el dominio de la Política, existirá



## LA JURISDICCIÓN TUTELAR DE MENORES EN COSTA RICA

LIC. MARIA EUGENIA VARGAS SOLERA  
Juez Tutelar de Menores.

### 1. ANTECEDENTES FILOSOFICOS.

Tradicionalmente se ha caracterizado la jurisdicción como la función pública que ejerce directamente el Estado, en un conflicto jurídico como tercero imparcial, para obtener la actuación de la ley mediante la fuerza imperativa necesaria.

Según la naturaleza de las leyes que se tengan que aplicar, se diferencian las categorías de jurisdicción que se basan en normas meramente restitutorias de las repressivas. Estas últimas distinguen la jurisdicción penal clásica que ha sido esencialmente aflictiva, y que ha tenido por objetivos fundamentales, aclarar la existencia o inexistencia del delito y la individualización del autor, para aplicar la pena y reestablecer así el orden social perturbado por la acción delictuosa, por lo que históricamente la absolución y la condena se han dado más que en beneficio del procesado o de la víctima, en interés de la colectividad, dejando así ignorados por siglos los derechos y necesidades del hombre-delincuente.

Las fuertes corrientes filosóficas de los siglos XVIII y XIX que dieran origen a las transformaciones sociales de la época presente, ejercieron también su influencia en el análisis de los objetivos antes señalados, y en el interés por un presupuesto relacionado con el hombre-delincuente en la Jurisdicción Penal.

Entre las contribuciones más significativas en este campo pueden citarse las siguientes:

a) El aporte científico de Lombroso a las ciencias criminales enriqueciéndolas con una nueva ciencia, la antropología criminal. Lombroso abogó contra lo establecido hasta entonces de juzgar el delito en abstracto prescindiendo del carácter del agente.

b) La proposición de Ferri de transformar el Derecho Penal, "aún permaneciendo con una disciplina jurídica en sus resultados y en su fin último", en una rama de la sociología fundamentada sobre los datos de tres disciplinas preliminares: la psicología, la antropología y la estadística.

c) Los estudios de Dorado Montero que desarrolló con base en los principios de que "es deber de la sociedad ejercer la función penal principalmente en interés del reo" y en la "inexistencia de delincuentes incorregibles", ya que estos últimos para Dorado Montero son solo naturalezas especiales que necesitan medidas particulares de curación que la ciencia debe saber proporcionar, las cuales él mismo esbozó en su pedagogía correctiva.

Estas contribuciones filosóficas pusieron de relieve la estrecha relación del derecho penal con las ciencias que estudian los problemas económicos, morales y sociales, e insistieron en colocar al delincuente, como elemento predominante de estudio en esta rama de derecho, y estimularon que muchos investigadores más, se dedicaran a proclamar y propagar los principios esenciales del humanitarismo penal, ya que como dice Florian "ninguna otra rama del derecho palpita con tanta realidad humana, ética, social, psicológica, psicopatológica, como nuestro doloroso derecho punitivo".

Con el anterior respaldo filosófico aparece a fines del siglo pasado una jurisdicción separada de la penal para

el menor infractor, que toma fundamentalmente en cuenta al protagonista del delito como un individuo que necesita ayuda, estímulo y orientación y va más allá de la idea de humanizar la pena, al sustituirla por medidas de reeducación desechando así de la administración de justicia los viejos y anticuados métodos en virtud de los cuales la expiación y el castigo deberían ser siempre la consecuencia ineludible del delito.

Adelantándose a este cambio jurisdiccional, el Hospicio de San Miguel de Roma, creado en 1704 por orden del Papa Clemente XI, señala para muchos el límite de dos civilizaciones, de dos épocas históricas (Howar Wins) por el sentido de reforma moral, las medidas de reeducación y la separación celular que inició e impuso.

La primera Ley de Tribunales Menores fue sancionada en Illinois en 1899. A partir de esta fecha la mayoría de los países del mundo se preocupan por incorporar a su ordenamiento jurídico leyes y organismos judiciales adecuados para el apropiado enfoque, conocimiento y solución de la llamada delincuencia juvenil.

En lo que respecta a América es importante anotar las siguientes recomendaciones, acordadas por organismos interamericanos:

a) II CONGRESO INTERAMERICANO DEL NIÑO, Montevideo 1919.

Aún cuando la mayoría de los Congresos Interamericanos del Niño han hecho recomendaciones sobre Tribunales de Menores, y el XII Congreso celebrado en diciembre de 1963 en Buenos Aires tuvo como ponencia central "El menor de conducta antisocial en América", se transcribe en seguida sólo el acuerdo tomado al respecto en el II Congreso Interamericano del Niño por ser la primera vez que ese organismo se pronunció sobre esta materia: "Tribunal para Menores Delinquentes".

El 2º Congreso Americano del Niño, reunido en Montevideo, declara que es indispensable:

1º La creación de tribunales para menores en la legislación penal y procesal de los países americanos.

2º La incorporación de disposiciones especiales en la ley, de fondo y forma respecto a los menores delincuentes.

Declara asimismo que esas disposiciones especiales han de consultar:

1º La especialización del Tribunal llevado hasta el máximo: juez especialista de la infancia; salas de audiencias distintas; procedimientos y sanciones especiales, haciendo abstracción de la cuestión del discernimiento, reemplazándola por una finalidad educativa y de producción.

2º La supresión de prisión: los menores detenidos, delincuentes o presuntos, no deben ingresar en la sala común del puesto de policía, y los condenados no deben ser jamás internados en una prisión común.

3º Confiar al Juez la facultad de elegir, según las exigencias de cada caso particular, las medidas que estime necesarias para la corrección del menor."

b) II CONGRESO INTERAMERICANO DEL MINISTERIO PUBLICO, Habana 1957.

La recomendación que a continuación se copia tiene el enorme valor de no haber sido acordada por Jueces de Menores u otras personas o autoridades relacionadas específicamente con los problemas del menor infractor, sino por funcionarios que tienen a su cargo atribuciones muy amplias como son los Procuradores Públicos.

"Quinta: El Congreso propugna la creación de la JURISDICCION TUTELAR DE MENORES en todos los

países que carecen de ella, y aconseja las siguientes normas en relación con el menor objetivamente considerado:

- A) El infractor debe ser presentado ante Tribunales de Menores.
- B) Sometido a reglas especiales y flexibles.
- C) Orientado y corregido antes que reprimido.
- D) Devuelto física y subjetivamente al conglomerado social sin afectaciones que lo menoscaben o capitidismuyan.
- E) Instalado y estimulado por un organismo competente para lograr su capacitación manual o profesional al servicio del pro-común.

Sexta: Los Tribunales de Menores deben ser:

- A) Unipersonales.
- B) Sin sujeción al procedimiento penal clásico y dentro de estrictas normas de no publicidad.
- C) De amplia jurisdicción.
- D) Organizados y basados en un Código aprobado al efecto.
- E) Asesorados científicamente.
- F) Auxiliados por el mecanismo estatal.
- G) Asistidos y orientados por el Ministerio Público.
- H) Integrados por un Juez especializado dentro de la carrera judicial.
- I) Intimamente ligados a instituciones psicopedagógicas de asistencia social y a centros de verdadera re-adaptación del menor infractor, durante las medidas tutelares a que quede incurso.

J) En los casos de pluralidad de infracciones en que concurren mayores y menores la continencia de la causa puede o debe dividirse.

Séptima: El Congreso recomienda exigir en delito la publicidad en cualquier forma, del hecho cometido por el menor infractor.

## 2. ANTECEDENTES EN LA LEGISLACION NACIONAL.

Código General del Estado de Costa Rica, emitido el 30 de Julio de 1841.

### MATERIA PENAL

De las circunstancias que destruyen la criminalidad o culpabilidad de un acto.

Artículo 13.—Son circunstancias que destruyen el delito o culpa, las que eximen a sus autores, cómplices, auxiliares o tutores, receptores o encubridores de toda responsabilidad penal i satisfactoria. Tales son además de las que expresa la lei en los casos respectivos, las siguientes:

1º) Cometer el delito o culpa dentro de los siete años de edad.

CODIGO PENAL, sancionado el 27 de mayo de 1880.

Artículo 10.—Están exentos de responsabilidad criminal:

inciso 2º) El menor de diez años

inciso 3º) El mayor de diez años y menor de dieciséis a no ser que conste que ha obrado con discernimiento. El Tribunal hará declaración expresa sobre este punto,, previo reconocimiento médico - legal, para imponerle pena o declararle irresponsable.

CODIGO PENAL, sancionado el 3 de junio de 1924.

De los casos de irresponsabilidad.

Artículo 2º.—Están exentos de responsabilidad por los actos u omisiones legalmente:

inciso 5º) El menor que no hubiere cumplido diez años.

inciso 6º) El mayor de diez años, pero menor de quince, si constare que carece de discernimiento. En el sumario o en el plenario, realizada la prueba necesaria, hará el Tribunal declaración expresa sobre este punto, para decidir acerca de su responsabilidad e imponer oportunamente la pena que corresponda.

CODIGO PENAL, sancionado el 21 de agosto de 1941.

Causas que eliminan la pena o la responsabilidad.

Artículo 25º)—Están exentos de pena y sujetos a las medidas de seguridad aplicables según lo dispuesto en el Capítulo V del Título III de este Libro:

1º Los menores de diecisiete años.

CODIGO DE POLICIA, sancionado el 21 de agosto de 1941.

Responsabilidad.

Artículo 11º)—Están exentos de pena y sujetos a las medidas de seguridad aplicables según lo dispuesto en el Capítulo IV del Título III de este libro:

1º Los menores de diecisiete años.

ALGUNOS PROYECTOS DE LEY PRESENTADOS AL GOBIERNO SOBRE JUZGADOS TUTELARES DE MENORES.

PROYECTO DE LEY SOBRE JUZGADO TUTELAR DE MENORES.

Fue aprobado por el Congreso Constitucional de la República el 17 de agosto de 1937 y vetado por el Lic. León Cortés Castro, en su calidad de Presidente de la República el 30 del mismo mes.

*Características más sobresalientes:*

- 1º Los menores de 18 años quedaban sujetos a la Jurisdicción Tutelar de Menores.
- 2º—En todos los casos el menor debía ser sometido a un examen médico - psicopediatra y podía ser asistido por Visitadores Sociales.

PROYECTO DE LEY SOBRE TRIBUNAL TUTELAR DE MENORES, presentado a la Asamblea Legislativa en 1949.

*Características más sobresalientes:*

Eran parecidas a las del proyecto antes mencionado pero ampliaba la competencia de los Tribunales al conocimiento de problemas de abandono y protección ajenos a conflictos jurídicos.

PROYECTO DE LEY DE TRIBUNALES TUTELARES DE MENORES del año 1954.

*Características más sobresalientes:*

- A) Estableció la competencia sobre menores que no hubieran cumplido dieciocho años.
- B) Preveía la organización de un Centro de Observación dependiente del Patronato Nacional de la Infancia.
- C) Señalaba las Medidas Tutelares aplicables a los menores.

3. LEY ORGANICA DE LA JURISDICCION TUTELAR DE MENORES, del 21 de diciembre de 1963.

El correspondiente proyecto de ley presentado a la Asamblea Legislativa fue laborado con base en el trabajo que al respecto llevó a cabo en el país en el año de 1956, el Lic. Héctor Solís Quiroga, en calidad de técnico de las Naciones Unidas.

Este documento legal integra a los presupuestos tradicionales de la jurisdicción penal y en sustitución de la pena, un elemento nuevo en la función judicial del país, y es la obligación que señala al Juez de Menores de indicar en el pronunciamiento de fondo, el camino de recuperación social del menor infractor.

Deja inalterables la competencia judicial en este campo, el derecho del perjudicado a la reparación civil, el interés de la comunidad a una adecuada protección, pero no se conforma con solo resolver el conflicto jurídico planteado con la acción delictuosa, sino que entra a conocer el contenido humano y social del ofensor.

El procedimiento que establece es eminentemente dinámico como lo requieren los problemas sociales en su estudio y solución, y contempla métodos modernos de trabajo como son la investigación en equipo y la evaluación, de manera que en los Juzgados Tutelares de Menores el derecho y las ciencias, especialmente aquéllas que estudian el comportamiento humano, como son la psiquiatría, la psicología, la estadística y el servicio social, trabajan lado a lado con un propósito preventivo y curativo más que punitivo, sin debilitar su posición de Tribunales Judiciales.

A lo largo de todo su artículo tiende la ley a asegurar el fundamento humano de esta Jurisdicción que es la readaptación moral y social del menor infractor, señalado en forma predominante en su artículo primero, reflejo de las inquietudes más significativas del presente siglo que miran

en todos los campos de la ciencia y el saber, a afianzar en el hombre los elementos que conforman su efectiva libertad y su dignidad de seres humanos.

Con esta ley el Poder Judicial deja en Costa Rica de ser simplemente declarativo o represivo ante un conflicto jurídico, y se coloca en una posición más activa ante la responsabilidad conjunta de todos los organismos del Estado por el bien común, debido a que sus derechos y responsabilidades han quedado ampliados con los nuevos conceptos, técnicas y metas que el citado documento legal le señala.

En general los fundamentos de esta ley se identifican poderosamente con las recomendaciones de Naciones Unidas en esta materia y con la filosofía que respalda el funcionamiento de estos Tribunales en otros países de decidida evolución social, así como con las conclusiones del Congreso Internacional de Juristas de 1962 que declaró:

"En un mundo en vías de evolución e interdependiente, corresponde a los abogados orientar y dirigir la creación de nuevos conceptos, instituciones y técnicas jurídicas para que el hombre pueda sobreponerse a los riesgos y peligros de la época presente y realizar las aspiraciones de todos los pueblos.

Hoy día el abogado no puede limitarse al ejercicio de la profesión y a la administración de justicia, ni puede desentenderse de la importante transformación de la situación económica y social si quiere cumplir con su vocación de hombre de leyes: ha de tener parte activa en esa transformación. Con este fin, ha de inspirar y propulsar el desarrollo económico y la justicia social".

#### DISPOSICIONES MAS IMPORTANTES DE LA LEY.

1º) Limitada la competencia de los Jueces Tutelares de Menores al conocimiento de las infracciones calificadas

en la legislación común como delitos, cuasidelitos o faltas atribuidos a menores cuya edad no exceda de 17 años, pero no señala, como lo hicieron los Códigos Penales de 1841, 1880 y 1824, una época de completa protección para los menores, de manera que en ningún caso puede abrirse contra ellos diligencias por hechos realizados dentro de esa determinada edad.

Al no haberse pronunciado nuestros legisladores en ese aspecto, tanto en el Código Penal de 1941, como en la actual ley, niños de 6 años y menos pueden y han sido llevados ante los Tribunales, lo que constituye una falta que habría que solucionar. Países como Alemania e Israel protegen a sus niños hasta los 14 años de ser denunciados en oficinas judiciales y sus infracciones así como sus consecuencias, son conocidos y resueltos por agencias administrativas de Bienestar Social.

Artículos 1º y 2º.

2º) El fundamento predominante de la Jurisdicción de Menores como ya se dijo, es la readaptación moral y social del menor infractor, por lo que en beneficio de su recuperación social, la ley facilita el ejercicio de la acción privada no exigiendo en ningún caso acusación, sino la denuncia por la persona perjudicada o sus representantes, o quien tenga derecho a acusar, y en caso de perdón, prescripción o absolución, el Juez debe pronunciarse sobre si se prosigue o no la acción tutelar.

Artículos 1º, 45, 47 y 61.

3º) Expresamente contempla la ley la división de la contienda de la causa, reafirmando así la completa separación entre la Jurisdicción Penal y la Tutelar de Menores.

Artículos 3º y 4º.

- 4º) Con miras a lograr un conocimiento más completo del menor infractor, la ley contempla tres diferentes tipos de personal:

Administrativo, de Servicio Social y Clínico (médico psiquiatra y psicólogo), para los respectivos Juzgados Tutelares, además de un Juez, de preferencia con estudios y experiencias en la materia.

- 5º) El procedimiento se lleva a cabo en una sola etapa con términos muy cortos y se materializa en un expediente único para todos los hechos que se le atribuyen a un menor mientras no cumpla los 17 años; el expediente comprende a su vez dos legajos, uno de hechos para el conocimiento del conflicto jurídico propiamente dicho, y otro social para el estudio de los factores que influyan en el comportamiento del menor. El expediente tiene carácter confidencial; no obstante tienen acceso al legajo de hechos, las partes, sus apoderados judiciales o defensores, los representantes de la Procuraduría General de la República y del Patronato Nacional de la Infancia, y los padres o guardadores del menor, no así al legajo social.

El término para dictar el pronunciamiento de fondo es de 3 meses, prorrogable a un mes más, ambas fechas contadas a partir del momento en que el menor es puesto a disposición del Juez.

Artículos 57, 58, 65 y 67.

- 6º) Las medidas tutelares que la ley prevé van desde la amonestación hasta la internación en diferentes tipos de instituciones de reeducación, y deben ser aplicadas tomando en cuenta siempre el diagnóstico sobre la personalidad y las posibilidades de rehabilitación del menor y la naturaleza y gravedad de los hechos que se le atribuyan, ya que la edad de los menores comprendidos bajo la jurisdicción Tutelar, está colocada en una etapa importante de su vida donde tanto el hogar como el Estado les debe formación.

Artículos 29, 40, y 42.

- 7º) Como la readaptación moral y social que persigue esta ley depende no solo del impulso judicial, sino también del propio esfuerzo del núcleo familia-menor infractor, dicho documento legal prevé la evaluación judicial periódica de la medida tutelar acordada, hasta que el menor alcance los 21 años de edad o se declare concluida aquella por la adaptación social lograda con el menor.

Artículos 38 y 70.

Es indudable que la Presente Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores, coloca a Costa Rica en un lugar de avanzada en la evolución del derecho y en el tratamiento del menor infractor; no obstante, en la actualidad no tiene una completa aplicación sobre todo el territorio nacional, ya que la mayoría de los Juzgados Tutelares del país no cuentan con los instrumentos necesarios para el apropiado cumplimiento de su función, situación que perjudica en forma incalculable a nuestra enorme población juvenil, que constituye más de la mitad de los habitantes del país, y que es la que recibe con menos defensa que el hombre adulto costarricense, el impacto de los violentos cambios de la civilización actual.

Nº 3260

## LEY ORGANICA DE LA JURISDICCION TUTELAR DE MENORES

### TITULO I

#### DISPOSICIONES GENERALES

#### CAPITULO I

##### *De la Jurisdicción Tutelar.*

Artículo 1º—Corresponderá a la Jurisdicción Tutelar de Menores conocer de la situación de los menores cuya edad

no exceda de diecisiete años y que se encuentren en estado de peligro social resolver exclusivamente sobre las medidas aplicables a dichos menores y ejecutar las resoluciones que dicte, todo ello con la finalidad de readaptarlos moral y socialmente. Para los efectos de esta ley, se entenderá por menor de edad al que en este artículo se define.

Artículo 2º—Para los efectos del artículo anterior se considerará en estado de peligro social a todo menor de los referidos en el artículo 1º a quien se atribuya una infracción calificada en la legislación común como delito, cuasidelito o falta.

Artículo 3º—Cuando en una misma infracción a la ley intervinieren conjuntamente mayores y menores de diecisiete años, sea como autores cómplices o encubridores, el Juez Tutelar conocerá únicamente de lo relativo a estos últimos. Los otros serán juzgados por los tribunales ordinarios. El que previniere en el conocimiento del asunto ordenará que se testimonien las piezas conducentes para el cumplimiento de lo que aquí se dispone.

Artículo 4º—Para mantener en lo posible la conexidad de los procesos en el caso del artículo anterior, los distintos tribunales quedarán obligados a remitirse recíprocamente copia firmada por el Secretario, de las pruebas y actuaciones pertinentes.

Artículo 5º—Las autoridades judiciales y administrativas que tuvieren conocimiento de que algún menor se encuentra en las condiciones indicadas en el artículo 2º de esta ley, estarán obligados a comunicarlo inmediatamente al Juez Tutelar.

Artículo 6º—Cuando fuere necesario retener a un menor de edad por encontrarse en alguna situación de las señaladas en el artículo 2º de esta ley, será llevado al Centro de Observación, o al local especial que para menores deberá existir en cada jurisdicción, y puesto inmedia-

tamente a la orden del Juez Tutelar. En ningún caso se hará la custodia en lugares destinados a mayores de edad.

La internación de un menor en alguna de las instituciones destinadas a su observación, educación o rehabilitación, constituirá únicamente una medida tutelar de asistencia y readaptación.

Artículo 7º—La aprehensión de los menores que deban ser remitidos a los Juzgados Tutelares se llevará a cabo por Agentes Tutelares, o, en su defecto, por Inspectores de Defensa Social. En los lugares donde no existieren esas autoridades, se instruirá debidamente a las personas encargadas de realizar tales funciones.

Artículo 8º—La declaratoria de inimputabilidad o de exención de pena en favor de menores prevista en el artículo 25 del Código Penal, no perjudicará el ejercicio de la acción civil contra ellos, por los daños y perjuicios que hubieren causado, siempre que sus alimentos quedaren asegurados conforme a la ley. Estarán también obligados a la indemnización correspondiente los padres, tutores o guardadores, cuando se probare que habrían podido evitar el daño o que descuidaron notablemente la guarda del menor.

Artículo 9º—Las resoluciones indicadas en el artículo 69 serán comunicados al Registro Judicial de Delincuentes, y no se suministrarán datos sobre ellas a ninguna autoridad ni se inscribirán en los archivos policíacos.

Los resúmenes de esas resoluciones no serán inscritos en el casillero de penados que lleva el Registro, sino en una sección especial que deberá establecer esa oficina para efectos estadísticos y de información social, conforme al artículo siguiente.

Artículo 10.—Ni el Registro Judicial de Delincuentes, ni las autoridades administrativas o de policía que tengan archivos sobre la materia, podrán en ningún momento, ni aun después de llegado el infractor a la mayoría de edad,

suministrar datos sobre infracciones cometidas por menores de diecisiete (17) años, a ninguna autoridad administrativa, salvo al Patronato Nacional de la Infancia y al Consejo Superior de Defensa Social; esos datos tendrán siempre carácter confidencial y no podrán figurar por ningún motivo en el legajo de hechos a que se refiere el artículo 60.

Artículo 11.—Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes sobre estadística, los Jueces Tutelares enviarán al Registro Judicial de Delinquentes, para efectos estadísticos, una memoria anual de los casos atendidos. Esta memoria deberá enviarse en el mes de mayo.

Artículo 12.—Prohíbese divulgar la identidad de un menor sujeto a la jurisdicción tutelar. Los funcionarios y empleados, los particulares y los responsables de medios de divulgación que violaren esta regla, serán penados con multa de trescientos a mil colones. Tal hecho constituye una falta de policía de acción pública, y será de conocimiento de los Agentes respectivos.

## CAPITULO II

### *De la Organización Administrativa*

Artículo 13.—La jurisdicción establecida por esta ley corresponderá a Jueces Tutelares de Menores y a Tribunales Superiores de Familia. En tanto no se establezcan estos últimos, sus funciones corresponderán a la Sala Penal respectiva, de acuerdo con la distribución de asuntos que hará la Corte Suprema de Justicia.

La jurisdicción tutelar de menores es improrrogable; no obstante los jueces podrán delegar la práctica de ciertas diligencias en una autoridad judicial o administrativa.

Artículo 14.— Los Jueces Tutelares de Menores deberán llenar las condiciones establecidas por los jueces co-

munes, y la Corte procurará que el nombramiento recaiga en persona que tenga estudios o experiencia en la materia.

Artículo 15.—En cada Juzgado Tutelar existirá un personal administrativo, un Departamento de Servicio Social y un Departamento Clínico y el Juez podrá requerir la cooperación de cualesquiera otras oficinas o instituciones públicas cuyos servicios necesitare.

Artículo 16.—El personal administrativo estará integrado por los funcionarios que establece el artículo 102 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y por los Agentes Tutelares que fueren necesarios.

En el nombramiento del personal administrativo se preferirá en igualdad de condiciones, a quienes acrediten estudios o experiencia en la materia.

Artículo 17.—Además de las funciones que le confiere la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Secretario será el Jefe del personal y responderá ante el Juez de la administración de la oficina. Los jefes de departamento, en materia administrativa, responderán ante el Secretario.

Artículo 18.—Los Agentes Tutelares tendrán a su cargo la aprehensión y conducción de los menores en los casos que lo ordene el Juez, así como cualquiera otra diligencia que se les encomiende. Deberán haber cursado por lo menos la primera enseñanza y se dará preferencia para el cargo a quienes sean padres o madres de familia.

Artículo 19.—El Departamento de Servicio Social estará integrado por el número de trabajadores sociales que requiera el buen funcionamiento del Juzgado.

Artículo 20.—Antes de ser nombrados, los trabajadores sociales demostrarán haber cursado dos años de estudios de Servicio Social y un año de práctica. El jefe del Departamento deberá ser graduado de una escuela de Servicio Social o, en caso de inopia, egresado con experiencia

acreditada en trabajo con menores; pero el egresado gozará de un plazo de un año para obtener su título, y su nombramiento será interino durante ese lapso.

Artículo 21.—Corresponderá al Departamento de Servicio Social:

- a) Hacer el estudio social de los menores;
- b) Realizar los estudios y entrevistas que el Departamento Clínico le solicite;
- c) Participar en el tratamiento social de los menores;
- d) Intervenir en las actividades de prevención; y
- e) Cumplir las otras funciones que la ley o el Juez le encomienden.

Artículo 22.—El Departamento Clínico estará integrado por un Médico Psiquiatra y un Psicólogo Clínico, de preferencia especializados en menores.

Artículo 23.—Corresponderá al Departamento Clínico:

- a) Efectuar los estudios referentes a los menores que el Departamento de Servicio Social, de acuerdo con el Juez, le indique;
- b) Participar en la terapéutica de los menores;
- c) Atender todas las consultas que el Departamento de Servicio Social le formule en relación con los menores en estudio o en tratamiento.
- d) Rendir dictámenes que el Juez ordene; y
- e) Cumplir las otras funciones que la ley le encomiende.

Artículo 24.—Cuando en determinada jurisdicción no existiere facilidad para organizar el Departamento Clínico, el Juzgado podrá ordenar el envío de los menores que requieran estudio, al Departamento Clínico del Juzgado Tutelar de Menores de San José, o al Centro de Observa-

ción. También podrá requerir de instituciones o profesionales del lugar los servicios correspondientes.

Artículo 25.—En todo el aspecto técnico y de investigación criminológica, el Departamento Clínico coordinará labores con el Consejo de Defensa Social, especialmente en los aspectos estadísticos, archivo de casos y además del mismo orden.

### CAPITULO III

#### *De la competencia*

Artículo 26.—Será competente para conocer de las infracciones a que se refiere el artículo 2º de esta ley, el Juez Tutelar en cuyo territorio hubiere ocurrido el hecho.

Artículo 27.—Si un menor fuere requerido por dos o más jueces, será competente, para conocer de todos los hechos, el Juez del lugar donde se cometió el último.

Artículo 28.—Cuando no fuere posible determinar la competencia por razón del lugar donde el hecho ocurrió, será competente para conocer del asunto el Juez que prevenga en el conocimiento del mismo.

### TITULO II

#### DE LOS JUICIOS TUTELARES

#### CAPITULO I

#### *De las Medidas Tutelares*

Artículo 29.—Las medidas tutelares imponibles son:

- a) Amonestación;
- b) Libertad asistida;
- c) Depósito en hogar sustituto;
- d) Colocación en trabajo u ocupación conveniente;
- e) Internación en establecimientos reeducativos; y
- f) Cualquier otra medida que el Juez considere conveniente para el menor.

## CAPITULO II

### *De la Naturaleza de las medidas Tutelares*

Artículo 30.—La amonestación se hará en forma clara y paternal directamente al menor, y, si fuere necesario, en presencia de las personas que el Juez estime conveniente.

Artículo 31.—La libertad asistida consistirá en confiar el menor a su familia o a un guardador, bajo la asistencia del Departamento de Servicio Social, sea del Juzgado o de otro organismo, de acuerdo con las recomendaciones que el Juez estime convenientes.

Artículo 32.—La libertad asistida podrá confiarse al Patronato Nacional de la Infancia, al Consejo Superior de Defensa Social o a otra institución social similar, del lugar de residencia del menor.

Artículo 33.—El depósito en hogar sustituto consistirá en la entrega del menor a otra familia que no sea la propia, en las condiciones de asistencia indicadas en los artículos 31 y 32.

Artículo 34.—La internación del menor podrá realizarse en forma total o parcial, en el establecimiento o institución que acuerde el Juez, ya sea para su readaptación social o para su recuperación física o mental, hasta por un término que no podrá exceder del que le falte al menor para cumplir veintiún años. La internación total será aquella en que el menor pase el día y la noche en la institución o bajo su dependencia; y por internación parcial, aquella en que permanezca en la institución sólo parte del día o de la noche.

Artículo 35.—Los establecimientos de protección de menores a cargo del Estado, de las municipalidades y de instituciones autónomas o semiautónomas, y los de carácter particular que reciban subvención de cualquiera de esas

entidades, estarán obligados a admitir gratuitamente a los menores que los Juzgados les remitan, por el tiempo que éstos indiquen, sin perjuicio de la obligación alimentaria que pueda pesar sobre los padres u otras personas en favor del menor.

Artículo 36.—La internación total sólo se acordará en casos graves, cuando la familia del menor sea notoriamente inconveniente para el debido tratamiento de éste y no se pueda recurrir a la libertad asistida o al depósito en hogar sustituto.

Artículo 37.—Cuando se acuerde la internación de un menor, el Juez enviará al establecimiento que deba recibirlo, copia de la resolución dictada, con las observaciones y recomendaciones que considere convenientes.

Artículo 38.—El Director del establecimiento donde fuere depositado el menor, enviará al Juez un informe trimestral sobre la situación del internado y hará en él las recomendaciones del caso.

## CAPITULO III

### *De la aplicación de las medidas*

Artículo 39.—Cuando se acordare el egreso de un menor, se le preparará para ello por lo menos durante tres meses antes de su salida, siempre que la fecha fijada por ésta lo permita, y se le asistirá por lo menos durante tres meses después del egreso. Estas labores las realizará preferentemente la institución que albergue al menor; en su defecto, las hará el Juzgado que conozca el caso, el cual podrá encomendarlas al Patronato Nacional de la Infancia o la institución gubernamental o particular que estime conveniente, según el establecimiento que tenga a su cargo al menor y el lugar donde éste resida.

Artículo 40.—Al menor se le aplicarán las medidas tomando en cuenta siempre el diagnóstico sobre su personalidad, las posibilidades de su rehabilitación y la naturaleza y gravedad de los hechos que se le atribuyan.

Artículo 41.—Pueden ser aplicadas varias medidas a un mismo menor, en forma simultánea o sucesiva, cuando así se estimare necesario para conseguir un mejor tratamiento y readaptación. Al resolver sobre una medida tutelar, podrán los jueces limitar o regular los derechos de patria potestad de los padres o de la persona a cuyo cargo está el menor, por el tiempo que se aplicare la medida.

Artículo 42.—La aplicación de las medidas tutelares se hará por tiempo indeterminado, y su duración dependerá de los resultados que se obtengan con ellas, pero de hecho cesará cuando el menor alcance la mayoría de edad.

Artículo 43.—El Juez podrá, de oficio o a iniciativa de algunas de las personas indicadas en el artículo 68, o del director del plantel donde el menor se encuentre depositado, modificar, suspender o dar por terminada la aplicación de las medidas; la resolución respectiva se ajustará a lo establecido por el artículo 69.

Artículo 44.—Es obligación de los Jueces Tutelares visitar, por lo menos una vez por semana, los establecimientos de internación de menores de su jurisdicción, con el propósito de verificar su buena marcha, la observancia de las normas legales sobre trato de recluso, la debida aplicación de las medidas y los resultados obtenidos.

De cada visita levantará el Juez una acta en un libro especial, copia de la cual enviará el director del establecimiento al organismo bajo cuya dirección técnica se encuentre la institución.

CAPITULO IV

De los procedimientos

Artículo 45.—Las actuaciones de los Jueces Tutelares se realizarán de oficio, excepto en los casos calificados en la legislación común como delitos o faltas privadas, para proceder en los cuales será necesaria la denuncia del hecho por la persona perjudicada o sus representantes, o por quien tenga derecho a acusar.

Artículo 46.—Siempre que por cualquier conducto establecido por la ley, llegare a conocimiento del Juez algún hecho imputable a un menor, de los señalados en el artículo 2º, y deba procederse de oficio, dicho funcionario, sin más trámite mandará comparecer al menor y, de ser posible, a sus representantes y ordenará instruir las diligencias que correspondan.

Artículo 47.—Una vez iniciada la acción de los Juzgados Tutelares, continuará hasta que termine la aplicación de la medida tutelar o el caso sea remitido en forma definitiva a otra autoridad judicial, salvo lo dispuesto en el artículo 61. La resolución del Juzgado en que se declare la no participación de un menor en el hecho que se le atribuye, no suspenderá forzosamente la acción tutelar.

Artículo 48.—Las infracciones atribuidas a los menores de edad, no serán apreciadas sólo bajo su aspecto legal sino, preferentemente, con criterio jurídico-social. Los elementos de juicio en que se basen las resoluciones que se adopten se estimarán en conciencia, pero el Juez, al analizarlos, expresará necesariamente los principios de equidad o de cualquier otra naturaleza, en que funde su criterio.

Artículo 49.—Todas las diligencias que se practiquen con el menor se desarrollarán en forma tendiente a inspirarle confianza. En ningún caso las entrevistas que se realicen con él revestirán el carácter ni la forma de una indagatoria.

Artículo 50.—Quedarán a la prudencia y al criterio del Juez, el modo de practicar las demás diligencias. Todas ellas se harán constar en actas concisas que contendrán, en cada caso, la fecha de la diligencia, su objeto, y una síntesis de lo actuado, y que deberán ser firmadas por el Juez y su Secretario.

Artículo 51.—Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 71, toda resolución de los Juzgados Tutelares será ejecutada inmediatamente, pero el Juez, de oficio o a petición de parte interesada, podrá revocar o modificar sus pronunciamientos en cualquier momento.

Artículo 52.—Para que sean atendibles los escritos dirigidos a los tribunales menores, deberán ser firmados y presentados por el gestionante; la presentación personal no será indispensable si la firma del petente está autenticada por un abogado de los tribunales de la República.

Si el peticionario no supiere escribir o estuviere en imposibilidad física de hacerlo, se hará constar así en el escrito y firmará a su ruego otra persona; la presentación se ajustará a lo dicho en el párrafo anterior.

Artículo 53.—Tan pronto como un menor sea enviado al Juzgado, será entrevistado por el Juez en presencia de sus padres, tutor, guardadores o representantes, si pudieren ser habidos para el acto, con el propósito de averiguar los motivos del hecho que se le atribuye, estudiar su participación, sus antecedentes y su conducta, e indagar sobre la familia a que pertenece.

Artículo 54.—Después de la primera entrevista, el Juez decidirá si el menor puede ser entregado a sus padres o representantes en forma definitiva o provisional, o depositado en otro hogar apto para el caso, o si es necesaria su internación en el establecimiento destinado para tal efecto.

Artículo 55.—El menor será entregado a sus padres o representantes en forma definitiva cuando el hecho sólo amerite amonestación y la capacidad de la familia para impartir disciplina y educación al menor sea satisfactoria a juicio del Juzgado.

Artículo 56.—En todos los demás casos el Juez ordenará practicar las diligencias que estime necesarias para comprobar los hechos que dieron origen a la remisión del menor al Juzgado y su participación en ellos, así como para elaborar los estudios médico-psiquiátrico, psicológico, y social respectivos.

Artículo 57.—El Juzgado mantendrá un solo expediente para cada menor que se le remita, el cual será reabierto cada vez que se debe conocer de una nueva infracción, y tendrá carácter confidencial.

Artículo 58.—No obstante lo dicho en el artículo anterior, tendrán acceso al legajo de hechos, las partes, sus apoderados judiciales o defensores, los representantes de la Procuraduría General de la República y del Patronato Nacional de la Infancia, y los padres o guardadores del menor.

El Juzgado podrá, en casos calificados y en resolución considerada, decretar el secreto del legajo de hechos, salvo para los representantes del Patronato Nacional de la Infancia.

Artículo 59.—En el acto de iniciarse el legajo de hechos o dentro de los ocho días siguientes, podrá el acusador ofrecer las pruebas en que apoya su acción. La prueba de descargo podrá ser ofrecida en el acto de realizarse con el menor la primera entrevista sobre su participación en el hecho, o dentro de los ocho días siguientes.

En cualquier momento podrá el Juez ordenar que se reciban aquellas pruebas que juzgue indispensables para el mejor establecimiento de los hechos.

Salvo que el Juez dispusiere lo contrario, la prueba se evacuará previa citación de partes, hecha por lo menos con tres días de anticipación.

Artículo 60.—El legajo de hechos contendrá:

- a) El escrito de acusación o de denuncia cuando los hubiere;
- b) Las declaraciones del denunciante y del ofendido;
- c) El acta firmada por el Juez y Secretario, de las manifestaciones del menor en relación con el hecho;
- d) El nombre, nacionalidad, oficio u ocupación, residencia, lugar y fecha de nacimiento del menor, el nombre de los coautores mayores, en su caso;
- e) La relación de la prueba ofrecida, de la que el Juez haya creído pertinente recibir y de la que se ordene aportar de oficio.
- f) La resolución sobre el comiso y depósito de los objetos aprehendidos si los hubiere;
- g) El nombramiento de defensor;
- h) El pronunciamiento motivado sobre la participación del menor en el hecho que se le atribuye, el cual deberá hacerse dentro del término señalado en el artículo 67.
- i) Las resoluciones sobre medidas tutelares provisionales o definitivas;
- j) El auto que ordene el secreto del legajo, en su caso; y
- k) Las resoluciones motivadas que decidan sobre el cambio de medidas y fin de la acción tutelar.

Artículo 61.—Si los hechos no constituyeren delito, cuasidelito o falta, o se hubiere operado prescripción o perdón del ofendido o sus representantes en favor del menor,

cualquiera que sea la calificación de la infracción, el Juez lo hará constar en un auto fundamentado y decidirá en él si ha de proseguir la acción tutelar.

Artículo 62.—El legajo social contendrá:

- a) Los estudios y diligencias a que se refiere el artículo 56;
- b) Las actas y audiencias que indica el artículo 65;
- c) Los informes semestrales acerca de los resultados obtenidos en la aplicación de las medidas tutelares;
- d) Los informes que remitan las instituciones que apliquen esas medidas;
- e) Las resoluciones sobre revisión de las medidas; y
- f) Los resultados obtenidos con la revisión.

Artículo 63.—Sin perjuicio de los otros casos especialmente señalados en esta ley, sólo se notificarán las siguientes resoluciones:

- a) Las que acuerden una medida de internación provisional;
- b) Las que se pronuncien sobre la participación del menor en el hecho que se le atribuye;
- c) Las que se dicten con base en el artículo 61; y
- d) Las que decidan las medidas tutelares definitivas; así como las que las modifiquen, suspendan o den por terminadas.

A la parte acusadora sólo se le notificarán las resoluciones indicadas en los incisos b) y c), y a las instituciones que han de recibir al menor sólo las referidas a los incisos a) y d).

Artículo 64.—La edad del menor se acreditará por certificación o constancia de la inscripción de su nacimiento en el Registro Civil, o en su defecto, por la partida de bautizo.

La falta de estos documentos se suplirá por reconocimiento médico o mediante declaración de testigos que conozcan al menor.

Cuando los testigos estuvieren en desacuerdo sobre la edad de la persona que reconocen, el juez la fijará de acuerdo con los datos complementarios que estime pertinentes.

Artículo 65.—Una vez realizada la entrevista a que se refiere el artículo 53 y a más tardar veinticuatro horas después de iniciado el estudio del caso, el juez citará a los padres, tutores, guardadores o representantes del menor y a su defensor, así como al Patronato Nacional de la Infancia y a la Procuraduría General de la República, si se ha apersonado, a fin de informarles, oírlos y obtener su colaboración. Esta diligencia se repetirá todas las veces que lo estime conveniente el Juez y a ella se convocará al trabajador social que conoce el caso.

Cualquiera de las personas y entidades citadas podrá proponer el nombramiento de defensor para el menor; si ninguna lo hiciere, el Juez lo designará de oficio.

Artículo 66.—A fin de obtener cualquier clase de datos, practicar sus diligencias y aplicar las medidas conducentes, los Juzgados Tutelares podrán solicitar el auxilio, que no podrá serles negado, de cualquier institución, organismo u oficina del Estado, así como los establecimientos mencionados en el artículo 35.

Artículo 67.—Todo expediente deberá estar listo para resolver en el término de tres meses a partir del momento en que el menor fue puesto a disposición del Juez; en casos excepcionales el Juez prorrogará ese término por un mes más, dejando constancia en los autos.

Artículo 68.—Listo el caso para resolver, el Juez ordenará una comparecencia con citación de los padres, guardadores o representantes del menor, del trabajador social

que haya seguido el caso y de los demás funcionarios que crea conveniente citar, para oírlos antes de decidir la medida tutelar aplicable. Si por cualquier motivo esta comparecencia no se realizare eso no impedirá dictar la resolución que corresponda.

Artículo 69.—Las resoluciones que acuerden las medidas tutelares definitivas contendrán una breve descripción del asunto, una síntesis de los estudios realizados respecto al menor, los fundamentos debidamente razonados de la medida, las indicaciones necesarias acerca de las modalidades de su ejecución y, en su caso, el destino de los objetos aprehendidos.

Las resoluciones que modifiquen, suspendan o den por terminada la aplicación de una medida, indicarán el resultado de éste y se ajustarán, en lo que cupiere, a los principios señalados en el párrafo anterior.

Artículo 70.—Mientras las medidas tutelares, estén siendo aplicadas, el caso será revisado por el Juez con la periodicidad que estime conveniente y cuando menos cada seis meses. Esta diligencia se hará constar siempre por escrito, con indicación del resultado obtenido con la medida tutelar.

Si de la revisión apareciere la necesidad de modificar, suspender o dar por terminada la aplicación de la medida tutelar acordada para el menor, el Juez ordenará una comparecencia, en la forma expuesta en el artículo 65, para resolver lo que proceda.

## CAPITULO V

### *De la Segunda Instancia Tutelar.*

Artículo 71.—El recurso de apelación sólo se admitirá contra las resoluciones que se dicten con base en los incisos h), i) y k) del artículo 60 y en el artículo 61.

Podrán apelar los representantes del menor, la Pro-

curaduría General de la República y el Patronato Nacional de la Infancia; la parte acusadora sólo podrá hacerlo en las resoluciones indicadas en el inciso h) del artículo 60, y en el artículo 61.

Artículo 72.—Interpuesta en tiempo y forma la apelación, el Juez la admitirá en ambos efectos y remitirá el legajo de hechos a la Sala Penal correspondiente.

Artículo 73.—El auto que admite el recurso, contendrá siempre el emplazamiento a las partes para que acudan a usar de su derecho en la nueva instancia, dentro de un término que fijará el Juez entre tres y quince días, según el lugar de residencia.

Artículo 74.—Una vez recibidos los autos por el superior, y vencido el término de emplazamiento, se dictará la resolución que corresponda dentro del mes siguiente, siempre que no hubiere ordenado recibir pruebas para mejor proveer; en este caso el término para dictar la nueva resolución será de un mes a partir de la recepción de la misma.

## CAPITULO VI

### Disposiciones Supletorias.

Artículo 75.—En cuanto no contraríen las disposiciones y principios de la presente ley, a la Jurisdicción Tutelar de Menores le serán aplicables supletoriamente y en lo que cupiere, las prescripciones del Código de Procedimientos Penales y de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

## COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY SOBRE PROPIEDAD HORIZONTAL

Por el Lic. ROGELIO SOTELA  
Catedrático de Derecho Civil  
de la Universidad de Costa Rica.

Antes de entrar al análisis del proyecto de ley sobre el que versa este estudio, me permitiré hacer un breve desarrollo acerca de la naturaleza y características de la llamada "Propiedad Horizontal", con propósitos informativos para nuestros estudiantes, fundamentalmente.

### La Comunidad de Bienes.

En el campo de aplicación de los derechos subjetivos, no siempre aparece la situación clara y definida que se presenta cuando un solo titular es sujeto activo de un derecho de esa especie, sino que a veces el derecho corresponde, conjuntamente, a dos o más sujetos. Se presenta entonces la figura jurídica conocida con el nombre de "Comunidad de Bienes". Dentro de este concepto se enmarcan tanto los casos en que la cotitularidad activa de los derechos se origina sobre las cosas corporales, como aquellos en que reace sobre otro tipo de bienes; vale decir entonces, que el concepto de comunidad de bienes es un concepto genérico dentro del cual podremos incluir también casos específicos, por las relaciones singulares que suponen como por ejemplo la copropiedad, institución configurada por la cotitularidad del derecho de propiedad que en una misma cosa corresponde a varias personas.

Los autores han acostumbrado hacer referencia a dos tipos característicos de comunidad de bienes: la llamada "condominium iuris romani" y la denominada "condomi-

*Prop. MANO COMUN*

nium iuris germanici", conocida la primera también como "copropiedad pro indiviso" y la segunda "propiedad de mano común". Dice al respecto Martin Wolf:

"Dentro de la idea de comunidad por cuotas el Código Civil Alemán distingue claramente la comunidad (Gemeinschaft) o situación jurídica que tiene lugar cuando un derecho corresponde a varios en común (artículos 741-758) y la copropiedad (Miteigentum) que no es sino la idea de comunidad referida al derecho de dominio (arts. 1008-1011). Se hallan en la misma relación que el género y la especie y por ello las normas de la comunidad en general son referibles a la copropiedad en tanto no estén modificadas por las especiales de esta relación" (1).

El tipo de comunidad romana da lugar al derecho de copropiedad, en el cual una cosa pertenece a varios titulares de manera que cada uno de ellos goza de una fracción o cuota ideal sobre la cosa que permanece indivisa, mientras que podría decirse que el derecho como tal se divide entre cada copropietario, de tal modo que sin intervención de los demás puede disponer del suyo cada copropietario. El poder o facultad que de este derecho se deriva y se ejerce sobre la cosa objeto del mismo, ha sido explicado por Rafael Rojina Villegas así: "La parte alícuota es una parte ideal determinada desde el punto de vista mental aritmético, en función de una idea de proporción. Podría decirse que es una parte que sólo se representa mentalmente, que se expresa por un quebrado y que permite establecer sobre cada molécula de la cosa una participación de todos y cada uno de los copropietarios, cuya participación variará según los derechos de éstos" (2).

(1) Tratado de Derecho Civil. Eneccerus, Kipp y Wolf, tomo III, vol. 1, pág. 541. Edit. Bosch.

(2) Derecho Civil Mexicano. Tomo III, volumen 1, pág. 357. Edit. Antigua Librería Robredo.

En cambio en la propiedad en mano común es el derecho mismo el que permanece indiviso, al extremo que no es posible disponer de él.

Dice Héctor Lafaille: "En la fórmula germánica, que también prosperó dentro de la región septentrional francesa, es igualmente exacto que el dominio corresponde a todos los comuneros reunidos: pero aquí, ninguno de ellos lo ejerce a título individual, ni siquiera sobre una porción indivisa. No ya con referencia a una parte físicamente determinada, pero tampoco por ningún otro concepto, se le permite enajenar o gravar el objeto totalmente, ni en forma fragmentaria, al extremo de que le está prohibido ceder o afectar su derecho. Bien se ha dicho que los valores comunes no figuran en el patrimonio de los diferentes condueños y que constituyen una especie de acervo distinto, sujeto a finalidades colectivas y a una vida jurídica específica" (3).

La comunidad de bienes puede originarse por muy diversas causas; dice al respecto Roberto Ruggiero:

"Varias son las causas que la originan: o es la voluntad misma de dos o más personas, las cuales acuerdan poner algo en común para repartir las ganancias que puedan derivar, y se da entonces la comunidad de los socios, basada en el contrato de sociedad (art. 1697), o bien son otros hechos, como la sucesión hereditaria, cuando varias personas son llamadas a recoger una herencia y resultan titulares de las relaciones jurídicas del difunto (arts. 984, 1027 y 1034) o las relaciones de vecindad por las que paredes divisorias de dos edificios o las cercas que dividen dos fundos, los setos vivos, los fosos, los tejados, escaleras, patios de un edificio perteneciente por partes separadas a propietarios diversos, pertenecen en común a varios (art. 546

(3) Tratado de Derecho Civil. Tomo IV. Tratado de los Derechos Reales. Vol. II. Edit. Ediar, pág. 211).

Comunidad  
de los socios  
de los socios

Comunidad  
indivisa

y siguientes). Estas últimas y otras figuras de comunidad en las que la relación de coparticipación no ha sido querida por los copartícipes, suelen designarse en la terminología escolástica tradicional, para distinguirlas de la comunidad fundada en el contrato de sociedad, con el nombre de "comunidad incidental" (communio incidens). En otro aspecto se suele contraponer la comunidad ordinaria a la forzosa o coactiva, tomando como criterio distintivo la facultad de los partícipes de pedir la división, ya que mientras esta facultad corresponde de ordinario a los comuneros y el pacto de indivisión es mirado desfavorablemente por la ley que lo considera nulo, hay casos en los cuales el destino de la cosa, según su naturaleza, no tolera la división, y en tales casos se habla de comunidad forzosa" (4).

#### Naturaleza de la Propiedad Horizontal.

Indudablemente dentro del concepto de comunidad que hemos analizado brevemente, cabe pensar que pueda incluirse la denominada "Propiedad Horizontal". Con este nombre, un tanto discutido en la doctrina como veremos después, se conoce un tipo "sui generis" de comunidad producida por el hecho de que los pisos o departamentos de un edificio en el cual hay copropiedad con indivisión forzosa en el terreno y otras partes de uso común, pertenezcan con exclusividad a cada uno de los comuneros.

La naturaleza jurídica de esta institución ha sido a veces asimilada a la de las servidumbres como en el caso del Código francés, o bien al derecho de superficie como es el criterio imperante entre los juristas germanos o al de una sociedad, siguiendo el criterio inglés; don José Castán Tobeñas da su opinión en esta forma:

"Tienen razón ciertamente los autores que configuran la propiedad de que se trata como una institución especial e independiente, o como una figura mixta, integrada a la

vez por las cosas comunes y las cosas referidas al dominio particular de los propietarios... Las exposiciones doctrinales más recientes se inclinan a la teoría de la propiedad exclusiva sobre los diferentes pisos, bajo un régimen necesario de aprovechamiento conjunto de los elementos comunes" (5).

Y Hernán Racciati nos dice sobre su naturaleza lo siguiente:

"Se trata en definitiva de una figura sui generis en la cual se combinan dos formas jurídicas distintas (dominio y condominio), cuya unidad de destino las reúne en un todo indivisible, a tal punto, que resulta imposible ser propietario de una porción exclusiva, sin serlo también de la parte común correspondiente. Esta naturaleza especialísima del instituto nos obliga a considerarlo como un derecho real autónomo con características propias, que lo separan y diferencian de los demás. Su estructura jurídica, que analizaremos más detenidamente a su tiempo, en el curso de la presente obra, es en síntesis la siguiente:

- 1) Propiedad exclusiva sobre el piso o departamento y sus dependencias, pero restringida por las limitaciones que la ley establece en virtud de la situación especial de interdependencia en que se encuentran con relación al conjunto del edificio y fundada en razones de orden público y de beneficio común.
- 2) Copropiedad sobre las cosas de uso común de los distintos dueños o (de las cosas) indispensables para la existencia y conservación del edificio, cuya esencia jurídica no se identifica totalmente con la del condominio de tipo romanista legislado por nuestro Código Civil.
- 3) Indivisión forzosa sobre los bienes comunes la cual más que perpetua es indeterminada en su duración

(4) Instituciones de Derecho Civil. Tomo I Edit. Reus pág. 578.

(5) Derecho Civil Español, Común y Foral. Novena Edición. Tomo II págs. 332 y 334. Edit. Reus.

por estar subordinada a la existencia de la construcción hecha en el suelo común...

4) Unidad jurídica y de destino... (6).

\*  
\* \* \*

Cabe preguntarse si tratándose de edificios de un sólo piso puede darse el régimen de propiedad horizontal. En general, la institución ha sido regulada para el caso de edificios de más de un piso, pero hay algunas legislaciones, como la del Uruguay por ejemplo, que en su ley de 25 de junio de 1946 reformada por la de 3 de Enero de 1957, habla concretamente de esa posibilidad.

Conviene poner de manifiesto también que es posible que en este régimen de propiedad se de un caso de condominio propiamente dicho, en cuando a un piso o departamento que resulte adquirido por más de una persona. Dice al respecto Francesco Messineo:

"La prueba de todo esto se tiene en la hipótesis de que un piso o departamento singular, que forme parte del llamado condominio de edificio, pertenezca individualmente a dos o más personas. Se tiene aquí una hipótesis de copropiedad sobre el departamento, que se combina con el hecho de que el departamento está sito en un edificio, algunas de cuyas partes son objeto de (otro y diverso) condominio: el que la ley (arts. 1117 y siguientes) denomina condominio de edificio. La primera relación está regulada por los artículos 1110-16; la segunda por los citados artículos 1117 y sgs. o sea, que cada una de las dos relaciones sigue una disciplina suya propia, aún cuando la segunda pueda, en parte, estar sujeta a las normas sobre comunidad de propiedad general.

(6) Propiedad por Pisos o por Departamentos. Edit. Roque Depalma. pág. 37 y 38.

NO PERSONA JURÍDICA

Adviértase, además, que la figura del condominio no se eleva nunca al rango de persona jurídica, por más de que entre las cosas comunes las haya indivisibles y el condominio de edificio adopte algunos instrumentos de la persona jurídica, como el de la asamblea y el del administrador, y aunque a este último corresponda una representación unitaria que se parezca a la del órgano administrativo de la persona jurídica. En el condominio de edificación falta la autonomía patrimonial, aún imperfecta. Con ella estaría en contradicción la circunstancia de que los efectos patrimoniales de la representación se reflejan directamente sobre cada uno de los condóminos y no sobre una colectividad. Por eso se ha dicho, si bien con expresión no del todo propia, que el condominio de edificación es una entidad de simple gestión" (7).

*Importancia de la Institución.*

Un régimen de propiedad como el que se comenta ha sido señalado como una institución de gran importancia en los esfuerzos que en todas partes del mundo se realizan con el propósito de conjurar el gravísimo problema de la habitación.

Construir es caro porque el terreno en los centros urbanos vale cada vez más y la mano de obra exige salarios más altos año con año; para hacer una casa se requiere una inversión que absorbe gran parte del presupuesto destinado a ella, en la construcción de los cimientos que han de dar solidez y estabilidad al edificio; lo mismo sucede con los techos, paredes y otros elementos que en el caso de edificios sujetos a un régimen de propiedad horizontal se comparten, pero que de otra manera tienen que sufragarse personalmente ocasionando fuertes desembolsos. Con el sistema de propiedad horizontal se diluye entre todos los

(7) Tratado de Derecho Civil y Comercial. Tomo III. Edit. Ejea. pág. 545.

copropietarios el gasto del suelo, de los cimientos, de las escaleras, ascensores, techos etc. que el edificio requiere y resulta la erogación de cada uno, mucho menor. Según estudios de la Organización de Estados Americanos, hay tal desesperada escasez de viviendas en América Latina que será necesario "construir o mejorar entre millón y medio y dos millones de viviendas anualmente durante los próximos treinta años" como lo informa el Dr. Fernando Fueyo Laneri en su exposición en las Jornadas Latinoamericanas sobre propiedad Horizontal celebradas en Montevideo en 1962 (8).

Al abaratare la construcción de esta manera se permite la posibilidad a personas de escasos recursos de lograr convertir en realidad algún día el sueño de todo jefe de familia: llegar a tener su propio hogar.

Los esfuerzos encaminados a la consecución de este ideal necesitan, desde luego, el refuerzo tangible de las instituciones de crédito de los países en que se ha establecido la institución; ha sido así usual que se dicten leyes facilitando la concesión de créditos por parte de las entidades bancarias con el propósito de ser invertidos en edificaciones de esta índole.

Como han dicho Colin y Capitant: "Esta clase de propiedad presenta una ventaja innegable, la de facilitar a las fortunas modestas el acceso a la propiedad urbana" (9).

#### *Antecedentes históricos.*

Se ha discutido si en Roma se dieron disposiciones sobre esta materia. Se sabe por ejemplo que llegaron a

(8) Cuadernos. N° 7 Edición Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo. Jornadas Latinoamericanas Sobre Propiedad Horizontal. 1962. pág. 23.

(9) Curso Elemental de Derecho Civil. Tomo II Vol. II. pág. 630. Edit. Reus.

realizarse construcciones de importancia y que Ulpiano y Papianiano dejaron textos en que parece que el asunto fue planteado, aunque el principio jurídico "superficies solo cedit" imperante en el derecho romano, debe haber impedido la aceptación plena de teorías al respecto.

Según los tratadistas chilenos Alessandri y Somarriva "en Roma los textos del Código de Teodosio implican, al menos en el siglo IV, casas de cuatro pisos que se avanzan, como las de Pompeya sobre la vía pública" (10).

Fue durante la edad media, especialmente en las ciudades de Grenoble y Rennes en Francia, donde tuvo un amplio desarrollo esta institución (11).

En Rennes la división horizontal fue impulsada a consecuencia de un incendio enorme que en 1720 destruyó gran parte de la población. Como debieran trazarse las edificaciones según los planos del arquitecto real, Gabriel, en el espacio que había sido disminuido por el ensanchamiento de las vías públicas, los interesados se agruparon en familias para hacer menos costosa la edificación y dividieron ésta en pisos o departamentos.

En Grenoble el origen lo fue por tratarse de una ciudad amurallada que necesariamente tenía que crecer para arriba (12).

Cuando el Código napoleónico se promulgó, hubo que tomar en cuenta esta institución, la cual fue sancionada en el artículo 664 que se refiere a la misma en forma muy somera y que la jurisprudencia hubo de ampliar mediante sus decisiones. Pero luego se dieron importantes leyes al respecto como la belga de 1924 que fue la primera en dictarse tratando detalladamente con un criterio moderno

(10) Curso de Derecho Civil. Tomo III. Editorial Nascimento. pág. 230.

(11) Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Planiol y Ripert. Tomo III. pág. 278. Edit. Cultural S. A. y Derecho Civil. Héctor Lafaille. Tomo IV. Derechos Reales. Volumen II. Edit. Ediar. pág. 21.

(12) Hernán Racciatti. Propiedad por Pisos o Departamentos Edit. Roque Depalma. pág. 8 y sigs.

esta institución, y que sirvió de modelo a la primera legislación de la América Latina sobre la materia que fue la ley brasileña de 1928. Francia promulgó una detallada legislación por leyes de 28 de junio de 1938 y 7 de febrero de 1953. Una de las más recientes es la promulgada por España en sustitución de su ley de 1939; me refiero a la de 21 de julio de 1960.

#### Características fundamentales.

Las características fundamentales pueden sintetizarse, para la institución que se comenta, en los términos siguientes que en otra oportunidad expusieramos: "Como principios generales por los que se rige la propiedad horizontal insertos en las diversas legislaciones podemos indicar sumariamente los siguientes: a) Hay propiedad exclusiva del piso o departamento; b) éste para tener tal calidad debe contar con acceso a la vía pública; c) son bienes comunes el terreno, cimientos, muros, ascensores, sistemas de refrigeración, patios, escaleras, sistemas de calefacción, etc.; d) el derecho de cada propietario es proporcional al valor del piso o departamento; sobre ese valor contribuye a las expensas necesarias; e) la transmisión, enajenación o embargo del derecho supone el que le corresponde en los bienes comunales; f) usualmente se nombra un administrador o representante que tiene la personería jurídica necesaria para representar en juicio a los comuneros; g) los acuerdos se toman en asambleas por votos mayoritarios según el monto de su participación en el edificio; h) el trámite de inscripción requiere la presentación de planos previamente aprobados por los organismos respectivos; i) los bienes comunes antes citados son indivisibles..." (13).

Debe agregarse que entre las varias disposiciones legislativas, de diversos ordenamientos jurídicos podemos encontrar puntos de interés regulados, tales como la necesidad

(13) Nota 24 de los comentarios al Tratado de los Bienes, de Alberto Brenes Córdoba, Editorial Costa Rica, 1963. pág. 22.

de dotar de ascensor a este tipo de edificaciones cuando su construcción excede de determinado número de pisos (si excede de 4 en Chile); la de obligar a la existencia de un administrador cuando el número de copropietarios llega a cierta cantidad (10 en el caso de la ley italiana); la necesidad de rodear de jardines los edificios para evitar el ambiente monótono y deprimido por falta de luz y aire, como se ordena en las regulaciones de Brasilia, capital de Brasil; la necesidad de establecer material incombustible en el edificio; la forma de garantizar a quienes adquieran derechos en un edificio por construir, que no van a ser defraudados por empresas inescrupulosas o por la quiebra de la compañía; que las empresas promotoras sean por lo menos dueñas del terreno y las promesas de venta puedan inscribirse en el Registro Público.

Considero importante la posibilidad de que las empresas dedicadas a la negociación de promesas de venta de este tipo de edificaciones únicamente pudieran constituir hipotecas con instituciones del Estado, para garantizar así a los promitentes - adquirentes, un trato beneficioso en el caso de un remate eventual del inmueble que pueda darles una posibilidad de salvaguardar sus derechos.

#### El proyecto de ley presentada a la Asamblea Legislativa

Los señores diputados Licenciado don Rodolfo Solano Orfila y don Luis Demóstenes Bermúdez Coward, han presentado un interesante proyecto de ley para introducir en nuestro ordenamiento jurídico el régimen de la llamado "Propiedad Horizontal. El proyecto viene a ser el segundo que se somete al estudio de la Asamblea Legislativa, ya que hace diez años, el Lic. Guillermo Jiménez Ramírez presentó otro suyo, el cual ha sido tomado en cuenta por los mencionados diputados en lo que consideraron aplicable.

El hecho de ser esta una materia de gran importancia, desconocida hasta ahora en nuestra legislación, y de haber

realizado hace dos años un seminario sobre el tema con los alumnos que hoy cursan el último año de estudios en nuestra Escuela de Derecho, a más de la gentil invitación de los proponentes para que diera mi opinión al respecto, me ha inducido a presentar los comentarios que en seguida se hacen al referido proyecto.

Empezaré comentando la parte última del proyecto —el cual se inserta al final de este artículo— que es la relativa a las modificaciones propuestas al Código Civil, ya que me parece más natural tratar éstas en primer término para que, con base en lo que dispongan los artículos que se reforman, se regule posteriormente la institución de la Propiedad Horizontal.

No considero que sea del todo necesario una reforma al Código Civil si los postulados sugeridos para la reforma se insertan en la ley como lo han hecho las legislaciones Argentina, Brasileña, Chilena y Uruguaya, que entre otras, he tenido a la vista para este estudio; pero habiendo escogido los autores del proyecto este camino ya sugerido en el proyecto del Lic. Jiménez Ramírez(14) no veo inconveniente en ello, y para mantener la estructura general del proyecto parece preferible dejarlo en este aspecto, como ha sido presentado.

En aras de una mayor claridad considero que los artículos del Código Civil que se proponen reformar deben redactarse de la siguiente manera:

En cuanto al artículo 265: adicionarlo con un párrafo que diga:

"Los diversos pisos de un edificio y los departamentos en que se divida cada piso, podrán pertenecer a distintos

propietarios, de acuerdo con las disposiciones de la ley sobre Propiedad Horizontal.

En estos casos, cada propietario será dueño exclusivo de su piso o departamento y comunero en los bienes afectos al uso común".

He tomado en cuenta para esta redacción los artículos 1 y 2 de la ley chilena de 1937 (15) y me parece que de esta manera queda claramente expresada, con toda propiedad científica, la idea de la reforma.

En cuanto al artículo 272: me permito sugerir la siguiente redacción: Adiciónase el artículo 272 del Código Civil con un nuevo inciso que diga:

"3) En los casos de comunidad de bienes originada en la aplicación de la ley de propiedad horizontal, los cuales se regirán por lo que ella dispone".

El concepto de comunidad de bienes incluye, doctrinariamente, los casos de copropiedad que puedan resultar del uso de las cosas comunes en la llamada propiedad horizontal, y utilizándose esta expresión se simplifica y se da una redacción más apropiada, desde el punto de vista jurídico, a dicho artículo.

En cuanto al artículo 411 sugiero esta redacción: Adiciónase el artículo 411 del Código Civil con un nuevo inciso que diga:

"4) El derecho de copropiedad que en las cosas comunes corresponde al propietario de un piso o departamento en los edificios regidos por la ley de Propiedad Horizontal".

De esta manera se elimina la referencia a la expresión "participación que tenga el propietario" que es un tanto vaga e indefinida, para que se hable en su lugar, concre-

(14) Tesis presentada para optar al grado de Licenciado en Derecho, el 25 de Octubre de 1954.

(15) Véase la edición del Código Civil de Chile, Editorial Jurídica de Chile edición de 1953, pág. 734.

tamente, del "derecho de copropiedad en las cosas comunes".

En cuanto al artículo 459, mis observaciones son las siguientes:

El proyecto sigue en este punto las ideas expresadas por el Lic. Jiménez Ramírez en el aludido estudio. Sin embargo, en mi concepto, el sistema de crear una sección especial con doble registro, es muy complicado y costoso. Yo creo que esto no es necesario; bastaría con establecer simplemente en la ley un artículo que hiciera referencia al hecho de que cuando se inscriba una finca regida por las disposiciones de la ley sobre propiedad horizontal, el primer asiento se inicie con indicación de que ese inmueble está sometido al régimen de propiedad horizontal. Bastaría con empezar el asiento poniendo las palabras "Propiedad Horizontal" con caracteres mayúsculos. . . Luego, con ocasión de cada venta de piso o departamento se haría una inscripción como las que hoy se realizan al segregarse un lote de una finca, iniciándose también la inscripción en este caso con la referencia "Propiedad Horizontal" y haciéndose cita de la finca madre de donde nace el derecho a inscribir. En los casos de fincas no sometidas a dicho régimen, que quisieran convertirse al mismo, podría hacerse una nueva inscripción, similar a lo que actualmente sucede cuando se produce una reunión de fincas.

Estas ideas podrían ser tomadas en cuenta como una alternativa con relación al sistema que preconiza el proyecto; creo sin embargo, que lo más prudente en cuanto a este punto, sería pedir expresamente la opinión del Director del Registro Público para determinar cual sistema debe organizarse a base de las ideas que dejo expuestas, o el sancionarse a base de las ideas que dejo expuestas, o el que podría que pueda sugerir por su cuenta el señor Director del Registro Público.

En cuanto al artículo 505, la expresión de que este artículo no es aplicable a la ley de propiedad horizontal no parece lo más aconsejable para regular el punto, puesto que podría quedar en duda el derecho a gozar del dominio en cuanto a la superficie de un bien sujeto a este régimen y también la posibilidad de ciertos casos de incorporación que no lesionen los derechos de otros comuneros. Para obviar esas dificultades sugiero la adición a ese artículo en la siguiente forma:

"Lo anterior sólo será aplicable a los casos de propiedad horizontal, con las limitaciones que se contienen en la respectiva ley".

\*  
\* \*

Hecho este comentario de los artículos del Código Civil que se piensa reformar, veamos el proyecto de ley propiamente dicho.

En primer lugar es necesario referirse al nombre que se le ha puesto al proyecto, que se hace denominar "Régimen de condominio de los edificios divididos en pisos, apartamentos locales o régimen de la Propiedad Horizontal".

Ese nombre no está bien; es cierto que resulta difícil acertar sobre la esencia o naturaleza jurídica de esta institución de la propiedad horizontal que algunos han enmarcado dentro del concepto de las servidumbres, otros dentro de la institución jurídica de la superficie, algunos apareándola con los principios que rigen las sociedades, y que en definitiva configura un régimen "sui generis" en el que hay propiedad exclusiva del piso o departamento y a la vez copropiedad con indivisión forzosa en las cosas comunes.(16) Aunque no sea la más técnica, preferimos para

(16) José Castán Tobeñas. Derecho Español, Común y Foral. Tomo II, pág. 331, Editorial Reus 1957.

No es adecuado.

(CORREO DE THALASCORRA)  
VER EMPLEO Y CONVENIO

criti

esta institución la denominación simple de *Propiedad Horizontal*, nombre que nació en oposición de la propiedad común de tipo romano que se consideraba "vertical" dado que el derecho de propietario se extendía "usque ad sidera et inferos", porque la mencionada expresión se ha generalizado casi universalmente(17).

Justifica lo dicho también, la designación dada a las discusiones habidas en el año de 1962 entre juristas brasileños, chilenos y uruguayos sobre el tema, que se recogen en una publicación denominada "Jornadas Latinoamericanas sobre Propiedad Horizontal", a la cual habremos de referirnos más de una vez en el curso de esta exposición(18); y la denominación que se da a la nueva ley española sobre la materia, de 21 de julio de 1960 en la obra de José A. Rabella que la comenta (19).

Vamos a ver ahora los artículos de la ley en cuanto ellos merezcan alguna observación:

Artículo 1º: Como sugerencia de tipo general para este artículo y para todos aquellos en que se repitan las expresiones "apartamentos o locales", sugiero que se diga simplemente "pisos o departamentos" como se expresa en las leyes de Argentina de 13 de octubre de 1948, de Uruguay de 25 de junio de 1946 reformada por la de 3 de enero de 1957 y la de Chile antes citada.

En cuanto al inciso c) sugiero esta redacción:

"Cuando el propietario o copropietarios de un edificio, quieran someterlo al régimen establecido en la presente ley, siempre que existan en la edificación elementos co-

munes indivisibles, y pueda ajustarse el edificio a las exigencias técnicas que esta ley exige para su constitución".

De esta manera queda claramente previsto el caso de que no todo edificio corriente pueda quedar sometido al régimen de propiedad horizontal, ya que será necesario hacer los ajustes del caso en cuanto al tipo de materiales, número y ancho de escaleras, necesidad de ascensor según el número de pisos, adquisición de seguros de incendio, etc. que normalmente son requisitos que se exigen.

Al disponer en esta forma salvaríamos el escollo que se ha encontrado en Chile para admitir esa transformación de la propiedad común en la horizontal (20).

En cuanto al último párrafo de este artículo, sería mejor eliminarlo, porque la escritura pública será siempre necesaria para realizar la inscripción en el Registro y la referencia a una Sección Especial en dicha Institución, como lo expliqué al inicio de esta exposición, no la considero necesaria. Pero este es punto que ha de quedar en suspenso si se acepta el criterio por mi sugerido de consultar al respecto al Director de dicho Registro.

Artículo 2º: El inciso b) debe redactarse diferente, porque puede darse la posibilidad de que el régimen de propiedad horizontal se aplique antes de la construcción del edificio. Me parece entonces, que sería preferible adicionarlo en esta forma:

"Si el edificio no estuviera construido, se dejará constancia de ello en la escritura y se darán los detalles antes enumerados, conforme a lo que indiquen los respectivos planos; cuando se termine la edificación, se hará constar así en el Registro, dando fe el Notario de ese hecho con vista de la constancia que deberá extender la Municipalidad.

(20) Véase "Jornadas..." ob. citada página 65, exposición del Dr. Fueyo.

(17) Racciati. Propiedad por Pisos o Departamentos. Edit. Roque de Palma, página 4.

(18) Véase la publicación "Cuadernos" de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo, N° 7, 1962.

(19) José A. Rabella. La Propiedad Horizontal. Ediciones Acarvo, Barcelona 1960.

dad correspondiente por medio de su respectivo Departamento".

Al inciso f) sugiero agregarle el siguiente párrafo para expeditar la tramitación:

"El sello y firma serán prueba suficiente de la mencionada aprobación, de lo que habrá de dar fe el Notario".

Artículo 3º: Este artículo obliga a la redacción de un reglamento de condominio. Me parece que debe recordarse que esta exigencia no es universal. En la legislación italiana por ejemplo (21) se exige el Reglamento cuando los copropietarios sean más de diez. La legislación uruguaya dispone optativamente sobre la elaboración del mismo, y el artículo 17 de su ley dice: "A falta de dicho Reglamento, o en su silencio, las relaciones entre los propietarios de los diversos pisos o departamentos de un edificio, se regirán por las reglas de los artículos 18 y 19"(22). Creo que este sistema es mejor; siempre habrá así un mínimo de previsiones establecidas en la ley.

Con el propósito de que si la idea pareciera buena, pueda insertarse alguna similar en nuestra ley, transcribo en seguida literalmente, lo que disponen esos artículos 18 y 19 de la ley uruguaya:

"Art.18: Los edificios de que trata esta ley serán administrados por un administrador, y la asamblea de propietarios. Esta podrá ser convocada por el administrador o por cualquiera de sus copropietarios (yo sugeriría que se hablara de un número que equivalga cuando menos al 10% del total de propietarios) y la citación se hará personalmente o por el Juzgado competente. Para reunirse y resolver válidamente, será menester la concurrencia de la mayoría

(21) Código Civil Italiano en el tomo I de la obra de Messineo Derecho Civil y Comercial. Editorial Ejea, artículo 1138.

(22) "Jornadas..." ob. citada. pág. 88.

de los propietarios, que representen los 3/4 del valor del edificio. Compete a la asamblea de propietarios:

- a) Todo lo concerniente a la administración y conservación de los bienes comunes, y designar y remover en cualquier momento por 2/3 de votos que representen por lo menos dos tercios del valor del edificio, al administrador del edificio. Si después de dos votaciones sucesivas, no se alcanzara la doble mayoría enunciada, la designación del administrador será efectuada a petición de cualquiera de los propietarios, por el Juez Letrado de Primera Instancia en lo Civil de turno en la capital, o el de Primera instancia en el interior;
- b) Resolver lo relativo a la formación y modificación del reglamento de condominio, lo que deberá ser acordado por unanimidad.
- c) Determinar la retribución del administrador, del ascensorista y del portero, por dos tercios de votos que representen por lo menos dos tercios del valor del edificio. El testimonio notarial del acta de la asamblea celebrada de conformidad con el reglamento de copropiedad o de esta ley, tendrá el valor probatorio de instrumento público".

"Artículo 19. El administrador durará un año en sus funciones pudiendo ser reelecto. Si al vencimiento de su mandato no se produjera nueva elección, se entenderán prorrogadas sus funciones hasta que se designe reemplazante. Serán sus cometidos:

- a) cumplir y hacer cumplir esta ley y el reglamento de copropiedad si lo hubiere;
- b) El cuidado y vigilancia de los bienes y servicios comunes;
- c) La designación y despido del portero, ascensorista y demás personal del servicio del edificio;

- d) Recaudar de cada propietario lo que a cada uno correspondiera en las expensas comunes, y efectuar los pagos.
- e) Representar en juicio de los propietarios en las causas concernientes a la administración y conservación del edificio, ya sea que se promuevan con cualquiera de ellos o con terceros (valdría la pena aclarar aquí, que cuando la disputa lo es entre dos propietarios, no cabe la representación por parte del administrador). La personería en juicio la justificará con testimonio notarial del acta de nombramiento de Administrador, y podrá actuar aunque no posea título de procurador.
- f) Ejecutar lo resuelto en la asamblea de propietarios".

Artículo 4º—La primera parte, referente a la organización de las inscripciones en el Registro, por las razones dichas anteriormente, creo que debe ser sustituida por otro sistema; bien el propuesto por mí al inicio de esta exposición o por el que con pleno conocimiento del asunto puede señalar el señor Director del Registro Público. En lo demás considero que no hay observaciones que hacer a este artículo.

Artículo 5º—Estimo que el artículo debe ser retocado, haciéndose constar que el crédito conseguido y garantizado con el inmueble destinado a la propiedad horizontal, sea a su vez, destinado a "ese propósito". La expresión contenida al final del artículo que dice: "o desde que se venda cualquiera de las divisiones proyectadas", creo que debe redactarse así: "o desde que se realice venta o promesa de venta de cualquiera de las divisiones proyectadas".

La idea de hablar aquí de la promesa de venta es porque en la práctica puede suceder, como ha ocurrido en otras legislaciones, que mientras el adquirente no haya satisfecho un determinado número de cuotas a pagar, no se formalice un traspaso de dominio, sino una simple promesa de hacerlo.

Ahora bien, conviene tomar alguna previsión para que dichas promesas de venta puedan inscribirse fácilmente en el Registro Público configurando un derecho de efectos "erga omnes", ya que esta sería una manera de garantizar a los prominentes —adquirentes contra la posibilidad de maniobras fraudulentas de compañías creadas con el propósito de hacer uso de los derechos que otorga la ley de propiedad horizontal en caso de fraude o quiebra de esas compañías. Este punto fue ampliamente debatido en las Jornadas Latinoamericanas sobre Propiedad Horizontal realizadas en Montevideo en 1962. El Profesor uruguayo, Dr. José Sánchez Fontáns, expresó refiriéndose al asunto lo siguiente: 'A menos que se exigiera preceptivamente que el promitente—adquirente fuese copropietario del terreno, tratándose de un edificio simplemente proyectado o en vías de construcción, por ineludibles exigencias lógicas, no puede constituirse como derecho real en la cosa. El apartamento constituye una cosa futura y por consiguiente no es susceptible de un derecho actual, sino de un simple eventual derecho de expectativa. Cuando el promitente adquirente es condómino del terreno, la situación es distinta, porque el edificio se incorpora a éste, por accesión, pero no es el supuesto que se da normalmente en materia de construcción en propiedad horizontal. En la mayor parte de los casos, la empresa promotora o constructora es la propietaria del terreno y celebra con el interesado en adquirir el piso o apartamento un contrato que suele caratularse impropia-mente por los prácticos "compraventa sobre planos" o "boletos de compraventa" (23).

Considero que entre nosotros podría reglamentarse la inscripción de esas promesas de compraventa de una manera sencilla, mediante la presentación de fórmulas redactadas por el registro de una manera uniforme, como hoy se hace cuando va a expedirse una cédula hipotecaria, las

(23) "Jornadas..." ob. citada. pág. 36.

cuales, firmadas por las partes y autenticadas las firmas notarialmente, podían inscribirse mediante un sistema similar al que da lugar la aplicación del llamado Sistema Torrens, con la mejora de que al exigirse la autenticidad notarial, se eliminará la posibilidad de fraudes que ha sido una de las críticas mayores hechas a este sistema (24).

La preocupación de garantizar debidamente sus derechos a los promitentes adquirentes ha llevada inclusive a pensar en la posibilidad de crear nuevas figuras delictivas para aplicarlas a quienes en acción fraudulenta lesionen los intereses de los mencionados adquirentes. Otra solución sería la propuesta por el Dr. Fernando Pueyo Laneri, distinguido jurista chileno, en las mencionadas Jornadas Latinoamericanas sobre Propiedad Horizontal, en el sentido de que el promitente adquirente tenga "un dominio cuantitativo del suelo" para que así se configure en su beneficio un derecho real (25).

Una última solución al problema de buscar la garantía de los promitentes adquirentes sería la radical que contiene el artículo 16 del proyecto de ley presentado en Guatemala por el Lic. Julio Caballeros Galindo, que dice así en el aparte segundo: "No se permite la transmisión o gravámenes de un piso, departamento o habitación meramente proyectado y no comenzado a construir; pero si ya ha sido iniciada la construcción, sí podrá transmitirse o gravarse (26).

El defecto de esta última solución, si es que así pudiera llamarse, es el de entorpecer un tanto la difusión de

(24) Pueden verse referencias al sistema Torrens en las páginas 342 y siguientes del Curso de Derecho Civil de Alessandri y Somarriva, Editorial Nascimento Tomo II.

(25) "Jornadas..." ob. citad. pág. 28.

(26) Julio Caballeros Galindo; La Propiedad Horizontal Dividida y el Registro. Editorial Universitaria de San Carlos de Guatemala 1959, página 180.

las actividades de las empresas para la colocación de "promesas de compraventa", aún cuando no cabe duda que con este sistema se eliminarían muchos de los peligros que las otras posibilidades pueden crear.

Artículo 6°—Creo que debe buscarse un sistema distinto del propuesto en cuanto al traspaso de los derechos sometidos al régimen de propiedad horizontal, pues el de hacer una referencia a gravámenes y determinar la proporción en que pesan sobre los departamentos, daría lugar a una situación que con el tiempo puede llegar a ser tan inconveniente como la que se producía antes de la reciente reforma del Código Civil con las segregaciones de fincas hipotecadas (27). Me parece que debe buscarse una fórmula que con claridad establezca que las hipotecas o embargos de los derechos de cada propietario lo sean exclusivamente en relación al piso o departamento y no en conjunto a toda la edificación.

Artículo 7°—Es más propio hablar de que "se hará referencia a la "inscripción" en que constan los datos generales que establece el artículo segundo, que a la "escritura"; y de prosperar la idea de que fuese optativo el Reglamento de condominio, agregaría al final la expresión "si se hubiera establecido".

Artículo 17.—Considero que se debe ser más explícito en cuanto a la idea contenida en el artículo. Sugiero tomar en cuenta, con las modificaciones que fueren necesarias, el artículo 4° de la ley uruguaya citada, que además señala una manera de fijar el valor del departamento piso para efectos de las sesiones de co-propietarios; y lo que es muy importante: la forma como le pueden afectar al propietario las hipotecas o embargos; dice así ese artículo: "Art. 4° El derecho de cada propietario en los bienes comunes será proporcional al valor del departamento o piso

(27) Véase ley N° 3363 de 6 de Agosto 1964 que reforma artículo 409 del Código Civil, Gaceta del 18 de agosto.

de su propiedad, el que se fijará por acuerdo de las partes o en su defecto, por el aforo inmobiliario.

Los derechos de cada propietario en los bienes comunes son inseparables del dominio, uso y goce de su respectivo departamento o piso. En la transferencia, gravamen o embargo de un departamento o piso se entenderán comprendidos esos derechos y no podrán efectuarse estos mismos actos con relación a ellos, separadamente del piso o departamento a que accedan" (28).

Podría también al respecto tomarse en cuenta la manera de disponer sobre este asunto, de la ley chilena en sus artículos 9 y 10, aunque creo que el texto anterior es adecuado.

Artículo 20.—Del primer párrafo suprimiría la parte final que dice "con las limitaciones establecidas en esta ley en la escritura constitutiva". La primera expresión porque sale sobrando; y la otra porque puede inducir a la errónea creencia de que podría ser factible establecer limitaciones en la escritura sin ninguna restricción, cuando es del caso tener presente que la voluntad de las partes puede quedar sometida a disposiciones legales de carácter inderogable, como por ejemplo las señaladas en el artículo 292 del Código Civil.

Para mayor claridad sugeriría esta redacción del párrafo segundo: "Los pisos y departamentos pueden también pertenecer en condominio a varias personas, en cuyo caso se aplicarán las reglas pertinentes del Código Civil, excepto que no procederá la división si al realizarla las secciones resultantes quedaren sin la salida a que se refiere el artículo 11; tampoco procederá si uno de los co-propietarios se opusiera".

Artículo 21.—Este artículo corresponde en su espíritu al octavo de la ley chilena, pero no señala sanción para el

caso de que lo prohibido se infrinja. La citada ley de Chile tiene un párrafo que podría tomarse en cuenta y que dice: "El Juez, a petición del administrador del edificio o de cualquiera propietario podrá aplicar al infractor arresto hasta de quince días o multa de ciento a cinco mil pesos, y repetir estas medidas hasta que cese la infracción. Todo lo cual se entenderá sin perjuicio de las indemnizaciones que en derecho corresponden. La reclamación se sustanciará breve y sumariamente, pudiendo el Juez apreciar la prueba en conciencia" (29).

Podría también pensarse en la posibilidad de la resolución del contrato respectivo en estos casos.

Artículo 22.—En forma aclaratoria sugiero que donde se habla de que "los propietarios de la planta baja no podrán ocupar los vestíbulos, jardines, sótanos, etc." se diga: "Los propietarios de la planta baja no podrán ocupar PARA SI, CON EXCLUSIVIDAD, los vestíbulos, jardines, sótanos, etc." porque de otra manera quedarían en situación de inferioridad con relación a los demás copropietarios en cuanto al derecho a usar esos bienes como cosa común.

En cuanto a la parte final de este artículo, considero que podría incluirse en su último párrafo alguna disposición como la que contiene el artículo 7º de la ley argentina, que dice:

"El propietario del último piso no puede elevar nuevos pisos o realizar construcciones sin el consentimiento de los propietarios de los otros departamentos o pisos..." (30)

Artículo 23.—Estimo que el artículo debe empezar con la frase: "Una vez construido el edificio" para que claramente se vea que se refiere a una obligación posterior al recibo del piso o departamento; de otro modo se daría la

(29) "Jornadas..." ob. citada pág. 81.

(30) "Jornadas..." ob. citada pág. 76.

(28) "Jornadas..." ob. citada pág. 86.

idea de que se está regulando sobre una forma cooperativa de construcción, que no parece estar dentro del espíritu del proyecto.

Artículo 24.—Aquí también han de tomarse en cuenta las observaciones que fueron hechas al comentar el artículo 21.

Artículo 27.—En su inciso a) no me parece bien. Es-timo que siendo cada copropietario dueño de su departamento o piso y extendiéndose por imperativo de la naturaleza de la institución su derecho a las partes comunes del edificio, los impuestos y tasas han de afectar precisamente a cada departamento o piso, y las oficinas recaudadoras de impuestos deben llevar una cuenta independiente para cada uno de ellos, en todo caso; así no debe hablarse de gastos comunes, sino individuales.

Artículo 28.—Por primera vez se habla en este artículo del Administrador. Considero que antes de señalarse atribuciones concretas debiera indicarse en términos generales la naturaleza de sus funciones.

Artículo 30.—No puedo compartir la idea de que se responsabilice al propietario de faltas que no haya él cometido. Puede hablarse en la ley de su responsabilidad solidaria o subsidiaria con el dueño del piso, si se quiere; pero no hacerle responsable de los actos del ocupante. Por esto, sugiero que el artículo se redacte así en su parte primera:

“Artículo 30.—Las obligaciones a cargo del propietario se exigirán directamente a éste, aunque no esté ocupando personalmente el piso, o departamento.

Cuando el propietario no sea quien lo habite, de las infracciones responderán quienes ocupen los departamentos o pisos, sin perjuicio de la responsabilidad civil subsidiaria del propietario”.

En su parte segunda, creo que sería mejor señalar algo menos vago que lo contenido en la expresión “repetidas infracciones” y pensar en la posibilidad de redactarla así:

“La reiteración de una infracción en que incurra el inquilino u ocupante de un departamento, otorgan al propietario el derecho de desahucio contra el infractor. Esta acción podrá ser planteada también por el Administrador”.

Podría también tomarse en cuenta lo que dispone la ley española de 21 de julio de 1960, que dice en su artículo 19:

“La infracción de las prohibiciones establecidas en el párrafo tercero del artículo 7º dará lugar al apercibimiento al titular o, en su caso, al ocupante del piso o local. Desatendido el requerimiento por el titular ocupante, la junta podrá instar y obtener judicialmente la privación del uso del piso o local a aquél y a quienes con él convivan. Dicha privación la fijará discrecionalmente el Juez por un plazo no superior a dos años, atendida la gravedad de la falta, sin que afecte a los restantes derechos dominicales y a las obligaciones derivadas del título.

Asimismo tendrá la junta acción contra el ocupante no propietario para obtener del Juez el lanzamiento o resolución del contrato, en su caso; pero sólo podrá ejercitarla cuando el titular no lo hiciera en el plazo prudencial que se le hubiere señalado en requerimiento fehaciente...” (31).

Artículo 36.—Cuando se habla de que la administración estará a cargo de la persona que designe la Asamblea, debe completarse la frase explicando que esta persona tendrá el carácter de “Administrador”, y hacer alguna referencia al artículo 28 si es que se va a insertar en la ley lo que había sugerido al comentar ese texto.

(31) José A. Rabaella. La Propiedad Horizontal. Ediciones Acervo. Barcelona pág. 120.

Debiera también hablarse de los honorarios del administrador en alguna forma, sea dejándolo a resolución de la Asamblea de Propietarios, como parece más propio, o al Reglamento de Administración.

Artículo 53.—Sugiero que se adicione señalando la obligación de instalar ascensores cuando la edificación exceda de 3 pisos. En la reglamentación dictada sobre la ley chilena que hemos citado, se dispone que el edificio que tenga más de 4 pisos de altura debe contar con ascensor (32). Debe también regularse el ancho de las salidas a la calle como lo señala el artículo 5° de dicho Reglamento chileno.

También debe disponerse sobre la necesidad de cultivar jardines que separen unos edificios de otros para evitar las situaciones inconvenientes que en forma tan clara y vibrante expuso el Dr. Caio Mario Da Silva Pereira en el debate sobre propiedad horizontal a que me he referido, realizado en Montevideo en 1962, dijo así este Profesor:

"...Hay otro aspecto que también es fundamental; los edificios se hacen según el criterio de la empresa organizadora que adquiere el terreno y quiere sacar de ese terreno toda la ganancia posible. Son mínimas entonces las condiciones de habitabilidad. Se sacrifica así tanto el confort, como las condiciones de higiene. Se hacen los edificios como cajas que a veces no tienen ni la felicidad de recibir una vez por año un rayo de sol; las leyes municipales no prevén estas malas condiciones de salubridad y de higiene; pero es necesario que lo hagan. En Brasil tenemos solamente en Brasilia esta experiencia, de la construcción de edificios que no se yuxtaponen uno al lado del otro, como cajas herméticas. El estatuto especial de Brasilia, estableció la obligación de que los edificios estén separados por jardines" (33).

(32) Editorial Jurídica de Chile Edición Código Civil 1953 pág. 734.

(33) Jornadas... ob. citada pág. 10.

Por la importancia que reviste, vamos a insertar en seguida la declaración que hicieron los juristas reunidos en Montevideo en 1962, sobre la institución que hemos venido comentando, lo que se hace en la seguridad de que los principios por ellos señalados, serán a no dudarlo, de gran interés a la hora de elaborar una ley sobre la materia.

## DECLARACIÓN SOBRE PROPIEDAD HORIZONTAL

Teniendo en cuenta la situación del Instituto de la Propiedad Horizontal en los distintos países de América Latina, la cual fue expuesta por los señores delegados de los países intervinientes en estas Jornadas.

Considerando que el referido Instituto posee la mayor utilidad desde el punto de vista de sus realizaciones prácticas y que es conveniente, por tanto, al interés social de las comunidades de nuestros países que se propicie su perfeccionamiento, normal desarrollo e intensificación.

Sin perjuicio de estimar que las memorias de estas Jornadas contienen numerosos elementos y antecedentes que deberán tenerse en cuenta para aportar al problema los correctivos de orden urbanístico, jurídico, social y económico que el mismo reclama.

En el deseo de contribuir a la expansión y mejoramiento de las experiencias legislativas, técnicas y económicas llevadas a cabo hasta el presente en los países latinoamericanos.

Las Delegaciones Oficiales a las Jornadas de Experiencia Latinoamericanas sobre Propiedad Horizontal, celebradas en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo, los días 8 y 9 de mayo de 1962.

## RESUELVEN:

Aprobar las siguientes bases que reflejan tendencialmente las aspiraciones de los concurrentes a estas Jornadas.

### BASE PRIMERA:

Debe procurarse que las realizaciones de propiedad horizontal contribuyan del modo más eficaz, a imponer la vigencia de los principios de higiene, comodidad, ornamentación y demás que son aconsejados por la moderna técnica urbanística. A este efecto se estima necesaria una estrecha colaboración de los diversos institutos de carácter estadual, municipal, universitario y privado, que pueden contribuir al mejoramiento de los planes de edificación de la propiedad horizontal. En este orden deberá tenderse especialmente, a una aplicación adecuada de los principios racionales que presiden la formación de los centros poblados, y a flexibilizar los planes reguladores de las distintas ciudades a fin de que se pueda ejercer una verdadera dirección de la política edilicia a tal respecto.

### BASE SEGUNDA:

Observándose en las distintas legislaciones un grave vacío en todo lo que se refiere a la reglamentación de los problemas que se originan durante el período de preparación y construcción del edificio de propiedad horizontal, es necesario colmar estos claros, estableciéndose un régimen de garantías que permita una adecuada protección de los derechos de los promitentes adquirentes y de los terceros acreedores, y a la vez, no desestime al empresario. A este efecto debe reglamentarse el contrato de compra de la futura propiedad horizontal creando la solemnidad del mismo en base a su registro, disponiéndose el establecimiento preceptivo de ciertas normas con carácter de orden público y previéndose la inclusión de cláu-

sulas que tienden a la eficaz protección de los derechos del comprador frente al vendedor o la propiedad, y de estos últimos frente al comprador obstruccionista o moroso. Asimismo deberá configurarse claramente la naturaleza del derecho que adquiere el promitente comprador atribuyéndole por el mero hecho de serlo, una propiedad indivisa sobre el inmueble en el cual se construye el edificio, y disponerse un régimen de sanciones civiles, y eventualmente penales en vistas a prevenir los abusos que puedan originarse en actividades de promores poco escrupulosos.

### BASE TERCERA:

No siendo aconsejable la creación de órganos directamente encaminados al establecimiento de sistemas de control sobre la actividad empresística de propiedad horizontal, se considera conveniente propiciar el ejercicio de una fiscalización eficaz a través de los organismos paraestadales o privados que regulen el otorgamiento de los créditos. Sin perjuicio de ello, y con carácter general, deberán establecerse exigencias adecuadas en cuanto al reglamento de copropiedad que ha de regular las relaciones de los condóminos.

### BASE CUARTA:

Encontrado el régimen de propiedad horizontal su finalidad más noble en el servicio de los problemas de carácter social originados en orden de la vivienda, y su más auténtica justificación en el momento actual en remediar la escasez de casa-habitación debe tenderse, en primer término, a propiciar la constitución de propiedades horizontales destinadas a encarar los problemas del mayor número de los pobladores y de aquellos en los cuales los futuros propietarios se organicen en regímenes de sociedad, de comunidad cooperativa o de grupos familiares de escasos medios económicos. Sin perjuicio de ello el Estado, deberá orientar

por sí o mediante organismos especializados, la actividad empresística privada hacia la solución del problema de la vivienda popular, creando los adecuados estímulos que impulsen a la iniciativa particular a desarrollarse preferentemente en esta zona y realizándola por sí mismo en cuanto sea conveniente.

#### BASE QUINTA:

Siendo una realidad que en los sistemas económicos vigentes el mayor volumen de edificación por el régimen de la ley de propiedad horizontal, queda confiado a los esfuerzos de la iniciativa privada, el Estado debe crear los incentivos económicos para que ella se desarrolle en forma satisfactoria, orientándose a la solución de los problemas habitacionales, especialmente de aquellos de la gente de más modestos recursos, que suele ser la que mayor y más considerables dificultades encuentra en superarlos. En este orden de ideas es necesario el establecimiento de amplias, eficaces y relativamente duraderas exoneraciones impositivas que comprendan tanto los impuestos inmobiliarios y a las transacciones, y los gravámenes a la renta, en todas sus formas cuanto cualquier otro tributo que pueda dificultar la actividad de la construcción, teniéndose muy en cuenta este respecto que la merma de recaudación fiscal que por tales exoneraciones pudiera originarse, será siempre compensada con creces por el incremento de los ingresos que derivará de la intensificación de la actividad de la construcción.

También es conveniente que el legislador sancione disposiciones paralelas que acrecienten el incentivo para la edificación por el régimen de propiedad horizontal, tales como las relativas a la exoneración general de las limita-

ciones que imponen las leyes de alquileres, y a arbitrar fórmulas de financiación que fomenten el poder adquisitivo de los compradores.

Montevideo, mayo 9 de 1962.

Jorge Periano Facio, Presidente.

Caio Mario Da Silva Pereyra, Delegado de la Facultad de Derecho de Belo Horizonte, (Minas Gerais, Brasil).

Fernando Fueyo, Delegado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Santiago (Chile).

José Sánchez Fontans y Fernando Miranda, Representantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo.

Víctor H. Cairoli, Secretario.

\*

\* \*

Posteriormente, en ese año, la delegación argentina que no había podido concurrir a las Jornadas manifestó: "La delegación argentina se adhiere en un todo a la declaración aprobada en las Jornadas de Experiencia Latinoamericanas sobre Propiedad Horizontal celebradas en Montevideo en mayo del corriente año, con la sola salvedad del empleo que en ella se da a las expresiones "condominio" y "propiedad" para designar los derechos de los titulares del derecho real en cuestión".

Se inserta por último, a efecto de poder cotejar las reformas que se han sugerido en el curso de este estudio con el proyecto original, el texto del mismo como fue presentado por sus autores a la consideración de la Asamblea Legislativa.

#### PROYECTO DE LEY

##### Asamblea Legislativa:

El creciente problema de la vivienda, combinado con la atención que se le han venido dando por las diferentes instituciones pú-

blicas, nos movió a interesarnos en la formulación de un instrumento jurídico que permita el mejor aprovechamiento de las áreas interurbanas y de las facilidades de crédito tanto nacional como internacionales que se encuentran disponibles o al alcance de las diferentes categorías económicas de nuestro país.

Es verdaderamente edificante la manera audaz y eficiente con que el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, está acometiendo su difícil tarea de dotar de vivienda a los grupos que podríamos catalogar, únicamente para efectos didácticos de la clase media baja, la clase obrera, y la clase menesterosa. Es indudable que aunque insuficiente todavía, por las causas ya conocidas del explosivo y vertiginoso crecimiento de nuestra población, esta institución tiene un claro concepto de su misión y la enfrenta sin titubeos y con el único límite de sus recursos económicos. Podemos pues estar tranquilos en relación con la existencia de la institución que debe afrontar este problema y centrar nuestra posición en ese campo de falta de vivienda, en la consecución de la mayor cantidad de recursos para una adecuada solución.

Sin embargo, es evidente que la necesidad de adquirir tierras urbanizadas de bajos precios, ha traído como consecuencia el encarecimiento, por la necesidad de la expansión, de servicios públicos básicos, como cañerías, carreteras, transporte, escuelas, unidades sanitarias, etc. Parte de la crisis que atraviesa el área metropolitana en relación con el abastecimiento del agua potable, indudablemente se localiza en esta esforzada expansión de dicha área, además de que indudablemente para el ciudadano de muy limitados ingresos, el renglón de transportes para manejarse hacia y de sus centros de vivienda y de trabajo, resulta gravoso.

También hemos analizado la misma estructura del valor de la propiedad en el área metropolitana surgiendo del mismo, algunos hechos de interés en relación con la situación pre-existente a la labor del INVU y las nuevas resultantes. Pareciera que San José en el área metropolitana que ocupó hace unos 15 ó 20 años estaba rodeado por un "anillo" de tierras pertenecientes a muy pocos dueños, que las dedicaron a cafetales preferentemente, y que por el alto costo de la urbanización, posiblemente no se resolvían a fraccionarlas para su venta y destinarlas a la construcción de casa de habitación. Esto hacía que la propiedad urbana de nuestra capital hubiese llegado a alcanzar precios sorprendentemente altos, si los comparamos con el valor de la propiedad en otras grandes urbes como México, Venezuela y otras ciudades semejantes. La compra por la vía de la licitación algunas veces y por la vía de la expropiación otras, que hizo el INVU de gran cantidad de tierras

suburbanas y de tierras rurales colindantes con la misma, tuvo una consecuencia muy interesante y fue la del estancamiento del alza de la propiedad, localizada propiamente en el centro urbano de San José, paralela al desmedido aumento del valor de la propiedad suburbana y rural colindante, me refiero a las zonas de San Francisco de Dos Ríos, Paso Ancho, San Sebastián, Hatillo, Cinco Esquinas, Tibás, Calle Blancos, Ipis, etc. Como indicamos antes, todo este nuevo complejo de ciudadelas y urbanizaciones ha exigido un extraordinario esfuerzo por parte de las entidades encargadas de atender los servicios públicos para proveerlos adecuadamente sin que hasta el momento lo hayan conseguido de una manera efectiva o suficiente.

Por otra parte surge el hecho evidente de que, al margen del mencionado desarrollo económico social, quedaba el grupo de la clase media burócrata y semiburguesa, ubicada en un estrato económico insuficiente para sus aspiraciones sociales y que se desenvuelven dentro de un medio que lo obliga a desproporcionados gastos en el renglón de alquileres de su presupuesto familiar.

Esta circunstancia permite especular, sobre el hecho de que ha sido la incidente, para que los alquileres de viviendas no haya decrecido en la manera que se esperaba por los efectos de acción del INVU.

Por otra parte es conocido el hecho de que así como hay una relativa facilidad de obtener créditos para la edificación de vivienda, es prácticamente imposible para el que no tiene un ahorro de cierta consideración, obtener el lote sobre el cual levantarla, lo que sucede especialmente con gran cantidad de poseedores de pólizas de vivienda del Instituto Nacional de Seguros. También se nos ha informado por parte del Instituto Nacional de Vivienda que hay posibilidades de obtener créditos para la construcción de edificios de departamentos siempre y cuando éstos sean para la venta y no para alquilar.

Las anteriores consideraciones, unidas a la existencia en casi todos los países de América Latina del régimen llamado "Propiedad Horizontal", nos indujo a realizar el estudio, que demanda la formulación de un proyecto de ley. Debemos mencionar que la primera inquietud sobre la materia que encontramos en los archivos de la Asamblea Legislativa, fue la de un proyecto de ley presentado por el entonces Diputado Lic. Guillermo Jiménez Ramírez, en noviembre de 1954, proyecto que por circunstancias desconocidas no logró el interés necesario de la Asamblea y fue archivado. Estimamos de gran valor el proyecto del citado Lic. Jiménez Ramírez, y el mismo nos sirvió de base, junto con las leyes corres-

pondientes de México, Venezuela y Panamá, para elaborar el que presentamos a continuación, actualizado con nuevas circunstancias y adaptado a las modalidades y consideraciones propias de la situación costarricense, según nuestro punto de vista.

Debe quedar claramente establecido que no se trata de una limitación a la propiedad privada, sino de un nuevo sistema que más bien tiende a ampliar el concepto prevaleciente en nuestro medio sobre la propiedad. El tema ha sido de amplio estudio doctrinario y de amplia discusión en cuanto a su aplicación práctica. Hemos procurado obtener la mayor información al respecto para formar el modelo que deba aplicarse en nuestro medio.

Es interesante hacer observar que este nuevo instrumento jurídico de tenencia de propiedad, amplía el campo de las transacciones con ventaja tanto para los propietarios como para los compradores: en efecto, aplicando esta fórmula es posible que individuos resignados a continuar alquilando casa, se puedan unir con otros que se encuentran en igual circunstancia y se distribuyan la compra de una superficie sobre la cual edificarán cada uno su vivienda y para el propietario del terreno se le facilita su elemental importancia para la ponderación y juicio del valor de su terreno con el hecho de que sobre el mismo se harán diversas edificaciones.

Sometemos pues, a la consideración de la Asamblea, el siguiente proyecto de ley:

LA ASAMBLEA, ETC.,

DECRETA:

La siguiente

### **Ley sobre el Régimen de Condominio de los Edificios divididos en pisos, apartamentos o locales, o Régimen de la Propiedad Horizontal**

#### CAPITULO I

##### *Disposiciones Generales*

Artículo 1º—El régimen de propiedad establecido en el artículo 265, párrafo segundo, del Código Civil, puede originarse:

- a) Cuando los diversos pisos, apartamentos, o locales de que conste un edificio, pertenezcan a distintos dueños;

- b) Cuando se construya un edificio con el objeto de vender sus diferentes pisos, apartamentos o locales, a personas distintas;
- c) Cuando el propietario o copropietarios de un edificio quieran someterlo al régimen establecido en la presente ley, siempre que exista en la edificación un elemento común indivisible.

En todo caso, los propietarios harán constar su voluntad en escritura pública que ha de ser inscrita en una sección especial del Registro de Propiedad.

Artículo 2º—Para establecer el régimen a que se refiere esta ley, el propietario o propietarios del edificio deben declarar su voluntad en escritura pública, en la que se hará constar:

- a) La naturaleza, situación, medida y linderos del terreno y una descripción general del edificio;
- b) La descripción de cada piso, apartamento o local: su situación, medidas, departamentos de que conste y los demás detalles necesarios para su identificación;
- c) El valor total del inmueble; el valor de cada piso, apartamento o local, y el porcentaje o proporción que corresponda a cada uno de éstos en relación con el valor total del inmueble;
- d) El destino general del edificio y el especial de cada piso, apartamento o local;
- e) Los bienes que sean de propiedad común, su destino y las características necesarias para identificarlos;
- f) Constancia de las autoridades de Salubridad y de las competentes en materia de construcciones urbanas, de que el edificio reúne los requisitos sanitarios, estructurales y funcionales establecidos por esta ley, y los demás que debe llenar este tipo de construcciones.

Artículo 3º—En la escritura a que se refiere el artículo anterior se incluirá el Reglamento de Condominio y Administración, o Reglamento Interno, en que se detallen los derechos y obligaciones de los diversos propietarios y los demás acuerdos que por ley o por voluntad de la Asamblea de Propietarios deban formar parte del Reglamento.

Artículo 4º—El título constitutivo del régimen de propiedad regulado por esta ley, debe ser inscrito en el Registro Público de la

Propiedad, en la sección que al efecto se cree. Al inscribirse el primer asiento de la finca matriz, se cancelará la inscripción del inmueble en el Registro Común de la Propiedad.

La escritura constitutiva que se presente al Registro para su inscripción debe ir acompañada de un plano de distribución del edificio, sus pisos, apartamentos y locales, autorizado por un ingeniero incorporado y con razón del notario ante quien se haya otorgado la escritura constitutiva, haciendo referencia a esta escritura. Estos planos serán guardados y custodiados en el Registro de la Propiedad y servirán para confrontar en cualquier momento la exactitud de la escritura constitutiva o de cualquier documento posterior.

Artículo 5º—El propietario de un terreno que se proponga construir en él un edificio dividido en pisos, apartamentos o locales, puede también, mediante declaración de su voluntad en ese sentido —en la forma prevista en el artículo 2º—, conseguir que el edificio proyectado se regule por el régimen establecido en esta ley desde el momento en que el terreno y el edificio por construir se den en garantía de un crédito, o desde que se venda cualquiera de las divisiones proyectadas.

Artículo 6º—En caso de que la finca cuya inscripción en el Registro de Propiedad Horizontal se solicita, estuviere hipotecada o embargada, la inscripción no podrá realizarse sin el consentimiento expreso del acreedor.

En todo caso al traspasarse un derecho sobre edificios sometidos a propiedad horizontal, se mencionarán en la escritura los gravámenes o garantías que afecten al edificio; la proporción en que éstos pesen sobre los diversos apartamentos, pisos o locales, y que el adquirente conoce tales circunstancias.

Artículo 7º—En la escritura de compra-venta de cada piso, apartamento o local, se hará referencia a la escritura general que establece el artículo 2º, y se hará constar que el comprador conoce el reglamento de condominio y administración del edificio en que hace su adquisición.

Artículo 8º—Para la inscripción en el Registro de Propiedad Horizontal de la escritura de compra-venta de un piso, apartamento o local, separadamente de las demás partes del edificio, es indispensable que se haya inscrito previamente la escritura constitutiva en el mismo Registro.

Artículo 9º—Solamente por acuerdo unánime de los propietarios se puede modificar lo dispuesto en las escrituras a que se refieren los artículos 2º y 5º, en cuanto al destino general del edificio o al especial de sus pisos, apartamentos o locales, en cuanto al valor proporcional de éstos en relación con la construcción total, y en lo referente a los bienes de propiedad común.

Artículo 10.—El régimen establecido aquí sólo se extingue por acuerdo unánime de los propietarios, o en los casos previstos en esta misma ley. En todo caso, quedarán a salvo los derechos adquiridos e inscritos con anterioridad a favor de terceros.

## CAPITULO II

### *De los Bienes Propios y de los Comunes*

Artículo 11.—Todo piso, apartamento o local debe ser susceptible de aprovechamiento independiente, tener salida directa a la vía pública o a determinado espacio común que conduzca a dicha vía.

Artículo 12.—Cada piso, apartamento o local pertenece en forma exclusiva a su propietario, quien además tiene derecho, como condueño, de aprovechar conforme a su destino y sus necesidades las cosas comunes.

Artículo 13.—Son comunes todas las cosas necesarias para la existencia, seguridad, salubridad, conservación u ornato del edificio; y también aquellas que se indiquen como tales en la escritura constitutiva.

Artículo 14.—Las cosas comunes son de uso general o de uso limitado, según sean destinadas al aprovechamiento de todos los apartamentos, locales o pisos, o sólo al uso de alguno de ellos.

Se considera necesariamente comunes: \*

- a) El terreno en que se asienta el edificio;
- b) Los cimientos, las paredes maestras, techos, galerías, vestíbulos escaleras y vías de entrada, salida y comunicación;
- c) Los sótanos, azoteas, patios y jardines;

- d) Los locales destinados al alojamiento del personal encargado de la administración del inmueble;
- e) Los locales e instalaciones de servicios centrales, como electricidad, luz, gas, agua, refrigeración, tanques y bombas de agua;
- f) Los ascensores, incineradores de residuos, y en general todos los artefactos e instalaciones destinados al beneficio común.

Las cosas necesarias para la existencia, seguridad, salubridad y conservación de determinados apartamentos o para permitir su uso y goce, serán comunes a ellos solamente.

Artículo 15.—Las cosas comunes pertenecen a todos los titulares del edificio, quienes tendrán un derecho en ellas proporcional al porcentaje que represente el valor fijado a su apartamento, piso o local, dentro del conjunto del edificio.

No obstante, ningún propietario podrá ser limitado en el uso y aprovechamiento lógico y racional de las cosas comunes, ni podrá alegar ninguno que tiene un mayor derecho al disfrute de esas cosas por motivo de que su porcentaje en ellas sea superior al de otros propietarios.

El porcentaje de que habla este artículo se fijará en la escritura constitutiva de la propiedad y condominio, y no podrá ser variado sino mediante el acuerdo expreso de la totalidad de los propietarios en el edificio.

Artículo 16.—Los bienes comunes no podrán ser objeto de división, salvo los casos exceptuados en esta ley.

Artículo 17.—Los derechos de cada condueño en las cosas comunes no podrán enajenarse, gravarse, ni transmitirse independientemente; son inherentes a la propiedad del respectivo apartamento, piso o local, y en consecuencia inseparables de dicha propiedad.

Artículo 18.—La renuncia expresa o tácita al uso de las cosas comunes, no releva al condueño de sus obligaciones en cuanto a la conservación o reconstrucción de dichos bienes, ni de ninguna de las obligaciones derivadas del condominio.

Artículo 19.—Las mejoras ornamentales en las cosas comunes sólo podrán realizarse por el consenso unánime de los copropietarios. Las mejoras útiles requerirán para su ejecución una mayoría

que represente no menos del 75% del valor del edificio. Las mejoras necesarias se realizarán por acuerdo de simple mayoría.

### CAPITULO III

#### *De los Derechos y las Obligaciones de los Propietarios*

Artículo 20.—Los propietarios de los pisos, apartamentos o locales a que esta ley se refiere, pueden enajenarlos, gravarlos y hacerlos objeto de toda clase de actos entre vivos o por causa de muerte, con las limitaciones establecidas en esta ley y en la escritura constitutiva.

Pueden también pertenecer en condominio a varias personas, en cuyo caso se regirán entre ellas por las reglas pertinentes del Código Civil, excepto que no procederá la acción de deslinde y división si alguno de los propietarios se opone o aunque se oponga, si no es posible dividir el apartamento o local de modo que cada una de las partes sea susceptible de aprovechamiento independiente conforme al artículo 11.

Artículo 21.—Los propietarios de apartamentos, pisos o locales, pueden establecer a su costa servicios para su uso exclusivo, siempre que no perjudiquen ni estorben a los demás. Usarán de su propiedad de acuerdo al destino de la misma, conforme a la escritura constitutiva. No podrán destinarla a usos contrarios a la moral o a las buenas costumbres, ni hacerla servir a otro objeto que el convenido expresamente; y, en caso de duda, a aquellos usos que deban presumirse de la naturaleza del edificio y su ubicación. No podrán efectuar acto alguno que perturbe la tranquilidad de los demás propietarios o que comprometa la solidez, seguridad, salubridad o comodidad del edificio, ni incurrir en omisiones que produzcan los mismos resultados. No podrán cambiar la forma externa de las fachadas ni decorar las paredes, puertas o ventanas exteriores en formas o colores distintos al conjunto.

Artículo 22.—Los propietarios en el piso bajo o primero y los del último no tendrán más derechos que los restantes propietarios. Salvo que lo establezca el reglamento de condominio y administración, los propietarios de la planta baja no podrán ocupar los vestíbulos, jardines, patios y otros lugares especiales de aquélla, ni los sótanos ni el subsuelo, ni hacer excavaciones u otras obras en los lugares dichos. Con igual salvedad, los propietarios del último piso no podrán ocupar la azotea o techo, ni elevar nuevos

pisos, ni realizar otras construcciones. Las mismas restricciones son aplicables a los demás propietarios del edificio.

Cada propietario podrá hacer toda clase de obras y reparaciones en el interior de su piso, departamento, vivienda o local, pero le estará prohibida toda innovación o modificación que afecte la estructura, paredes maestras u otros elementos esenciales del edificio. En cuanto a los servicios comunes e instalaciones generales, deberán abstenerse de todo acto, aún en el interior de su propiedad, que impida o haga menos eficaz su operación.

Artículo 23.—Serán por cuenta de los respectivos propietarios las obras que requieran los techos-pisos medianeros, y las paredes u otras divisiones que tengan el mismo carácter.

Los propietarios en el último piso costearán las obras de los techos en su parte interior; y los propietarios del piso bajo o primero las obras que necesiten los suelos o pavimentos, en la parte que esté en su propiedad.

Artículo 24.—En el caso de que un propietario infrinja las prohibiciones y limitaciones contenidas en esta ley, las acordadas en el reglamento de condominio o por las asambleas de propietarios, los restantes, conjunta o separadamente, podrán exigir judicialmente que el infractor cese en sus actos, sin perjuicio de las demás responsabilidades civiles y penales en que pudiere haber incurrido.

Artículo 25.—Los inquilinos u ocupantes por título legítimo de apartamentos, pisos o locales, tendrán respecto del propietario un derecho de preferencia en igualdad de precio y condiciones, respecto a la venta que concierte el propietario con personas extrañas al edificio. A este efecto, el propietario notificará a los ocupantes de la venta en proyecto, expresando el precio ofrecido y el nombre del futuro comprador, y les otorgará un término no menor de diez días hábiles para que ejerciten su derecho. Transcurrido este término sin que el ocupante ejecute su determinación de comprar, el propietario quedará en libertad de vender.

Artículo 26.—Los propietarios están obligados a sufragar los gastos de administración, conservación y operación de los bienes y servicios comunes. A este efecto contribuirán en proporción al valor de su respectivo piso, apartamento o local, conforme al inciso c) del artículo 2º. Ni la renuncia al uso de los bienes comunes, ni el abandono del apartamento, piso o local, revelan al propietario de las obligaciones aquí establecidas.

Artículo 27.—Son gastos comunes:

- a) Los impuestos y tasas nacionales y los municipales que afecten a la propiedad, y cualquiera otra carga obligatoria. Sin embargo las oficinas nacionales o municipales encargadas del cobro de impuestos o tasas, deberán establecer una cuenta independiente para cada propietario, siempre que ello sea posible conforme a la escritura constitutiva del condominio.
- b) El monto de las primas por el seguro con que forzosamente deberán cubrirse las edificaciones sujetas al régimen establecido en esta ley;
- c) Los causados por la administración, mantenimiento y limpieza del edificio y de las cosas comunes;
- d) Los gastos que ocasione el mantenimiento de servicios especiales en el edificio o en las cosas comunes, tales como alumbrado para corredores y puertas, consumo de agua para servicios comunes, consumo de energía eléctrica para ascensores y otros servicios similares;
- e) El costo de las reparaciones o mejoras que se hicieren en el edificio o en sus cosas comunes, debidamente autorizados por la asamblea de propietarios;
- f) Los gastos que hiciere el administrador en el ejercicio de sus atribuciones;
- g) Los autorizados por la asamblea de propietarios o que se les diere el carácter de gastos comunes en el reglamento de condominio;
- h) El costo de adquisición de nuevas cosas comunes, cuando sea autorizado por la totalidad de los integrantes de la asamblea de propietarios.

Artículo 28.—El Administrador está facultado para expedir certificaciones de las sumas que los propietarios deban por concepto de su cuota en los gastos comunes. Estas certificaciones refrendadas por un contador público autorizado y autenticadas por un notario, tendrán carácter de título ejecutivo contra los propietarios morosos.

Artículo 29.—Cuando un piso, apartamento o local se venda o se traspase por cualquier título, el transmitente está obligado a presentar ante el notario certificación expedida por el administrador del edificio, haciendo constar que se encuentra al día en el pago de cuotas para gastos comunes. Caso de que esté en mora, el adquirente del apartamento se considera deudor solidario por el monto certificado, sin perjuicio de que pueda repetir del transmitente lo que por ese motivo se vea obligado a pagar.

Artículo 30.—Las obligaciones a cargo del propietario se exigirán directamente a éste, aunque no esté ocupando personalmente el piso, apartamento o local, tratándose de infracciones a esta ley, a la escritura o al reglamento de condominio, o a las disposiciones de la asamblea de propietarios, será responsable aun cuando no hayan sido consumadas personalmente por él.

Las infracciones repetidas en que incurra el inquilino u ocupante de un apartamento otorgan al propietario el derecho de desahucio contra el infractor.

El propietario es responsable por los daños y perjuicios que directa o indirectamente cause a los demás y asimismo por intereses moratorios sobre los gastos que haya dejado de cubrir oportunamente.

#### CAPITULO IV

##### *De la Asamblea de Propietarios y de la Administracion del Edificio*

Artículo 31.—Las resoluciones sobre asuntos de interés común no comprendidas dentro de las facultades y obligaciones del administrador, serán de competencia de la asamblea de propietarios. Esta asamblea se celebrará de acuerdo con lo dispuesto en el reglamento de condominio y administración pero debe realizarse obligatoriamente por lo menos una vez al año.

Los acuerdos de la Asamblea se tomarán por mayoría de votos presentes conforme a las normas de computación que aquí se establecen, excepción hecha de los casos en que esta ley, o el reglamento exijan una mayoría especial.

El quórum para la asamblea de propietarios lo formarán los votos que representen no menos de dos tercios del valor del edificio. En la segunda convocatoria a asamblea, los votos que representen

el cincuenta por ciento de ese valor formarán quórum, y en tercera convocatoria éste quedará formado con cualquier número de asistentes.

Cada propietario tendrá derecho a un número de votos igual al porcentaje o proporción que el valor de su local, piso o apartamento represente en el total del valor del edificio. Pero cuando un solo propietario represente más del 50% de este valor, se requerirá además el 33% del voto restante para la validez de acuerdos.

Artículo 32.—La asamblea anual obligatoriamente conocerá del informe del Administrador y de las cuentas que éste debe rendir aprobará el presupuesto de gastos para el año y definirá los medios de aportar los fondos necesarios para cubrirlo.

Lo acordado legalmente por la asamblea obliga a todos los propietarios sin excepción. Queda a salvo el derecho del propietario de acudir ante los tribunales comunes cuando estime que una resolución de la Asamblea es ilegal; pero este recurso no suspenderá la ejecución del acuerdo impugnado, salvo que el juez, discrecionalmente y a solicitud del interesado, así lo disponga.

Artículo 33.—El Administrador del edificio convocará a la asamblea de propietarios. También podrán convocar a asamblea, los propietarios que representen por lo menos un tercio del valor del edificio.

Artículo 34.—Los acuerdos de la asamblea serán consignados en un libro de actas debidamente legalizado y serán protocolizados cuando deban inscribirse en el Registro Público, o cuando así lo ordene la asamblea.

Artículo 35.—Será necesario el consentimiento de la totalidad de los integrantes de la asamblea de propietarios, para tomar los acuerdos y resoluciones siguientes:

- a) Para renunciar al régimen de propiedad horizontal y condominio;
- b) Para vender o gravar el edificio en su totalidad, o enajenarlo en cualquier otra forma;
- c) Para construir nuevos pisos o sótanos o hacer excavaciones, o para autorizar a alguno de los propietarios para que efectúe esos trabajos;

- d) Para adquirir nuevos bienes comunes o variar el destino de los existentes, o en cualquier forma disponer acerca del modo y tanto en que pueden ser aprovechados;
- e) Para variar cualquiera de las cláusulas de la escritura constitutiva o del Reglamento de Condominio y Administración;
- f) Para cualquier otro acuerdo o determinación que conforme a la ley, la escritura constitutiva, o el reglamento de condominio, deba ser autorizado por unanimidad.

Artículo 36.—La administración de los edificios sujetos al régimen establecido en esta ley, estará a cargo de la persona que designe la asamblea de propietarios conforme al reglamento de administración y condominio. Salvo el caso de que ese reglamento disponga otra cosa, el Administrador tendrá, con respecto al edificio y a los bienes comunes, las facultades de un apoderado general.

Artículo 37.—Corresponderá al Administrador el cuidado y vigilancia de los bienes y servicios comunes; la atención y operación de las instalaciones y servicios generales; todos los actos de administración y conservación y ejecución de los acuerdos de la asamblea de propietarios. También recaudará de los propietarios la cuota que corresponda pagar a cada uno de los gastos comunes; velará por el cumplimiento de las disposiciones de esta ley y de lo establecido en el reglamento de condominio y administración y tendrá las demás facultades y obligaciones que fija la ley o el reglamento.

Artículo 38.—Las medidas y disposiciones que tome el Administrador dentro de sus facultades son obligatorias para todos los propietarios, a menos que la asamblea las modifique o revoque.

Artículo 39.—El Administrador del edificio debe llevar por lo menos un libro de caja legalizado, en el cual consignará diariamente los egresos que tuviere por concepto de gastos comunes y los ingresos provenientes de los aportes de los propietarios o por cualquier otro concepto.

Para probar su personería en cualquier gestión en que inter venga, bastará con una certificación expedida por el Registro Público, en lo conducente, del reglamento interno debidamente inscrito, en el cual se haga constar su nombramiento y la aceptación del cargo.

Artículo 40.—Si no hay administrador o si éste se incapacita o no actúa, cualquiera de los propietarios podrá ejecutar por sí sólo los actos impostergables de conservación y administración y tendrá derecho de repetir de los demás propietarios el pago proporcional de los gastos hechos, mediante la justificación pertinente.

## CAPITULO V

### *Del Reglamento de Condominio y Administración o Reglamento Interno*

Artículo 41.—De conformidad con el artículo 3º de la presente ley, el Reglamento de Condominio y Administración contendrá obligatoriamente, disposiciones sobre los siguientes puntos:

- a) Forma de designar al administrador y sus facultades y obligaciones. Período del nombramiento, forma y causas para removerlo y remuneración que se le asigna;
- b) Forma y periodicidad de las aportaciones de los propietarios a los gastos comunes;
- c) Frecuencia con que se reunirá la Asamblea de Propietarios; forma de convocarla; persona que presidirá las reuniones y mayorías necesarias para adoptar resoluciones, con excepción de las que estén determinadas por esta ley;
- d) Forma y limitaciones relativas al uso de las cosas comunes y en general la fijación de los derechos y obligaciones de cada propietario, señalando con la mayor claridad las partes del edificio que sean de uso común;
- e) Nombramiento de Administrador para el primer período y aceptación del cargo por dicha persona elegida.

Artículo 42.—Quien adquiera derechos en un edificio regulado por esta ley, queda sujeto al reglamento existente. El primer reglamento será adoptado por los votos que representen no menos de dos tercios del valor total del edificio. Pero una vez acordado el Reglamento, sólo podrá modificarse por acuerdo unánime de los propietarios.

## CAPITULO VI

### *De las Condiciones Funcionales y Estructurales de los Edificios*

Artículo 43.—Las edificaciones sometidas al régimen de propiedad horizontal, deben llenar los siguientes requisitos:

- a) Toda la estructura principal del edificio, paredes divisorias entre apartamentos y entre pisos, deben ser construidas de materiales no inflamables;
- b) Entre las cosas comunes, debe proveerse de un conducto a través de todos los pisos, que permita el paso de las instalaciones de cañería, electricidad y aguas negras;
- c) Debe proveerse otro conducto accesible a todos los pisos, que permita el desalojo de basuras o deshechos, los cuales serán recogidos en la planta baja para su incineración;
- d) Todos los apartamentos destinados a vivienda, deben tener una zona independiente, adecuada para el lavado de ropas y con luz solar directa;
- e) El edificio debe estar construido de acuerdo con las normas que exija la Municipalidad de la respectiva jurisdicción.

## CAPITULO VII

### *Extinción del Condominio; Destrucción y Reconstrucción del Edificio*

Artículo 44.—El régimen establecido en esta ley sólo se extingue respecto a determinado edificio, por acuerdo unánime de los propietarios reunidos en Asamblea. Esa disposición surtirá efectos solamente a partir de su inscripción en el Registro Público. En este caso se cancelarán los asientos de la finca matriz y de las filiales en la Sección de Propiedad Horizontal, y se inscribirá nuevamente el inmueble en la Sección Común de Propiedad.

Qedarán a salvo los derechos adquiridos por terceros.

Artículo 45.—En caso de destrucción total o parcial del edificio, si la mayoría de los propietarios deciden realizar su construcción, el monto del seguro se destinará a ese efecto, y si fuere insuficiente, todos los titulares deberán contribuir en la proporción establecida en la escritura constitutiva. Los que se negaren a contribuir crearán a favor de los otros propietarios el derecho de comprarles su propiedad a justa tasación de peritos, y en caso de que no hubiera interés por parte de los propietarios en comprar los derechos de los disidentes, éstos serán rematados en subasta pública.

## *Disposiciones Complementarias*

Artículo 46.—Adiciónase el artículo 265 del Código Civil con un párrafo que se leerá así:

"Los apartamentos, pisos o locales en que sea dividido un edificio, pueden pertenecer a propietarios distintos, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley sobre Propiedad Horizontal. En estos casos, los apartamentos pertenecerán en forma exclusiva a sus distintos propietarios, quienes además tienen derecho de aprovechar, conforme a su destino y sus necesidades, las cosas comunes."

Artículo 47.—Adiciónase el artículo 272 del Código Civil con un nuevo inciso que dirá así:

"3) Las cosas comunes de edificios sometidos a la Ley de Propiedad Horizontal, las cuales se mantendrán en indivisión forzosa e indefinida a fin de asegurar su aprovechamiento por los propietarios de apartamentos en dichos edificios."

Artículo 48.—Adiciónase el artículo 411 del Código Civil con un nuevo inciso que se leerá así:

"4) En la Propiedad Horizontal, la participación que el propietario de un apartamento tenga en las cosas comunes del edificio."

Artículo 49.—Adiciónase el artículo 459 del Código Civil con un nuevo párrafo que dirá:

"Las operaciones referentes a edificios o apartamentos sometidos al régimen contemplado por la Ley de Propiedad Horizontal, serán inscritas en una sección especial mediante un doble registro, debidamente relacionado, de fincas matrices y fincas filiales."

Artículo 50.—Adiciónase el artículo 505 del Código Civil con un nuevo párrafo que dirá:

"Lo anterior no es aplicable a la Propiedad Horizontal, la cual se regirá por una ley especial."

Artículo 51.—El Instituto Nacional de Seguros, la Caja Costarricense de Seguro Social, las instituciones del Sistema Bancario Nacional y el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo adaptarán sus reglamentos a las disposiciones de esta ley, para conceder préstamos para construcción de edificios sometidos al régimen de propiedad y condominio con garantía de los edificios en sí o de los diversos apartamentos, ya sea que unos y otros estén construidos, en vías de construcción o meramente proyectados.

Artículo 52.—El Poder Ejecutivo modificará en lo necesario el Reglamento del Registro Público.

Artículo 53.—Esta ley rige desde su publicación y deroga cualquier disposición que se le oponga.

Dado, etc.

San José, 1º de junio de 1964.—Rodolfo Solano Orfila.—Luis D. Bermúdez Coward, Diputados.

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



Esta revista es semestral y publicará únicamente trabajos inéditos, sin límite de extensión, a exclusivo juicio de la Dirección.

Su espacio queda abierto a cualquier abogado litigante, juez o profesor de Derecho, nacional o extranjero.

Toda colaboración o correspondencia deberá dirigirse a:  
Dirección de Revista de Ciencias Jurídicas  
Facultad de Derecho,  
Universidad de Costa Rica.

Se acepta CANJE.

Se pide el envío de dos números de cada publicación canjeable a la Dirección de esta Revista.

LIBRARY  
MUSEUM OF COSTA RICA  
SAN JOSÉ, COSTA RICA

Esta obra se terminó de  
imprimir en la Imprenta  
ANTONIO LEHMANN  
de San José de Costa Rica  
el día 29 de noviembre  
de 1964.