

AÑO IV

Nº 13

REVISTA JUDICIAL

**Corte
Suprema
de
Justicia**

San José, Costa Rica



R340j

Setiembre, 1979

- Presentación.*
- La autonomía del Derecho agrario.*
Prof. Antonio Carrozza.
Trad. Dr. Ricardo Zeledón.
- La lógica y el estudio teórico del Derecho.*
Prof. Rodolfo De Stefano.
Trad. Dr. Víctor Pérez Vargas.
- Benito Serrano. Notas biográficas.*
Harold H. Bonilla.
- Derecho al trabajo y realidad de la vida.*
Lic. Abel Castro Hidalgo.
- Kant y la filosofía del Derecho.*
Lic. Carlos J. Gutiérrez G.
- El problema de la aplicación de la sociología jurídica).*
Dr. Jorge E. Romero.
- Régimen jurídico de los recursos naturales.*
Dr. Rodrigo Barahona Israel.
- Algunos conceptos básicos en materia de Derecho.*
Dr. Gastón Certad M.
- Requisitos necesarios para la configuración del Derecho.*
Dra. María de los Angeles Soto G.
- Análisis para la comprensión de la teoría del Derecho.*
Dr. Luis G. Herrera.
- Breve historia del Derecho de la aviación.*
Lic. Carlos Eduardo Boza Mora.
- La jurisdicción especial agraria de México.*
Dr. Ricardo Zeledón.
- Reseña Bibliográfica: Karl Lowenstein.*
Dr. Alfonso Carro Z.
- Información normativa.*
Licda. Marcelina Zeledón Castillo.
- Pronunciamientos especialmente relacionados con el Derecho.*
Licda. Marina Ramírez Altamirano.
- Jurisprudencia.*
Digesto.



LA AUTONOMÍA DEL DERECHO AGRARIO (*)

ANTONIO CARROZZA (**)
Profesor de Derecho Agrario,
Università degli Studi di Pisa.

SUMARIO:

1. El problema de la autonomía del Derecho agrario: la utilidad de retomar el argumento referido a este tema clásico.	10
2. El significado de autonomía del Derecho agrario en las diferentes formas	10
a) La autonomía "didáctica" y la "científica"	10
b) La autonomía "legislativa" y la codificación del Derecho agrario	10
c) La denominada autonomía "jurídica"	10
d) Autonomía en sentido absoluto y en sentido relativo	10
3. Consideraciones sobre la relatividad del concepto de autonomía. Los límites de la autonomía.	11
4. El Derecho agrario como derecho de "equidad".	12
5. El fundamento de la autonomía.	14
6. Otros atributos del Derecho agrario y su relación con la autonomía.	14
a) "Especialidad" (y sinónimos)	14
b) "Organicidad" y "completez"	14
c) "Novedad"	14
7. Conclusiones sobre el tema de la autonomía.	16
8. El valor actual del reconocimiento de la autonomía. El derecho agrario de frente a las otras ramas del Derecho.	17

(*) Publicado en el libro conjunto *Manuale di Diritto agrario italiano (U.T.E.T., Turín, 1978) ps. 37-52.*

(**) Agradezco al Dr. Ricardo Zeledón, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, por traducir al idioma castellano el presente artículo.

1. La discusión en torno a la autonomía del Derecho agrario tiene, como es sabido, una época precisa: los primeros años de la *Rivista di Diritto agrario*, fundada por GIANGASTONE BOLLA en 1922, donde se encuentran todas sus vicisitudes. ¿Cuál fue el éxito de la disputa? Habiendo terminado prácticamente sin vencedores ni vencidos, tiene el mérito de estimular el desarrollo de la nueva disciplina, demostrando su vitalidad y la factibilidad de su estudio científico, así como la utilidad del tratamiento al que las "dos escuelas" del Derecho agrario (1) habían comenzado a someterla.

Si no por otro, solo por este resultado tan importante el tema de la autonomía no merece el olvido. Pero hay otras consideraciones que hacer a este propósito: el discurso de la autonomía siempre ha puesto de frente a los estudiosos a muchos y diversos aspectos de la materia por los que resultan justificadas, tanto la tesis autonomística como la tesis contraria. Además —y es esto lo que cuenta— la consideración del Derecho agrario bajo este ángulo visual nos permite ver más nítidamente los caracteres esenciales (2) y someterlos a un repensamiento.

2. El significado mismo de autonomía, en relación al estudio del Derecho agrario, aparece, al contrario, como unívoco. El confrontar las diversas acepciones permite establecer una serie de distinciones, algunas significativas, otras menos; algunas aún actuales, otras no.

a) La experiencia cotidiana de la enseñanza del Derecho agrario en todos estos años, en las universidades y en otros entes de investigación como el *Istituto di Diritto agrario internazionale e comparato* de Florencia, y el número verdaderamente conspicuo y creciente de seminarios, cursos, encuentros de estudio, mesas redondas, congresos nacionales e internacionales, con sus infaltables reflexiones didácticas y científicas, han contribuido a reforzar la convicción que el argumento de la autonomía tiene que ver tanto con el plano del

desarrollo didáctico, como con la investigación y elaboración con carácter científico: planos, por otra parte, estrechamente interdependientes.

Aparece entonces confirmada la separación conceptual de la autonomía "didáctica" de la "científica"; de las dos, más bien, la primera (la "didáctica") es precisamente la que puede ser documentada más fácilmente, y probada por la vía experimental.

En cuanto a la segunda (la autonomía "científica") que es resultado y reflejo de las investigaciones, de los estudios, de los escritos sobre los temas generales y sobre problemas específicos de la materia, también ésta puede darse ahora por adquirida: para darse cuenta bastaría consultar los volúmenes de los cincuenta y cinco años de la *Rivista di Diritto Agrario*, en torno a la cual ha podido durante medio siglo madurar y al fin realizarse la presagiada unidad doctrinal.

Naturalmente, tanto la primera como la segunda clase de autonomía están continuamente expuestas, como para todas las materias menores, a la distribución y a la supresión de cátedras y profesores, y por tanto al juego de los intereses académicos, y su mayor o menor fortuna se encuentra en función de variables nacionales y locales, objetivas y subjetivas.

b) Ha perdido relevancia, al contrario, el concepto de autonomía en sentido "legislativo", porque al menos en Italia ha sido en vano la espera de un código específico para la agricultura, con el cual habrían podido decirse integralmente satisfechas las condiciones necesarias para afirmar la presencia de esta especie de autonomía.

Un código específicamente destinado a contener la disciplina del entero organismo del Derecho agrario es una vieja aspiración que se ha renovado en diferentes periodos, si bien los códigos en ese tiempo realizados en otros países no han logrado dar una convincente demostración de la posibilidad de conferir a la materia una disciplina acabada y orgánica. Estos, en efecto, antes que verdaderos y propios códigos, representan la con-

(1) Cfr. IRTI, *Le due scuole del diritto agrario*, en *Rivista di Diritto Agrario*, 1975, I, ps. 3 ss. Según la reconstrucción hecha en este escrito, la primera escuela, encabezada por AGEO ARCANGELI (1880—1935), cuya herencia fue tomada por ENRICO BASSANELLI, se presenta como propiamente jurídica, es decir sensible al método civilista; mientras en la segunda escuela, que lleva el nombre de GIANGASTONE BOLLA (1882—1971), confluyen "sugestiones históricas, criterios económicos y motivos ideológicos" que inducen a exaltar el tecnicismo de la agricultura y a reivindicar con firmeza la autonomía del Derecho agrario, concebido como *jus proprium* de la agricultura.

(2) Esto vale, en general, para todos los llamados "derechos especiales", de cuya autonomía se ha discutido y se continúa discutiendo. Cfr., para todo, GAETA, *Spunti sull'autonomia dei diritti speciali*, en *Il diritto del lavoro*, 1946, I, ps. 141 ss.; G. ROMANELLI, *Diritto aereo, diritto della navigazione e diritto dei trasporti*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1975, ps. 1331 ss.

solidación legislativa de normas destinadas a regular singulares sectores de la materia agraria (3). En Italia, de otra parte, ha dañado gravemente la concretización del programa de un código especial: la emanación de un código único de derecho privado, que ambiciona regular en modo unitario la actividad productiva. Por otra parte, hay que hacer notar —y ésto es hoy más verdad que nunca— que la organización y la disciplina de la actividad agrícola resiente mucho de las direcciones políticas para que pueda renunciar a la ágil y rápida legislación especial, cerrándose en los esquemas inmóviles de un texto codificado (4). Por esta razón la emanación de un código agrario se ha vuelto, también en otras partes, con el tiempo, bastante improbable.

En todos los casos, la perspectiva de una autonomía legislativa en sentido radical ha sufrido el contragolpe del declive del primado de la codificación, y, más en general, de la "crisis de la ley" (al menos en los países de occidente).

El error ha sido el de ligar el concepto de autonomía legislativa a la accidentalidad de las codificaciones, las cuales no siempre, sobre todo, son determinadas por el grado de desarrollo científico de la materia codificante. Viceversa la historia demuestra que la unidad legislativa se puede actuar también fuera del código, a lo mejor sobre la base de textos únicos o también solo de grandes leyes (5).

La circunstancia que estas leyes se autodefinan agrarias bastaría por sí sola para afirmar el

consentimiento de la autonomía legislativa de parte del Derecho agrario; pero entonces se necesitaría decir que casi por todas partes una autonomía hecha así ha sido ya conseguida (y con facilidad, dada la inflación de leyes agrarias de las cuales el ordenamiento de la agricultura se encuentra diseminado). Por uno u otro lado, la autonomía legislativa condicionada a la existencia de un código superado (agrario rural) se ha revelado, en suma, un falso problema.

c) Se ha hablado, luego, y alguno continúa recordándola (6), de una autonomía llamada "jurídica": pero ninguno —a cuanto me consta ha sabido jamás explicar de qué se trata exactamente.

d) Es necesario en fin distinguir una autonomía en absoluto de una autonomía relativa. Continuar hablando de autonomía en el primer sentido es evidentemente absurdo. Ninguna rama del Derecho es autónoma en el significado etimológico de la palabra, en cuanto ninguna rama del Derecho puede encontrar su complemento en sí misma, aunque encuentre una específica razón de ser en el objeto mismo de sus prescripciones. La autonomía no puede ser más que juzgada relativa, cuando de todas partes se subraya la fundamental unidad del ordenamiento jurídico y la continuidad lógica e histórica de sus manifestaciones.

3. La inevitable relatividad de la idea de autonomía, depende también del hecho que hay estados, y todavía existirán, momentos y aspectos de "dependencia" del Derecho agrario de otras ramas del

- (3) Una lista de los códigos agrarios bastante sumaria (y a lo mejor inexacta, allá donde se ha tomado citas de otros) puede comenzar con el Código de Suiza y Finlandia (1774), que se ocupaba de las formas de transferencia de la propiedad fundiaria, de los límites de los fundos, de la prescripción *ab immemorabili*, del arrendamiento agrario. Siguiéron en Francia el *Code rural* aprobado por la Asamblea constituyente en 1791, que contenía dos títulos, uno dedicado a los bienes, el otro a la policía rural (ésto vino luego promulgado con modificaciones en los Principados de Lucca y Piombino, respectivamente en 1807 y 1808), y el *Projet de code rural* de 1808, que disciplina en tres partes la propiedad rural (*considérée pour chanque proprietarire seurement; pour tous les proprietarires entre eus; relativement au Gouvernement*). Pueden ser recordados, además, los códigos agrarios de los siguientes Estados: 1) República de San Marino (1813—1817); 2) República de Haití (1826, modificado en 1864); 3) Letonia (se trata del "Código especial de los campesinos letones", dictado en Riga en 1864); 4) Bélgica (1886); 5) Argentina (existen dos códigos provinciales, el primero de los cuales, de la Provincia de Buenos Aires es de 1865); 6) U.R.S.S. (1922): se agrega la Ley fundiaria de 1928; 7) Carolina del Norte (1926); 8) México (1934): contiene 334 artículos dedicados especialmente a la propiedad fundiaria y a la reforma agraria; 9) Paraguay (1940): regula la administración pública de la agricultura, la colonización y la reforma agraria, los bosques, el registro fundiario; 10) Uruguay (1941). La presente lista puede cerrarse con otros dos códigos franceses: el *Code forestier* de 1952 y el *Code rural* de 1955. También a este último código le ha sido reprochada la falta de la estructura lógica de las codificaciones verdaderas: el pretendido *Code rural* —se ha dicho— tiene solo una unidad formal, de impresión, no opera ninguna regencia de normas, no exprime principios generales propios, capaces de informar toda la materia tratada. Véase: VOIRIN, *Le code rural français de 1955*, en *Rivista di Diritto Agrario*, 1956, I, ps. 132 ss.; ZACCARO, *Il problema della codificazione del diritto agrario e il "Code rural" francese*, en *Il diritto dell'economia*, 1959, ps. 259 ss.
- (4) En este sentido BASSANELLI, voz *Diritto agrario*, en *Novissimo Digesto italiano*, vol. V, Turin, 1960. Para obviar tal dificultad, el artículo 3 del *Code rural* de 1955 impone proceder cada año a la incorporación en el código de los textos legislativos que modifiquen vez a vez las disposiciones del código sin necesidad de referencia expresa.
- (5) El objeto de estas grandes leyes no es el Derecho agrario, sino, muchas veces, el Derecho de la reforma fundiaria o agraria, el cual, en los últimos decenios, ha sido para muchos países, y en particular modo en los de América Latina, el tema dominante en la producción legislativa. Y, a veces estas grandes leyes incluyen normas de carácter constitucional. Entre los ejemplos más recientes amerita ser citado, ya sea por amplitud u orden sistemático, el *Estatuto da terra* brasileño (1964).
- (6) Ver, de último, DE SIMONIE, *Lineamenti di diritto agrario* (parte general) 5a. ed., Nápoles, 1970, p. 12.

Derecho —específicamente del Derecho civil, del Derecho comercial, del Derecho del trabajo— que no pueden ser borrados solo por la ambición de conferir al Derecho agrario una impresión de originalidad, un blasón de nobleza.

Quien admite la autonomía del Derecho agrario es llevado, pues, a precisar que entiende referirse al segundo sentido de autonomía, es decir al relativo. Agrega alguno que la relatividad estaría en lo imposible de concebir una total independencia del Derecho agrario del civil, que en todo caso le representa su matriz. Hoy día —escribe contrariamente CASTAN (7)— es imposible separar radicalmente estas dos ramas del Derecho. Y rebate un escrito contemporáneo suyo: no es seguro que exista la posibilidad, y ni siquiera la conveniencia, de considerar el Derecho agrario como un Derecho absolutamente emancipado del civil (8). El término de comparación, como se puede notar, es en ambos casos el Derecho civil; pero esta preferencia del parangón con el civil se explica con el hecho que España está entre los países en los cuales sobrevive más tenazmente la tradición que ve el Derecho agrario como algo bastante cercano al Derecho civil fundiario. En efecto, relieves análogos podrían moverse también en orden a la "dependencia" (en los límites de una obvia compatibilidad con la afirmación de autonomía) del Derecho agrario respecto a otras ramas del Derecho. Sería correcto, en particular, admitir —siempre en los límites de la compatibilidad supra-dicha— aspectos de dependencia del Derecho agrario respecto del comercial: aspectos que se refieren todos, alguno más alguno menos, a la noción de "empresa", sea en la forma individual, sea en la forma social. Pero no es todo.

Si es verdad que "*de frente a la concepción individualista y abstracta del Derecho patrimonial contenido en los códigos civiles se levanta en nuestro tiempo una concepción social y realista que repercute con particular intensidad en el sector agrario*" —así, muy bien, JORDANO BAREA (9)— e igualmente verdad —como de otra parte admite el mismo escritor citado— que "este nuevo espíritu no es, o no debería ser, exclusivo del Derecho agrario", pero "común a todo el Derecho privado": y seguramente —yo agregaría teniendo

cuenta de la situación italiana— común al Derecho del trabajo.

4. Es precisamente este espíritu, manifestación de la posición de vanguardia que el Derecho agrario parece haber conquistado respecto a la línea clásica de un Derecho concebido para regular las relaciones interprivadas sobre la base de los intereses de los particulares, a acercar el Derecho agrario al Derecho del trabajo, es decir a aquella rama del Derecho privado que, al menos en Italia, da aquella imagen. Por esta razón la dialéctica Derecho civil - Derecho agrario, en la cual parece haberse paralizado la controversia doctrinal en torno al particularismo del Derecho agrario, se reproduce textualmente en la forma de una dialéctica entre Derecho conservador y Derecho innovador, ejemplificado este último por el Derecho del trabajo.

También el fenómeno señalado es reconducible a la dicotomía histórica del Derecho común y del Derecho especial, que siempre se resuelve —y por tanto también en el caso del Derecho agrario— en aquella situación que ASCARELLI ha llamado de oposición entre un sistema jurídico "tradicional" y un sistema jurídico "equitativo" (10). A este último le fue confiado el rol de pionero en la exploración y conquista de instrumentos y mecanismos normativos que mayormente responden a las interiores exigencias de las relaciones jurídicas en seno, respectivamente, al comercio (con el nacimiento del Derecho comercial), al trabajo en la empresa (con el Derecho del trabajo), a la agricultura (con el Derecho agrario), etc. A las instancias progresistas se oponen exigencias de conservación, inmanentes, como las primeras, en todo ordenamiento, en particular si es expresión de una organización social de tipo capitalista. Los nuevos principios, resultantes de una modificación, una adaptación, una filiación de los antiguos, vienen asumidos en la disciplina de la agricultura con un procedimiento que puede decirse experimental, que consiente, es decir, en introducirles uno separadamente de otro, con leyes para el caso, y antes en algunos sectores y luego en otros, admitiéndose de otra parte, en vía abstracta, una general aplicabilidad y sancionándola a medida que se vaya haciendo sentir la necesidad.

(7) CASTAN, *Las instituciones protectoras de la familia y su propiedad*, Madrid, 1955, p. 131.

(8) JORDANO BAREA, *Derecho civil y Derecho agrario*, en *Revista de Derecho Privado*, 1964, p. 721.

(9) JORDANO BAREA, *loc. cit.*

(10) ASCARELLI, *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1957, p. 7.

Por largo tiempo el rol de Derecho pionero, en el sentido precisado, ha sido desarrollado por el Derecho comercial, por impulso de intereses económicos de los ambientes mercantiles y de empujes corporativos; luego, a la dialéctica entre el código civil y el código de comercio ha penetrado en Italia una dialéctica interna, como consecuencia de la supresión del Código de Comercio y de la incorporación de la materia de naturaleza comercial en el Código Civil de 1942, es decir en el código unificado de Derecho privado: signo, ha sido dicho, de una efectiva superación en sede histórica del proceso dialéctico.

En realidad esta dialéctica es operante tácitamente al interno del código unificado, metiendo en contraposición una contra otra las grandes divisiones de materia que el cuadro unitario del código no podía suprimir: civil, comercial y agrario. En Italia algunas leyes agrarias recientes y otras menos, en todo caso comprendidas en un espacio que va de 1964 a hoy, han hecho salir buena parte del Derecho agrario de los libros del código; y se han restablecido en tal modo —al menos en lo que se refiere al Derecho agrario— las condiciones de aquella "oposición" descubierta que fue la matriz del Derecho agrario como *jus speciale*. En otros términos, se ha nuevamente instaurado, con tonos cada vez más agudos por la mayor tensión social, el contraste entre un Derecho "tradicional" y un Derecho "equitativo". El instituto del equo canone (justo canon) en los arrendamientos rústicos, introducido en los años sesenta, representa también en el nombre una anticipación significativa (11).

Que el componente de equidad, aspirante a una igualdad sustancial entre los sujetos de la relación jurídica, esté del todo ausente en el campo del Derecho civil actual —como factor creativo y evolutivo o también simplemente como impulso a una adecuación de la abstracción lógica del Derecho vigente a la concreta realidad histórica— no se puede en verdad sostener. Como no es más sostenible que la verdadera imagen del Derecho civil sea aquella reflejada por el código burgués de 1942.

Hay un hecho, sin embargo, que la aspiración a la equidad se ha hecho mayormente sentida en sede de normativa agrícola, y que ésta haya encontrado modos de expresiones similares, en la originaria posición, a aquellas acostumbradas en el Derecho del trabajo. Tanto un Derecho como el otro, en efecto, surgen de la percepción de la insuficiencia de los instrumentos civilistas de tutela del contratante más débil; tanto uno como el otro, proclamándose con énfasis protectores de las categorías más oprimidas, buscan una proyección menos formal, menos causal y episódica del trabajo, de la persona del trabajador y de su familia, aún cuando exista el peligro de actuar una equidad, por así decirlo, parcial y unidimensional (en su aspecto más estrictamente jurídico).

En esta dimensión vienen colocadas ciertas indicaciones de la literatura que sí ocupa el Derecho agrario.

Esto permite agregar que la consideración y el tratamiento del Derecho agrario como una especialización del civil presupone un acto de justicia, y que la especialidad misma —presupuesto de la autonomía— es el resultado de un proceso de concretización y de orientación hacia la justicia social. Se reclama el reconocimiento para el hombre que trabaja la tierra de un derecho al justo precio en la venta de los productos de la tierra, constitucionalmente garantizado. Y se alude a un ordenamiento fundiario nuevo, más justo en mérito a la concordancia entre titularidad de la tierra (propiedad y otros derechos reales) y titularidad de la empresa, se sostiene que en la medida en la cual la concordancia en cuestión se realice crece el valor del ordenamiento. Todas las enunciaciones que bien o mal aclaran el significado esencial del atributo de equidad que se quiere reseñar, al Derecho agrario contemporáneo en todas partes del mundo, y que consiente de presentarlo como portador de justicia social, y por tanto como Derecho, en su auténtica inspiración es innovador.

Pero este carácter del derecho agrario, del cual encuentran rastro las más recientes definiciones que para éste se proponen, a menudo se releva a lo

(11) Véase la ley No. 567 del 12 de junio de 1962, modificada por la Ley No. 11 del 11 de febrero de 1971 y la No. 814 del 10 de diciembre de 1973. La idea base era la de subordinar la determinación autoritativa del canon a los criterios de una justa remuneración por el trabajo del arrendatario y de su familia y de una buena conducción de los fundos anclando los niveles mínimo y máximo del canon a los valores de los réditos dominiales resultantes del catastro. En realidad el encaje realizado por tal determinación, sobre todo en lo concerniente a los coeficientes de la revaloración de los réditos dominiales asegurados en catastro, como consecuencia del cambio de valor en la moneda, tienen en la práctica aplicación frustrada las intenciones de equidad: éstas en efecto se han resuelto en la disponibilidad de un simple instrumento de valoración de la posición económica del contratante presumiblemente más débil, sin ni siquiera poder diferenciar adecuadamente las situaciones del pequeño arrendatario y del gran arrendatario (de aquí las repetidas excepciones de inconstitucionalidad interpuestas a esta legislación).

alto del estudio analítico de las estructuras de los particulares institutos jurídicos: las consideraciones de las cuales podrían ser reveladoras de la existencia de muchos argumentos idóneos a demostrar las actitudes de equidad, más de aquél que podrían valer las pocas enunciaciones genéricas, viciadas, como muchas veces son, de retórica superficialidad.

5. El fundamento de la autonomía fue en su tiempo con gran autoridad reconocido en la existencia de principios generales de la materia: existencia en acto, según la primera formulación, o existencia solamente en potencia, como se quiere luego rectificar, con un manifiesto, también brillante, expediente dialéctico (12). Y precisamente a las hipótesis de un ligamen apriorísticamente retenido indefectible, entre el logro de la autonomía y demostrar la posesión, de parte del derecho autónomo, de principios generales propios y exclusivos, la tesis de la autonomía debe su incierta y alterna fortuna, y hoy podemos decir su mala suerte. Quien renueva —como a menudo sucede— el tentativo de determinar estos principios generales: o es obligado a rendirse a la evidencia de que los principios generales con todos los requisitos pedidos en realidad no existen, y es por ésto que no han sido jamás individualizados, o bien se expone al riesgo de indicar principios que no resultan luego de una verificación seria verdaderamente tales, porque les falta la naturaleza jurídica, o bien el carácter de generalidad (debería tratarse de principios operantes únicamente dentro de los límites que delimitan la materia en cuestión).

Estos insucesos aconsejan cambiar de método e ir a buscar el fundamento de la autonomía, no en los principios generales, sino al interno de los institutos jurídicos particulares (y en los relativos principios), los cuales representan la base natural de toda posible construcción de autonomía.

6. Tratando la autonomía nos encontramos casualmente con otros presuntos atributos del Derecho agrario, cuya relación con la noción de autonomía se precisa en: especialidad, completez, organicidad, novedad, y otros todavía que tienen valor de sinónimo respecto a los indicados.

a) **Especialidad.** La confusión entre especialidad y autonomía es tal que no puede pasar inadvertida. Pero si, como parece correcto, la especialidad fuera referida al objeto de la normativa en examen, ésta debería ser entendida más como un presupuesto de la autonomía. En este sentido todo sector del Derecho con un objeto especial podría solo por ésto aspirar a una consideración distinta y autónoma. Pero la especialidad, si bien necesaria, no es suficiente para realizar tal fin. Basta reflexionar sobre el fenómeno por el cual un Derecho especial se divide a su vez en partes especiales, y cada una de éstas en partes aún más especiales: ¿cuál es entonces —a los fines del discurso sobre la autonomía— el límite de esta especialización progresiva? Evidentemente, el problema de la autonomía existe solamente para aquellos casos en los cuales el grupo de institutos jurídicos susceptibles de distinta consideración forma un sistema provisto de organicidad (ver infra, sub b).

Pero existe también un significado más rigurosamente técnico de especialidad, y tiene que ver con la hipótesis de una norma jurídica que en su contenido contradice a una norma tenida por ciertos indicios como general. En este amplio significado la especialidad comprende también la excepcionalidad, o sea la aptitud de una norma no a estar al lado de otra, tenida como general, sino precisamente contra otra que constituye la regla. Ahora es claro que la investigación en torno a la presencia de la autonomía se debe desarrollar no a nivel de normas, sino a nivel de agregaciones de normas, y a esta agregación preside un nexo tal de conferir al todo una particular fisonomía y un peculiar carácter, distintos e independientes de aquellos de todas las otras disciplinas.

En sustancia, sea la "especialidad", sean las expresiones que tienen valor de sinónimo (como "particularismo", "originalidad", "especificidad", etc.), o sirvan para individualizar un presupuesto de la autonomía o bien dependan de un aspecto singular, arriesgarnos sin embargo a generar equívocos en torno al complejo significado de autonomía. Esto no quita que una definición de la autonomía pueda ser confeccionada utilizando el doble significado de especialidad reseñado: el Derecho agrario puede decirse autónomo en cuan-

(12) Afirmado que estos principios generales continúan eludiendo una precisa identificación por obra de la jurisprudencia y la doctrina, con las consecuencias negativas que ésto implicaba para la demostración de la autonomía, se replegó sobre la afirmación que no importaba tanto la indicación de la existencia en concreto de tales principios, como la abstracta capacidad de la materia de producirlos (lo que era ciertamente verdad es que nuestra disciplina se encontraba en el estadio del primer desarrollo, pero no después que ésta pudo decirse finalmente adulta).

to regula, de manera orgánica, técnicamente a sí misma (las relaciones referentes a la agricultura), para la cual aparejan normas definibles especiales o excepcionales de frente a las normas de Derecho común, organizándolas en institutos jurídicos típicos (13).

b) y c) **Organicidad y completez.** El examen de la completez no puede estar disociado del de la organicidad y viceversa.

En rigor, para poder llamarse en verdad completa, una rama del Derecho, cualquiera que sea, debería comenzar con ser dotada de un propio sistema de fuentes, con la consecuente proclama de que prevalecen las fuentes internas sobre las externas, análogamente como sucedía con el Derecho comercial italiano bajo el imperio del Código de Comercio de 1882 y lo que sucede actualmente en Italia en el Derecho de la navegación. Al tenor del artículo 1 del vigente Código de la navegación, en materia de navegación marítima, interna y aérea, *"donde falten disposiciones del Derecho de la navegación"* —leyes, reglamentos, contratos colectivos, usos— *"y no sean de aplicación por analogía, se aplica el Derecho civil"*. En sentido análogo disponía el artículo 1 del abrogado Código de Comercio de 1882: *"En materia de comercio se observan las leyes mercantiles. Donde éstas no dispongan si observarán los usos mercantiles (. . .). A falta se aplica el Derecho civil"*. Un Derecho que debe completarse en esta forma, o sea de llenar las lagunas de las propias fuentes sin la obligación de recurrir a la aplicación en vía directa o análoga de fuentes heterónomas, se afirma espontáneamente y en límite como autónomo.

Pero también carente de su propio mecanismo para la producción de normas y por tal desprovisto, a diferencia del Derecho de la navegación y del Derecho comercial anteriormente vigente, de la capacidad de autodeterminarse en todas sus partes, el Derecho agrario se demuestra dotado de organicidad, es decir de una natural aptitud a la completez.

Esta inserción —correspondiente a un periodo de esplendor del Derecho agrario que precede a la emanación del Código de 1942— puede parecer hoy, si se analiza críticamente, evidente y anacrónica. Esta en verdad se vuelve a escuchar alguna

vez, en los epígonos de los primeros informados afirmadores, de un amaneramiento viciado de aproximaciones, y destinado a desfigurarse en el enfrentamiento con el rigor dogmático de los cultores de teoría general y de Derecho civil. Pero, transcurrido ya mucho tiempo de las primeras formulaciones de la autonomía del Derecho agrario, puede decirse hoy bastante evidentes y sintomáticas de la singular propiedad del ordenamiento jurídico de la agricultura, en cada una de sus partes, de acoger y fundir principios e institutos, hasta pasar por encima, con soluciones originales, a los cánones mismos de la separación entre Derecho privado y Derecho público, a los cuales hace un tiempo se les prestaba respeto. Lo certifica, por ejemplo, la elaboración del particular sistema (del Derecho) de la reforma agraria: fenómeno antiguo que se repite, en Italia y fuera, con proliferación de nuevos centros de imputación jurídica, bienes, relaciones. Por ejemplo se asiste aquí a la significativa evolución de una nueva e importante figura contractual, la de la asignación de las tierras adquiridas por los entes públicos de reforma, que resulta de la fusión de los elementos del contrato agrario tradicional cambiados de los esquemas civilistas de los contratos a causa de intercambio o a causa asociativa, con los elementos propios de una concepción administrativa.

En cuanto a la nota de anacronismo que las teorías sobre la autonomía del Derecho agrario, florecientes en el momento económico-político más favorable al afirmarse esta nueva rama del Derecho, podrían hoy día seducir, profundizando si se constata que el cuerpo del Derecho agrario ha pasado sustancialmente indemne a través de las crisis acaecidas a algunos de sus institutos (por ejemplo el contrato de aparcería). Si miramos retrospectivamente el complejo normativo de la agricultura, desvinculándonos —en lo que se refiere a la experiencia italiana— de la sugestión negativa de los momentos de estados legislativos (1942—1963) o de los momentos de inconsulto o desordenado dinamismo legislativo (1964—1971), podemos todavía repetir con GIANGASTONE BOLLA que tal complejo, no obstante todas las adversidades que han afectado el mundo de la agricultura, no obstante todos los cambios internos y las evoluciones sociales y las revoluciones políticas, *"con-*

(13) Cada uno ve que esta definición de la autonomía sirve también para definir el Derecho agrario, es decir se agrega a las numerosas definiciones para esta rama del Derecho (y hay un escrito reciente que nuevamente la reseña: Cfr. ALVARENGA, *La materia jurídica agraria*, en *Rivista di Diritto Agrario*, 1977, I, ps. 41 ss.).

siente de lograr una síntesis, y esta síntesis es original y orgánica" (14).

Verificado este carácter de organicidad, cuya presencia se debe referir a mi juicio a la unidad del fenómeno biológico subyacente a toda forma de cultivo de vegetales y cría de animales (15), se trata luego de ver, país por país y época por época si en alguna medida el ordenamiento jurídico de la agricultura satisface las condiciones de una reglamentación completa de la materia. La completez del ordenamiento puede ser por el momento controlada sobre la falsa línea de la estructura del Derecho civil: y aquí las notas positivas están constituidas por la posibilidad de estudiar también el Derecho agrario desde el triple punto de vista tradicional de los sujetos, de los bienes, y de los actos. Y todavía alguna parte puede aparecer desarrollada en modo inadecuado: así el Derecho italiano, y no solo el italiano, deja qué desear en lo que tiene que ver con la construcción de un verdadero y preciso Derecho hereditario agrario, para el cual, en vez, estarían todas las premisas.

Pero a este punto se revela la importancia de un tratamiento conjunto de los caracteres de completez y de organicidad: estando provisto de organicidad, el complejo de institutos jurídicos homogéneos que llamamos Derecho agrario, aun cuando todavía incompleto, denuncia su continua tendencia a desarrollarse y a completarse. Una demostración reciente, y con validez universal, de esta propiedad se aprecia con el emerger de un Derecho procesal agrario, con jueces propios (tribunales agrarios o secciones especializadas de tribunales ordinarios) y procesos típicos, ya que el proceso sigue al Derecho sustancial como la sombra sigue al cuerpo.

d) Novedad. El logro de una autonomía en sentido científico de parte del Derecho agrario es relativamente reciente, por lo cual se trata de una rama del Derecho de las más jóvenes. Y a quien pregunte porqué el Derecho agrario ha adquirido su autonomía científica solo recientemente, mientras el ejercicio de la agricultura representa una de las actividades productivas más antiguas del hombre, quizá se le puede responder —como lo ha sido— que "el Derecho agrario nace en el momento

mismo en el cual ha comenzado a adquirir relevancia autónoma en el terreno jurídico la empresa agrícola" (16). Este momento coincide con aquél de la separación del Derecho agrario del Derecho civil fundiario; y de este momento en adelante se siente la exigencia de un cuerpo separado de normas, con el cual también la autonomía legislativa se realizará, y de una enseñanza especializada, la cual concretará la autonomía del nuevo Derecho también en sede didáctica.

7. Así pues, ni la especialidad ni el particularismo, y similares, y mucho menos —como veremos— la novedad entendida desde el punto de vista cronológico, constituyen condiciones suficientes para conferir al Derecho agrario la característica de la autonomía, así como no están en grado por sí para conferirla a cualquier otra rama del Derecho.

La autonomía descende de un organismo distinto y particular, es decir dotado de institutos propios y exclusivos. No la presencia de principios generales de la materia, principios opinantes en la esencia y prácticamente inaferrables, pero la presencia de institutos jurídicos propios y exclusivos (y la susceptibilidad de agregación que ellos demuestran, sobre la base de un común denominador de agrariedad) es el signo de un modo de ser autónomo. Es aquí donde podemos descubrir el denominado fundamento de la autonomía.

La autonomía se concibe, todavía, en sentido relativo: el conocimiento de la fundamental unidad del Derecho en todas las partes; el reconocimiento de que el Derecho agrario se ha plasmado históricamente bajo la influencia ora del Derecho civil, ora del Derecho comercial, ora del Derecho del trabajo; la falta de un propio sistema de fuentes; y todavía la subordinación cada vez más acentuada de la tutela de los intereses privados de los propietarios y de los cultivadores a los intereses de la colectividad (que matiza de público al Derecho agrario); son todas razones que inducen a proponer la imagen de una autonomía en sentido relativo o, en otros términos, de una autonomía limitada.

En todo caso, al hablar nuevamente de autonomía, es oportuno que se eliminen del discurso aquel tomo apologético —en los escritos de los afirmadores de la autonomía— o polémico —en las

(14) Ver G. G. BOLLA, *Alcuni risultati scientifici del primo convegno internazionale di Diritto agrario*, en *Rivista di Diritto Agrario*, 1957, I, ps. 13-14.

(15) Para el desarrollo sistemático de esta tesis remito a mi trabajo *Problemi generali e profili di qualificazione del diritto agrario*, vol. I, Milán, 1975, especialmente ps. 59 ss.

(16) GALLONI, *Lezioni di Diritto Agrario*, (mimeo.), Università di Firenze, años académicos 1971—1972, p. 1.

posiciones de los negadores de ella— que acompañó el debate de la autonomía en los años veinte. Se discutía entonces de la fundación de un sistema normativo y científico nuevo; se trataba de forzar la mano para que el Derecho agrario pudiera entrar en la clasificación teórica de las ramas del Derecho recibida de la tradición. Hoy como hoy los cultores del Derecho agrario no tienen necesidad de este tipo de reconocimientos, pero deben solo continuar preguntándose seriamente sobre la razón de ser y sobre el modo de ser de un régimen jurídico propio de la agricultura. En este sentido (el movimiento por) la autonomía puede cumplir aun un oficio útil para la organización de los estudios jurídicos.

8. Como se ve, el discurso de la autonomía se presenta hoy en términos diversos y cede el puesto a un reconocimiento de la identidad y tipicidad del Derecho agrario. Operación, ésta, que reviste un gran interés para quien se prepara a comprender los elementos normativos de cualquier rama del Derecho. En los umbrales del estudio del Derecho agrario es útil en efecto establecer, aunque sea en una primera aproximación, qué es lo que lo distingue de las otras ramas del Derecho, y si la distinción reviste aún significado.

De las parentelas tradicionales ya se ha hablado. El Derecho agrario no se confunde con el civil (17), no obstante las sugerencias que provienen de la circunstancia de que el Derecho agrario ha compartido con el civil el método y el ambiente cultural, y no obstante el común origen: antes del movimiento de secesión reseñado, o sea antes de que fuera inventado y aplicado el esquema de la empresa, no existía un Derecho agrario sino solamente un Derecho civil fundiario: y tal se mantiene hasta que el goce del fundo destinado al cul-

tivo pudo aparecer nada menos que como un modo de ejercicio del Derecho de propiedad. Ni, de otra parte, el proceso paralelo de desarrollo del trato legislativo de la empresa agrícola y de la comercial o los puntos de contacto que se manifiestan en tema de actividades agrícolas "conexas" (transformación y alienación de productos agrícolas) deben inducir al convencimiento que el Derecho agrario continúe a calcar las normas del Derecho comercial. Tampoco el Derecho del trabajo, no obstante su indudable capacidad de atracción, patente en las recurrentes contaminaciones de la tutela del cultivador con la tutela del trabajador, ha absorbido hasta ahora al Derecho agrario.

Todavía, son recordadas las ramas del Derecho en relación a las cuales se puede hablar de "momentos de dependencia" del Derecho agrario, cuya autonomía encuentra precisamente en esta relativa situación de unión y, si se quiere, de dependencia, sus límites.

En cuanto a la posición del Derecho agrario respecto a la contraproposición entre Derecho privado y Derecho público, es un problema que ha perdido en gran parte actualidad, como consecuencia del progresivo empaldecimiento de dicha contraproposición, también en sede de clasificaciones escolásticas, es decir de Derecho enseñado. Hay solo que hacer notar, en este aspecto, que el crecimiento lozano de aquellas ramas que, como el Derecho agrario, son germinadas con la influencia de los dos gruesos troncos del público y del privado, sin poderse decir enteramente públicos o enteramente privados pero al contrario distinguiéndose por su ambivalencia, y sin un factor decisivo para el cambio de prospectiva. Contrariamente el fenómeno señalado de conmixión de lo público con lo privado se ha realizado tan intensa y típicamente en el regazo del Derecho agrario que permite reco-

(17) A diversa conclusión, reexaminando las relaciones del Derecho agrario con el civil, llega IRTI, *Sviluppo storico e posizione sistematica del diritto agrario italiano*, en *Rivista di Diritto Agrario*, 1977, I, ps. 472 ss. Irti en efecto regresa a defender la tesis de la negación de la autonomía del Derecho agrario (y de la persistente compenetración con el civil). Negación a la cual —afirma— "conduce no una abstracta controversia teórica, sino un concreto proceso histórico", que se desarrolla, con doble signo, bajo el imperio del Código Civil de 1865, que gravita sobre la propiedad —y aquí, como antes ha sido advertido, la materia agrícola coincide y se identifica con el ejercicio de los derechos reales sobre la tierra—, y luego bajo el imperio del Código civil de 1942, en el cual la categoría "empresa agraria" se coloca al interno de aquél instituto unitario del Derecho civil que, según Irti, es la empresa. Prácticamente la tesis se funda en este silogismo: a) La empresa es un instituto unitario del Derecho civil; b) por el Código de 1942 el Derecho agrario es nada menos que el Derecho de la empresa agraria; c) entonces el Derecho agrario es Derecho civil. Pero la premisa mayor del silogismo (a) no puede ser compartida por quien considera la empresa —y es opinión común— como instituto de todo el Derecho privado —que ensalza autorizados precedentes: Betti, Nicolo, Giorgianni— es tomada por Irti con el intento señalado de "prevenir el riesgo del empobrecimiento científico y de caso es oportuno añadir que la negación de la autonomía —que ensalza autorizados precedentes: Betti, Nicolo, Giorgianni— es tomada por Irti con el intento señalado de "prevenir el riesgo del empobrecimiento científico y de la fragilidad dogmática, a la cual estaría destinado un Derecho agrario suelto de toda conexión con el Derecho civil", y de "reafirmar —en una época de exasperada especialidad— la unidad del sistema normativo y la inviolable coherencia de su lógica" (estas justas recomendaciones serían dirigidas, más que a los estudiosos, a los modernos redactores de las leyes especiales para la agricultura: oscuras, confusas, y, precisamente, incoherentes entre ellas y con los lineamientos generales del sistema).

nocer en ésto una razón de más para afirmar la autonomía (18).

Cuando luego —desbaratando toda tradicional partición— se buscó dar una sistematización orgánica, bajo principios generales que deberían formar un común denominador, de todas aquellas partes sea del Derecho privado sea del público que están en relación con los fenómenos de la actividad productiva, y se alude a un "Derecho de la economía" como Derecho unitario de las empresas, aparece claro que el Derecho agrario, en cuanto Derecho de las empresas de objeto agrícola, estaba destinado a ocupar en aquel plano una posición importante.

Hoy la atención parece concentrarse sobre la noción de Derecho del territorio y sobre el complejo objeto de su disciplina: ahora bien, no hay dificultad de presentar el nuevo Derecho agrario —sin por ésto renunciar a afirmar la tipicidad— como el conjunto de las normas referentes a aquella porción del territorio que, en el ámbito de la planificación general, recibe un destino al uso agrícola (19).

En fin, la naturaleza misma de la actividad agrícola (agrariedad) suministra el criterio más se-

guro para establecer algunas distinciones que no resultarían con tanta claridad si fueran examinadas desde otros puntos de vista. Se nos debe preguntar, a este propósito, si es exacto continuar uniendo al Derecho agrario la normativa de la caza y de la pesca. Y la respuesta negativa se impone, si acaso se considera que en los casos dichos existe una actividad simplemente extractiva, no confundible con la actividad de cultivo y cría (sea de vegetales, sea de animales) que forma el contenido típico de la producción agrícola. Por la misma razón el objeto del Derecho agrario no puede ser confundido con el del Derecho minero.

No es verdad, sin embargo, que el resultado de la producción agrícola satisfaga únicamente las necesidades de la alimentación, a las cuales por el contrario ha puesto fin el sistema de normas de carácter administrativo y penal que va levantándose bajo el nombre de Derecho de la alimentación: en efecto la agrariedad cubre un espacio mayor (piénsese en la producción de fibras textiles, para dar un ejemplo), porque abraza por definición todo tipo de cría de animales y cultivo de vegetales gobernado por las leyes biológicas.

(18) Cfr., para todo, HEDEMANN, *Sguardo retrospectivo sul primo convegno internazionale di diritto agrario*, en *Rivista di Diritto Agrario*, 1955, I, p. 245.

(19) Se perfila otra posible definición del Derecho agrario, que refiere al creciente interés por los problemas del gobierno del territorio y del ambiente, juzgados absorbentes respecto de los problemas de la reforma de las estructuras productivas hacedales. Cfr., para algunos comentarios en esta dirección COTTON, *Législation agrico-*



LA LOGICA Y EL ESTUDIO TEORICO DEL DERECHO

*Prof. Rodolfo De Stefano**
(Trad. p. Víctor Pérez Vargas).

A partir de la post-guerra algunos estudiosos italianos eminentes, en la ciencia o en la Filosofía del Derecho, han favorecido el estudio de la lógica simbólica y han aconsejado a los cultivadores de sus disciplinas, por cierto con mucho equilibrio y sin fanatismos, el empleo de los medios formales por ella proporcionados. ¿El uso de estos medios resulta útil, al estado actual, en las investigaciones científicas y filosóficas sobre el Derecho? Esta es una cuestión que debería ser discutida sobre un puro plano técnico, prescindiendo tanto de las simpatías intelectuales del investigador concreto como, con mayor razón, de los presupuestos filosóficos que pueden favorecer la adopción o el rechazo de la actitud lógico-formal. Una respuesta dudosa (y aun negativa, si se quisiera poner una cuestión de determinación de prioridades entre las diversas posibles direcciones) encuentra en su apoyo tres órdenes de motivaciones.

El primero de ellos es genérico y se refiere, digámoslo, aproximativamente, al aspecto práctico del trabajo intelectual que no debería ser desdeñosamente descuidado y rechazado. (Algunos, ibenditos ellos!, ignoran o parecen ignorar que el trabajo intelectual tiene, como todo otro tipo de trabajo humano, sus límites de hecho; sin embar-

go, tal vez, un plano de más racional división del trabajo o, si se prefiere una expresión menos ideológicamente sospechosa: un nuevo análisis, teórico y práctico, del hacer humano que tratase de superar el caos de esta confusísima situación de finales de milenio, debería, ante todo, ordenar y distribuir más razonablemente los oficios intelectuales con las relativas tareas y obligaciones culturales). De hecho, el campo de los estudios jurídicos ha tenido siempre límites bastante amplios y vagos, confines que hoy, frente a tantas nuevas estructuras jurídicas ultranacionales e infranacionales, se hacen siempre más amplios y más vagos. A estas alturas, hay que estudiar mucho para llegar a ser un jurista, un teórico o un filósofo del derecho a un nivel cultural considerado necesario y deseable. Por otra parte, la lógica moderna en sus usos más complejos e importantes requiere conocimientos matemáticos altamente especializados, no fáciles de improvisar ni siquiera para un matemático. ¿Dónde encuentra el estudioso del derecho el tiempo para adquirir estos conocimientos? Tal vez muchos conocimientos jurídicos particulares podrían ser sacrificados (sin mucho daño, confesémoslo), si se pudiese esperar un progreso en las bases generales de los estudios jurídicos. Pero, aquí interviene el segundo

* El profesor Rodolfo De Stefano enseña Filosofía del Derecho y Doctrina del Estado en la Universidad de Messina, Italia. La traducción corresponde a "La logica e lo studio teorico del diritto". Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto. Anno XLV, Fasc. I. Gennaio - marzo, 1968, Giuffrè-ed. Milano. Ha publicado diversas obras, entre las que destacan: "Legge etica e legge giuridica" y "Per un'etica sociale della cultura".

orden de motivos que interesa, específica y principalmente, a las ciencias humanas y a las respectivas filosofías especiales, y en consecuencia, también a la ciencia y a la filosofía del derecho.

En muchas voces fundamentales para el uso científico el análisis teórico, hecho con los medios de la lógica simbólica moderna, revela ciertas curiosas aporías que talvez se podrían caracterizar adecuadamente y, calificar, como aporías hermenéuticas. El sentido intuitivo de aquellas voces se asocia naturalmente en nuestro pensamiento a ciertas ideas lógicas; pero, apenas tratamos de traducir esta interpretación natural o intuitiva en definiciones precisas, nos damos cuenta con sorpresa que nuestra interpretación, una vez formalizada, ya no rige más. A causa de los pasos a que nos han obligado los mecanismos deductivos puestos en movimiento por el formalismo, llegamos a un recodo en el cual nuestra interpretación adquiere un sentido imprevisto y chocante, un sentido que contrasta con el uso empírico y científico de la voz o término; y no marginalmente sino hasta con ciertos presupuestos profundos del uso común que no estamos preparados a abandonar. Para describir la cosa más de cerca: en algún punto muy importante, el desarrollo consecuencial de la definición no concuerda con aquel cuerpo de aserciones pre-definitorias (que gravitan o circulan en torno al término) que representa el llamado uso y que se trataba precisamente de aclarar y fijar analíticamente. Así, resulta evidente que la definición ha llegado a traicionar nuestras intenciones iniciales.

Por ejemplo, las leyes empíricas y las normas jurídicas tienen una estructura bastante típica de relaciones condicionales y esta estructura recuerda naturalmente a la idea lógica de implicación. Pero es sabido que si definimos las leyes y las normas como implicaciones, eventualmente como implicaciones con términos universales tropezamos con diversas paradojas. La paradoja más fastidiosa es la que nace del principio "ex falso sequitur quod libet". Ella nos obligaría a considerar como leyes verdaderas y normas válidas a aquellas leyes y aquellas normas en las que la condición es desde un principio imposible o llega a ser tal fuera de un cierto campo o a partir de un cierto tiempo. Así una legislación que se dirige solamente a los ciudadanos de un Estado sería perfectamente positiva y válida para los extranjeros, precisamente porque los extranjeros no son ciudadanos.

Análogas aporías se tienen para los conceptos llamados "disposicionales", conceptos referibles a la idea genérica de poder. De modo que, después

de las ideas de ley y de norma, también la idea de poder, natural, social, jurídico, político, viene puesta en crisis. Una ojeada a la literatura lógica más acreditada muestra las dificultades de definir lógicamente términos esenciales del lenguaje científico y filosófico, términos como valor, verdad, significado, conocimiento, etc., que ciencia y filosofía han usado siempre y que bien o mal siguen usando. ¡Ahora, el estudioso del derecho tiene problemas bastante numerosos y graves para pedir al lógico algunas soluciones o al menos algunas certezas de base y no problemas ulteriores!

Las aporías hermenéuticas acusan un contraste entre la expresión formal y la interpretación sustancial, entre la forma lógica y la sustancia o materia del discurso. Contraste no significa contradicción. Las aporías hermenéuticas no son antinomias lógicas, propiamente hablando. Las antinomias caen al interior de las estructuras formales, mientras, en hipótesis, la sustancia o materia del discurso no está todavía formalizada. ¿Qué decir, sin embargo, de las antinomias verdaderamente tales? Sobre ellas se apoya nuestro tercer orden de motivaciones, a resumirse —"pro bono brevittis"— en esta consideración de fondo: la lógica simbólica de nuestros tiempos mostraría su utilidad más allá de toda posible discusión, y necesitaría aconsejar seriamente su estudio a todo cultivador de disciplinas científicas, jurista o no jurista, si sus medios formales pudiesen garantizar coherencia o incontractoriedad del discurso científico mucho más allá de los límites de la potencia expresiva del lenguaje ordinario. Pero el fenómeno de las antinomias muestra que este no es todavía el caso.

En gran parte al menos los motivos hasta ahora aclarados están ligados a una situación histórica de cultura en el ámbito de la cual ciertamente son válidos. Transferirlos del plano histórico a otro plano no es necesario, y en realidad no podría hacerse sin salirse demasiado de los límites de aquellos que son razonablemente los intereses de la ciencia y de la filosofía del derecho. Queriendo permanecer en la órbita de estos intereses, nos proponemos examinar en las páginas siguientes la fundación lógica de un sistema de teoría general del Derecho, delineado en un escrito reciente. Es un buen modo, nos parece, para continuar (en concreto y sobre el campo) el discurso sobre las relaciones entre la lógica y el estudio teórico del derecho. El escrito al cual nos referimos ha aparecido en la

"Enciclopedia del Diritto" bajo el nombre "EFFICACIA GIURIDICA," al cuidado de ANGELO FALZEA. Sin embargo, su conocimiento directo no se presupone.

En este escrito de FALZEA se intenta construir ciertas ideas primarias de la dogmática jurídica con una notable economía de presupuestos lógicos. Como un resultado principal del escrito se puede hasta considerar la tesis de que (al menos para las nociones directamente consideradas por el autor) baste introducir una sola idea primitiva, aquella de valor o interés jurídico fundamental, para obtener de un lenguaje adecuado para expresar las situaciones de un mundo empírico, un lenguaje adecuado para el jurista y el teórico del derecho. El valor fundamental de que se trata es pensado como una situación óptima no siempre realizada pero prácticamente realizable en una dada comunidad humana y en el relativo mundo empírico. Dado que mediante la introducción de esta nueva idea, o más bien de un nuevo símbolo a ella ligado, un lenguaje de tipo empírico ya constituido precedentemente pasa a ser un lenguaje jurídico, se tratará de determinar en primer lugar, cuál es el precedente lenguaje de que se parte y, en segundo lugar, cómo es introducido en él el nuevo símbolo.

A quien recuerde que la teoría de las situaciones jurídicas es, más que un capítulo central, la clave de toda la teoría general del derecho, no encontrará del todo un caso en que el autor busque la fundación lógica de la teoría general del derecho y de su lenguaje en un concepto generalísimo de situación. En todo lenguaje se hace un discurso: el discurso habla de un universo o, más analíticamente, las proposiciones del discurso hablan de situaciones del universo. Y se puede construir útilmente una relación biunívoca, en modo de hacer corresponder a cada situación una proposición y a cada proposición una situación.

1) Dada esta correspondencia, la lógica de las proposiciones es utilizable para una teoría de las situaciones, de puro significado lógico. A las proposiciones elementales (llamadas "atómicas") corresponderán situaciones también ellas elementales. Y partiendo de estas se formarán poco a poco situaciones siempre más complejas a través de negaciones, conjunciones, disyunciones, implicaciones, paralelamente a las relaciones proposicionales o interproposicionales conocidas bajo el mismo nombre. En fin, a las dos proposiciones lógicas fundamentales, el "siempre-verdadero" y el "siempre-falso" corresponderán dos situaciones lógicas

fundamentales, digamos el Universo puro y el puro Nada.

2) Por otro lado, la separación entre proposiciones lógicas y proposiciones empíricas da una correspondiente separación entre situaciones: situaciones lógicas y situaciones empíricas. Estas últimas serán entendidas como situaciones de la realidad (que es siempre realidad realizable, pero no siempre realidad realizada). Se podrán construir dos situaciones empíricas fundamentales: el Universo empírico que es el mundo real y el Nada empírico que es lo irreal. Sin embargo, será necesario distinguirlos cuidadosamente de las situaciones lógicas fundamentales. En línea de principio, una proposición empírica no puede tener nunca los dos valores lógicos extremos del "siempre-verdadero" y del "siempre-falso"; y paralelamente toda situación empírica deberá diferenciarse tanto del Universo puro como de la pura Nada. También la situación empírica fundamental que es el mundo, si bien contenga en sí todas las otras situaciones empíricas, queda a su vez circunscrito dentro del Universo del discurso lógico.

Aplicada al mundo empírico, la idea de situación requiere algunos desarrollos que son lógicamente indispensables, también para la teoría general del derecho. Siendo carácter constitutivo esencial de la realidad empírica el tiempo, núcleo característico de toda situación de la realidad es siempre un tipo de existencia temporal. Pero, ¿qué cosa corresponde, en sede lógica, a un tipo de existencia temporal? Como a las situaciones reales corresponden lógicamente ciertas situaciones empíricas e históricas y los respectivos juicios de hecho, así a los tipos de existencia temporal se pueden hacer corresponder los predicados de aquellas proposiciones. En las proposiciones elementales estos predicados vienen referidos a uno o varios sujetos lógicos que son entidades lógicamente individualizadas a un determinado nivel. Ante todo, es complemento necesario de todo tipo de existencia temporal un índice de tiempo. Además (si el predicado es pluriargumental) pueden ser indicados, además de los tiempos, los lugares, las cosas, las personas a las cuales el tipo de existencia se refiere.

Pues: las proposiciones elementales que corresponden a las situaciones elementales de la realidad son proposiciones temporales. En cada una de estas situaciones el análisis lógico-filosófico distingue el tipo de existencia temporal y sus términos de referencia individualizados. Por ello, las proposiciones temporales elementales tienen siempre un predicado lógico correspondiente al tipo de exis-

tencia y uno o más sujetos lógicos correspondientes a los términos de referencia. (Naturalmente, tanto para el predicado como para los sujetos, el lenguaje lógico pondrá a disposición símbolos constantes y símbolos variables, los cuales podrán estar ligados según las reglas y con las cautelas usuales de cuantificadores universales y particulares). Además, desde el punto de vista del jurista para el cual la realidad jurídica es no sólo realidad empírica sino realidad práctica y prácticamente realizable por energías y actividades humanas, será también oportuno distinguir entre los tipos de existencia temporal los tipos de actividad humana, los llamados actos, de los otros tipos de procesos temporales humanos y no humanos, los llamados hechos. Ello explica por qué FALZEA, después de haber fundado sobre los conceptos de tiempo y de espacio su clasificación de los fenómenos jurídicos, reduzca estos fenómenos a un cuadrinomio fundamental: sujetos, objetos, actos y hechos, ampliando y renovando en sentido moderno la vieja tripartición: "personae, res actiones".

Una función importante, tienen en el escrito de FALZEA, aquellas que bien podrían llamarse implicaciones nomológicas correspondientes a las leyes generales y necesarias de tipo empírico. El se sirve de ellas para construir una teoría rigurosa de la norma jurídica (la norma jurídica es según su construcción una ley de tipo empírico, aunque sea una ley sobre valores), pero en particular de la llamada relación de causalidad jurídica (la noción de efecto jurídico es precisamente el tema central de su escrito). Restringiendo el estudio a cuanto es posible decir en un restringido espacio sobre un argumento bastante delicado y discutido, recordemos que la condición sine qua non, bajo la cual las implicaciones nomológicas pueden considerarse transcripciones adecuadas de las leyes empíricas, es que se eviten en todo caso las bien conocidas paradojas de la implicación. A tal fin FALZEA se sirve, más que de los procedimientos de reducción artificial y poco persuasivos de R. Carnap, de la teoría de las proposiciones nomológicas de H. Reichenbach, que, sin embargo, es simplificada gracias a la exclusión de las leyes lógicas (que en cambio Reichenbach incluye) y es de este modo reducida sólo a las leyes empíricas. En el punto de partida, se asumen ciertos tipos de existencia temporal que tienen campos de aplicación indefinidos: cada uno de estos tipos se concibe en modo de que no resulta falso anticipadamente, lógicamente o empíricamente, el referirlo a un término nuevo después de haberlo referido a un número finito

determinable de términos dados. Existe, pues, siempre, la posibilidad de aplicar el tipo a un término ulterior: un nuevo tiempo, un nuevo espacio, nuevos objetos, nuevos sujetos, etc. Este es, en sustancia, el "genus illimitatum" de los juristas y por ello vale idealmente la máxima "genus numquam perit". Toda implicación nomológica es, al menos, una implicación que se establece entre dos tipos de existencias pertenecientes a la categoría del "genus illimitatum" y referidos a ciertos términos que son usados universalmente.

Para superar las viejas aporías planteadas por la idea de ley empírica, la construcción delineada debería tener mayores desarrollos, formales y sustanciales, más de aquellos que se le dan en el escrito en examen, más de cuántos, naturalmente, se le puedan dar aquí. En todo caso, sobre su base están superadas las principales paradojas de la implicación y se está en posibilidad de dar una interpretación lógica de las modalidades reales (necesidad y posibilidad) que prepara —como veremos— una interpretación paralela de las modalidades axiológicas y jurídicas (el deber y el poder).

Las modalidades reales son bien distinguidas de las modalidades lógicas. Las segundas se refieren a las leyes lógicas, las primeras a las leyes empíricas. Dado que las dos categorías modales, la necesidad y la posibilidad, son definibles en función recíproca (la necesidad es la imposibilidad de lo contrario, la posibilidad es la no necesidad de lo contrario) —nos podemos limitar a considerar una de ellas solamente—: escojamos la necesidad. En las leyes empíricas la idea de necesidad puede ser interpretada, bajo ciertos presupuestos, como una peculiar derivación de la idea de universalidad (de modo que, en línea de principio, las modalidades reales son reconducibles a los cuantificadores).

Sea t un tiempo individualizado (variable). Sean A y B tipos de existencia temporal que tienen tiempos y campos de aplicación indefinida. Sea t' el tiempo sucesivo a t . La expresión $A t$ significa que en el tiempo t se realiza A . Análogamente, la expresión $B t'$ significa que en el tiempo sucesivo a t se realiza B . Entonces (asumiendo según las convenciones corrientes la flecha como signo de implicación y el paréntesis a la izquierda (t) como el cuantificador universal: para cualquier tiempo t) una ley constante de sucesión entre fenómenos se expresará con el modelo simbólico:

$$(t) A t \longrightarrow B t'$$

De ello resulta el esquema general: si en un

dado tiempo ocurre un cierto fenómeno, en el tiempo sucesivo ocurrirá otro cierto fenómeno. Este puede también considerarse el esquema general de la categoría de la causalidad. En efecto, según los puntos comunes de vista, a la causalidad se reporta toda ley de sucesión inter-fenoménica.

Es fácil ahora mostrar como de la estructura general de la legalidad o causalidad empírica deriva la necesidad (real). Si, cualquiera que sea el tiempo (t), cuando ocurra en este tiempo un cierto fenómeno A , en el tiempo sucesivo sigue constantemente un fenómeno B ; entonces, es claro que ya en el tiempo t , apenas se ha producido el fenómeno A ha surgido la necesidad del sucesivo verificarse de B . Nótese: B se verificará en t' , en un tiempo posterior, pero su necesidad está ya dada en el tiempo anterior t . Los dos tiempos, de la necesidad de B y de la efectiva existencia de B , son distintos y uno precede al otro. La necesidad tiene, esto es, carácter predeterminante.

Todo ello se puede expresar en la regla de interferencia siguiente: si es verdadero que

$$(t) \quad A t \longrightarrow B t'$$

es también verdadero que

$$(t) \quad A t \longrightarrow d(B t') t$$

En este esquema simbólico d , inicial del verbo "debe", expresa la necesidad. En consecuencia, toda otra expresión $d X$ significará que la situación X es necesaria. (Observemos incidentalmente que, en relación a la teoría de las implicaciones nomológicas, resultaría útil —y no difícil— formular una regla de interferencia mucho más general, extendiendo el esquema más allá de los índices de tiempo a otros índices de eventuales campos diversos de aplicación. Pero para los fines presentes la generalización es superflua).

Queda por considerar como según el autor sobre la base de un lenguaje apto para el universo empírico real se constituya un lenguaje apto para el universo del discurso jurídico mediante la introducción de un nuevo símbolo que denota una nueva idea primitiva: la idea de valor jurídico fundamental.

Aquello que es necesario para los usos del jurista es un lenguaje sobre normas y proposiciones normativas. Un ordenamiento jurídico es un sistema de normas y un código puede ser interpretado como una conjunción de proposiciones normativas. ¿Qué cosa es una norma? Según el autor, toda

norma es la afirmación de una exigencia: el interés de la comunidad jurídica exige ("interest res publicae") que una cierta situación X sea prácticamente realizada. El interés de la comunidad jurídica es precisamente el valor jurídico fundamental. Sea W^o este valor, sea X la situación el modelo simbólico de toda norma es:

$$W^o \text{ implica } X$$

esto es (usando como de costumbre la flecha como signo de implicación):

$$W^o \longrightarrow X$$

Aquello que se quiere decir con la expresión: valor o interés jurídico fundamental (y, pues, el sentido del nuevo símbolo W^o) resultará más claro si se reflexiona que, según el autor, el paso del plano real al plano jurídico constituye un proceso de especificación análogo a aquel que se tiene pasando del plano lógico al plano real. En otras palabras: los tres planos son definidos por tres universos de amplitud poco a poco decreciente: el universo del discurso lógico, el universo del discurso empírico, el universo del discurso jurídico (U_1 , U_2 y U_3 —para entendernos—). El universo del discurso lógico contiene al universo del discurso empírico que a su vez contiene al universo del discurso jurídico. (Usando la relación interproposicional de implicación ello equivale a: U_3 implica U_2 ; U_2 implica U_1). Pues bien, el universo a que hace referencia el discurso jurídico es precisamente el sistema de los intereses jurídicos o el valor jurídico fundamental (U_3 equivale a W^o).

W^o , el valor fundamental, es construido como una situación: la situación máxima que contiene o comprende en sí todas las otras situaciones jurídicas. Esta situación debe poder tener un incidencia real y temporal. Un punto indebidamente descuidado en los sistemas, demasiado elementales, a menudo propuesto por la lógica del derecho, es que el lenguaje del jurista hace esencial referencia al factor real del tiempo. Lo demuestran no solamente los conceptos de acto y de hecho que son fenómenos esencialmente temporales sino también las categorías teóricas del nacimiento, modificación y extinción de los derechos, categorías todas que se asoman en la doctrina general de la eficacia jurídica y de las transformaciones de los efectos jurídicos. Es pues oportuno concebir el valor fundamental en un nuevo sentido: no ya como la situación W^o sino como un tipo de existencia tem-

poral W referible a unidades individualizadas de tiempo t . Por otra parte, los dos sentidos están estrechamente conectados. Será fácil redefinir el viejo sentido en función del nuevo, asumiendo que, en línea de principio, el valor fundamental en cuanto situación (esto es W^o) se realiza sí y sólo sí el valor fundamental en cuanto tipo de existencia temporal (esto es W) se realiza en todo tiempo considerado. (Formalmente W^o viene definido como $(t) W t$, donde, como arriba, los paréntesis a la izquierda (t) expresan el cuantificador universal: para cualquier tiempo t).

Precisamente en relación al tiempo, la situación X regulada por una norma puede presentar un grado menor o mayor de complejidad estructural. En el caso más simple la situación puede referir un tipo de existencia temporal A a todo tiempo t . La norma será entonces:

$$(t) \quad W t \longrightarrow A t$$

Por ejemplo: en todo tiempo, el interés de la comunidad jurídica exige que sea prácticamente realizado el respeto de la vida ajena y por ello castiga el homicidio. Pero, en la generalidad de los casos, la situación regulada por la norma tiene una estructura más compleja: esta situación está internamente condicionada y constituye a su vez una implicación, precisamente una implicación nomológica entre situaciones sucesivas en el tiempo. El esquema de la norma deviene pues:

$$(t) \quad W t' \longrightarrow (A t \longrightarrow B t')$$

En todo tiempo, vale para el tiempo sucesivo (en cuanto exigencia), que realizado A , se realice B . (N. del T.).

o bien, (con fórmula equivalente por fuerza de la lógica proposicional):

$$(t) \quad A t \longrightarrow (W t' \longrightarrow B t')$$

En todo tiempo: realizado A , es interés de la comunidad que en el tiempo sucesivo se realice B . (N. del T.).

que se podrá también escribir (después de oportunas convenciones y definiciones):

$$(t) \quad A t \longrightarrow (W \longrightarrow B) t'$$

En todo tiempo: realizado A , es interés de la comunidad que se realice B , en el tiempo sucesivo. (N. del T.).

o todavía en forma más breve (definiendo $(W \longrightarrow B)$ como $w B$).

$$(t) \quad A t \longrightarrow w B t'$$

En todo tiempo: realizado A , es interés de la comunidad que se realice B sucesivamente. (N. del T.).

Por ejemplo, si viene estipulado un contrato de compraventa en un dado tiempo, es interés de la comunidad jurídica que en el tiempo sucesivo o en una sucesión establecida de tiempos, el comprador pague el precio al vendedor y el vendedor entregue la cosa al comprador. En el esquema:

$A t \longrightarrow w B t'$ la cláusula $A t$ denota la figura condicionante o causante, aquello que se suele llamar sintéticamente (pero no sin algunas posibilidades de equívocos) el hecho jurídico; mientras que la cláusula $w B t'$ indica aquello que el jurista denomina el efecto jurídico. En nuestro último ejemplo, hecho jurídico es la compraventa, mientras que el efecto jurídico es la necesidad de ley de que sean realizados el pago y la entrega.

La expresión "necesidad de ley" nos lleva naturalmente al tema de las modalidades jurídicas. El mismo estará de último en el programa en la presentación actual. Las modalidades jurídicas principales son el deber y el poder. (Las dos voces son extendidas comúnmente a más generales modalidades deónticas y, no raramente, a modalidades axiológicas todavía más generales. Nosotros no nos ocuparemos de estas extensiones). El deber es precisamente la necesidad de ley o necesidad jurídica. En el sistema en consideración la categoría del deber está generada lógicamente en una manera muy simple. Al esquema general de las normas condicionadas.

$$(t) \quad A t \longrightarrow w B t'$$

se aplica la regla de interferencia que ha introducido la idea real de necesidad. Se obtiene así:

$$(t) \quad A t \longrightarrow d (w B t') t$$

En cualquier tiempo, realizado A surge, en ese mismo tiempo el deber de que por un interés de la comunidad B sea sucesivamente realizado. (N. del T.).

Es suficiente, entonces, abreviar $d (w B t')$ en la definición $D B t'$ para obtener:

$$(t) \quad A t \longrightarrow D B t' t.$$

Sea A cualquier contrato estipulado en el tiempo t .

Sea B el cumplimiento del contrato a realizarse en el sucesivo tiempo t' . Entonces $DBt't$ es el deber que surge desde el momento de la estipulación (esto es, en el tiempo t) de realizar el cumplimiento de un momento posterior (esto es, en el tiempo sucesivo t'). Nótese bien: el cumplimiento ocurrirá en un momento posterior: pero el deber existe ya en el momento anterior, ya ha surgido en el momento de la estipulación del contrato. Es el caso de subrayar que una cierta complejidad de simbolismo manejado deriva de la exigencia de tener en cuenta el factor tiempo. Como en el discurso sobre el mundo empírico el tiempo t de una necesidad predeterminante debe ser cuidadosamente diferenciado del tiempo sucesivo t' del hecho o evento predeterminado, así, en la tratación del jurista se tiene la necesidad de distinguir los dos tiempos, al menos idealmente, siempre sucesivos del deber y del cumplimiento del deber (o hablando todavía más en general, del efecto jurídico y de su realización).

En sustancia, y dejando de lado todos los otros ulteriores desarrollos con las respectivas aplicaciones técnicas, el deber jurídico viene así concebido y definido como la necesidad de que una cierta situación sea prácticamente realizada, para que el interés de la comunidad jurídica sea satisfecho. En función del deber se define luego el poder. Obviamente, el deber está frente al poder como la necesidad lo está frente a la posibilidad. El poder es la ausencia del deber de hacer lo contrario, como la posibilidad es la negación de la necesidad de lo contrario. Inversamente: como la necesidad es la imposibilidad de lo contrario, así el deber existe en cuanto falta el poder de hacer lo contrario, esto es, de tener una actividad opuesta a aquella establecida por la norma.

Las cosas hasta ahora dichas para la formalización lógica de un sistema de teoría general del derecho podrán ser oportunamente aclaradas en un cuadro filosófico más amplio por algunas consideraciones conclusivas sobre las relaciones entre la lógica y los diversos niveles de investigación teórica. En líneas generales, se entiende que, cuanto más alto es el nivel de generalidad de la investigación teórica, tanto más se siente subjetivamente la necesidad y tanto más es demostrable la exigencia objetiva de procedimientos lógicos formalizados. En los campos que están en contacto con la llamada intuición o experiencia es, en cambio, suficiente

(y hasta ofrece, a causa de su elasticidad, mayores ventajas) la lógica natural del pensamiento común. De hecho esta diferencia de niveles y de correspondientes intereses se observa en todos los planos de investigación teórica, pero, según la naturaleza de las diversas disciplinas, científicas, matemáticas, filosóficas, tiene ciertas incidencias peculiares que deben también tenerse en cuenta.

Ciencia. Aparte del saber matemático o meramente racional, se sabe bien que para todo el restante saber científico el proceso de generalización no procede sin vínculos: no basta generalizar, es necesario constatar que se generaliza útilmente. La tarea de legitimar las más altas generalidades corresponde a una específica investigación sobre las fundamentaciones (Grundlagenforschung), en estrechísima relación con las indagaciones específicas del campo y sus resultados principales. Por otra parte, la investigación sobre las fundamentaciones requiere un notable estado de avance de la ciencia llamada en causa. Ella es claramente un cuidado posterior; tal es, con más fuerte motivo, la formalización lógica de las bases fundamentales descubiertas. En todo caso, con estas reservas obvias, queda firme que el plano más provechoso para el empleo de los métodos lógicos de hoy es aquello que se llama la parte general de una ciencia: en nuestro caso, la teoría general del derecho, pero ciertamente también las teorías generales del Estado y de la política, la teoría general del lenguaje (semántica o semiótica), la sociología general, la psicología general, etc.

Matemática. Verosímilmente, la generalización matemática es siempre útil, cuando es posible. De ahí, llas estrechas relaciones entre matemática y lógica, ligadas por una misma instancia de rigor. Pero la matemática tiene sus muchos aspectos especiales, por ejemplo ciertos aspectos estrictamente cuantitativos con las relativas técnicas calculatorias, que no están al nivel de generalidad de la investigación lógica. Por ello también en este campo la diferencia de intereses según los diversos niveles queda bastante neta y explícita de hecho por qué un matemático especialista pueda tener poca propensión, poca inteligencia o poca simpatía, por la lógica simbólica y retener excesivas, demasiado pedantes y hasta superfluas, las exigencias de rigor que el lógico pone (ilas citas podrían ser muchas!).

Filosofía. Considerado al nivel extremo de generalidad en el que la instancia de la lógica se pone, y habida cuenta de que precisamente la extrema generalidad o universalidad contradistingue a la

filosofía, aun históricamente o empíricamente, se estaría tentado de concluir que la lógica simbólica de hoy y así, también, la lógica formal antigua sean esencialmente disciplinas filosóficas o en todo caso de interés filosófico primario. Desde el punto de vista histórico cultural la conclusión parece bastante plausible, por poco que se piense que estas lógicas han sido creadas y luego desarrolladas por filósofos o por espíritus filosóficamente orientados. Por otra parte, en los objetos de estudio, las conexiones con la filosofía son evidentes y fundamentales. Ciertos temas y problemas filosóficos, no se ve como podrían ser seriamente afrontados sin una preparación lógica altamente especializada. Entre los ejemplos que parecen menos sujetos a discusión bastará citar: la teoría del juicio y de las proposiciones (de importancia capital para la filosofía del conocimiento y de la ciencia, así como para la filosofía de la lógica); la doctrina de las categorías (tanto en los antiguos como en los modernos); la famosa disputa de los universales (que ahora regresa en las matemáticas con la moderna teoría de los conjuntos); la concepción aristotélica y luego escolástica de la plurivocidad del ser (retomada en examen en recientes estudios); los problemas de la dialéctica (hegeliana y no hegeliana); y los problemas conexos (al menos en parte) de las antinomias. Argumentos centrales, como se ve, para cualquier gnoseología, ontología, metafísica, con prescindencia de las particulares direcciones de pensamiento. Sin embargo, ni sobre un plano his-

tórico, ni en principio, la incidencia del elemento lógico-formal en materias filosóficas se debe exagerar. Aun en los argumentos citados donde el encuentro entre los dos tipos de intereses es documentable en todos los grandes pensadores, filosofía y lógica permanecen siendo esencialmente distintas. Ningún lógico como tal jura sobre una particular filosofía. Se equivocaría el filósofo (se equivocó Kant, y se equivocan muchos de los actuales) en jurar sobre una lógica históricamente determinada, antigua o moderna. Hay también otra consideración, de hecho, para mostrar la diferencia entre los dos campos. En el fondo, también aquí se encuentra la misma diferencia genérica, como quiera que se la interprete, entre lo general y lo especial: entre el tipo de los temas citados, librados a una atmósfera especulativa más rarificada por abstracción y generalidad, y otro tipo de temas más cercanos a la experiencia y a la intuición. Ahora, estos últimos son en la filosofía bastante numerosos (porque en filosofía, como en todo otro campo, lo especial vence numéricamente a lo general). Y si para los primeros la consideración estrictamente formalizada es una ayuda tal vez indispensable, para estos últimos, al menos para el noventa por ciento, la lógica natural basta y a menudo es más ventajosa. Aun un filósofo lógicamente orientado debería reconocer este hecho, si no pretende liquidar, más que al noventa por ciento, a toda la filosofía que se hace y que se ha hecho en el mundo.



BENITO SERRANO

Ex Presidente del Poder Judicial
(Notas biográficas)

Harold H. Bonilla.

José Benito Serrano Jiménez nació en la Ciudad de San José, el día 19 de marzo de 1850. Fue bautizado en la religión Católica Apostólica Romana. Murió en la capital de Costa Rica el 23 de diciembre de 1945. Se graduó de abogado en su ciudad natal, el 29 de agosto de 1867. En San José practicó su profesión por varios años y allí residió durante la casi totalidad de su existencia.

Cuando el licenciado Serrano falleció a la edad de 95 años y 9 meses era Decano del Colegio de Abogados de la República, de cuya Directiva General le correspondió ser Miembro en distintas ocasiones. Por un lapso de 32 años se cubrió con la Toga del Magistrado, y puede decirse de él, que la vistió con altura y distinción. Sirvió su cargo siempre siguiendo el dictado de su conciencia recta, y cumplió así, en todo momento, con su deber. Enemigo de ostentar, se le vio durante esas tres décadas largas, dedicado a su trabajo y consagrado a su hogar. Recto el juez, sencillo el hombre, fue orgullo del Foro Nacional.

Muy joven todavía, ocupó una cátedra en la Universidad de Santo Tomás, como profesor de Física y Química. Luego fue escribiente de la Corte Suprema de Justicia. Más adelante, en 1874, fungió como Alcalde de San José. Después en 1877, se le escogió para el puesto de Secretario del Tribunal Supremo. Pasó a ser Director General de Correos, y finalmente el Presidente, general don Próspero Fernández, le llamó a desempeñar el cargo de Jefe del Registro Público de la Propiedad.

Emprendió viaje a Europa en compañía del licenciado don Ascensión Esquivel Ibarra, quien

posteriormente fue dos veces Presidente de la República. Durante su larga gira visitó y radicó por varias semanas a la vez en algunas de las principales capitales del Viejo Mundo, logrando así, ampliar un tanto sus conocimientos.

A su regreso al país, el Presidente, Benemérito, licenciado y general don Bernardo Soto Alfaro, le nombró Subsecretario de Hacienda, Comercio e Instrucción Pública, cartera que entonces servía, el gran educador don Mauro Fernández.

En 1888 fue llevado a la Corte Suprema de Justicia en calidad de Magistrado, cargo que sirvió durante 28 años consecutivos es decir hasta 1916. Habiendo ingresado de nuevo a la Corte, cuando en 1922 se le nombró otra vez Magistrado, para un período completo que terminó en 1926, año en que se retiró definitivamente a la vida privada. Fue un hombre de bien, un hombre de fe, virtuoso, sin mácula.

Le tocó durante los 32 años que fue Magistrado, desempeñar en diversas ocasiones la presidencia de cada una de las tres Salas de la Corte, por aquella época existentes. A principios de 1915 fue nombrado por el Poder Legislativo, Presidente del Poder Judicial, con el beneplácito del Presidente de la República, licenciado don Alfredo González Flores.

Cúpole el alto honor de servir en la Corte junto a muy distinguidos compatriotas, entre ellos, los licenciados don Ricardo Jiménez Oreamuno, don José Joaquín Rodríguez Guzmán, ex Presidentes de la República; don Alejandro Alvarado García, don Ezequiel Gutiérrez Iglesias, don Pedro León

Páez, don Manuel Vicente Jiménez, don Nicolás Oreamuno, don Francisco María Fuentes y don Víctor Guardia Quirós. Además don Antonio Zambrana, don Alberto Brenes Córdoba, don Luis Dávila, don José Astúa Aguilar, don Alfonso Jiménez Rojas, don Gerardo Guzmán y don Antonio Alvarez Hurtado. Imposible sería hacer, confiando a la memoria, una lista de todos los que fueron colegas suyos en el Tribunal Supremo.

Solamente de 1888 a 1890 y de 1890 a 1894, su primer periodo completo como Magistrado, sirvió en la Sala Segunda, y por un corto tiempo le correspondió presidirla. En 1904, por ejemplo, integró con don Luis Dávila y don Alberto Brenes Córdoba, la Sala Primera. En 1908 se le nombró miembro de la Sala de Casación con don Alejandro Alvarado García, don Francisco María Fuentes, don Antonio Zambrana y don Alberto Brenes Córdoba, después de haberle sucedido don Luis Dávila en la Presidencia de la Sala Primera, para la cual había sido nombrado y de la que ya era miembro don Víctor Guardia Quirós. En 1912 la Casación se componía de don Pedro León Páez, don Alejandro Alvarado García, don Francisco María Fuentes, don Alberto Brenes Córdoba y el licenciado Serrano.

El 3 de mayo de 1916, junto con el licenciado don Alberto Brenes Córdoba, al practicarse en el Congreso la elección de magistrados, don Benito fue arrojado de la Corte por la mayoría fernandista de la Cámara, en atención a razones de carácter político. Al quedar cesantes los licenciados Serrano Jiménez y Brenes Córdoba, se escuchó en el seno del Poder Legislativo, la voz de más de un diputado que hizo uso de la palabra, para protestar por la no reelección de don Benito y don Alberto. Hablaron entre otros, en su favor, don León Cortés Castro, más tarde Presidente de la República; don Víctor Guardia Quirós, don Arturo Volio Jiménez y don Luis Anderson Morúa.

El Presidente del Poder Ejecutivo, licenciado González Flores, le nombró Subpromotor Fiscal de la República, en noviembre de 1916, cargo que renunció en enero de 1917. En 1918, la Corte bajo la presidencia de don Ascensión Esquivel, le nombró Juez de lo Criminal Administrativo, puesto que sirvió durante lo restante de la Administración Tinoco Granados, lo mismo que mientras ejercieron el Poder, el general don Juan Bautista Quirós Segura, el licenciado don Francisco Aguilar Barquero y durante los primeros dos años de la Administración de don Julio Acosta García. En 1922, como ya lo dijimos anteriormente en estos

apuntamientos, al llegar el Presidente Acosta a la mitad de su cuatrienio, don Benito fue nombrado Magistrado de la Sala Primera para un período completo que desempeñó, habiéndose retirado de la Corte Suprema de Justicia en 1926, fecha en que puso término a su carrera judicial y a su vida de hombre público, sin claudicaciones, que llegó a abarcar más de la mitad de su existencia.

Fue entonces, cuando poco después de haber cumplido los 76 años de edad don Benito, el licenciado don Arturo Volio Jiménez, Presidente del Poder Legislativo, sugirió la idea de jubilarlo. Por moción de los licenciados don Carlos María Jiménez Ortiz y don Alejandro Alvarado Quirós, se le otorgó una pensión de ₡ 700.00, que por parecerle excesiva, dada su redacción en la que se especificaba que no estaría sujeta a las rebajas que la ley señala, fue vetada por el Presidente de la República, licenciado don Ricardo Jiménez Oreamuno. El Congreso entonces le concedió otra pensión de ₡ 500.00 que mereció la aprobación del Poder Ejecutivo. Sin embargo, dicha pensión fue rebajada paulatinamente, hasta que llegó el momento en que durante largos años se le estuvo girando al licenciado Serrano la suma de ₡ 70.00 mensuales, solamente. Durante la Tercera Administración Jiménez Oreamuno a instancia del general don Jorge Volio Jiménez y mediante una moción del licenciado don Ernesto Martín Carranza, la Cámara le fijó a don Benito una pensión de ₡ 200.00 que continuó recibiendo, hasta la fecha de su muerte.

La única fortuna de que fue poseedor el licenciado Serrano, es la casa en que habitó con su familia, durante poco más de medio siglo y otra contigua que alquilaba. Muy joven heredó una pequeña finca de café que hubo de sacrificar para pagar su educación. Su biblioteca se fue desintegrando poco a poco durante los últimos años de su vida, cuando con el fin de atender obligaciones de carácter personal, fue vendiendo sus libros en partidas pequeñas, con excepción de unos pocos que obsequió. Cuando murió no le quedaba ya ninguno.

Ningún homenaje se le tributó al licenciado Serrano al retirarse definitivamente de la vida pública. Sí gozó en todo momento, desde luego, de las atenciones y cortesías usuales, con las que al correr de los años, lo distinguieron siempre sus viejos amigos. Muy particularmente guardaba con especial cariño dos telegramas: Uno muy conceptual que le envió el licenciado don Arturo Volio Jiménez en 1930, al cumplir los ochenta años, y otro que con motivo de haber cumplido los no-

venta y cinco le mandó en 1945, el licenciado don Teodoro Picado Michalski, Presidente de la República. Cuando murió don Benito, "Diario de Costa Rica" publicó un precioso artículo titulado "Una Vida Ejemplar" escrito por el licenciado don Rodrigo Facio Brenes. "La Prensa Libre" sacó otro más extenso todavía, del recordado cronista social de dicho rotativo, don Guillermo Tristán Fernández. Fue con ese trabajo que el señor Tristán se despidió del periodismo antes de su fallecimiento. No escribió ningún otro. En "Eco Católico" apareció uno del licenciado don Emmanuel Thompson Quirós. Por razones que desconozco "La Tribuna" ni siquiera consignó la noticia de la muerte de don Benito con una nota luctuosa en su columna de defunciones.

El licenciado Serrano fue un lector asiduo a través de su larga existencia. Leía y hablaba con propiedad tres idiomas. Conocía bien, además del castellano, el inglés y el francés. Uno de sus pasatiempos favoritos fue siempre la lectura de los mejores libros. El estudio era su mayor placer. Nunca consideró que estaba muy viejo para seguir leyendo como medio de nutrir su intelecto. Para don Benito había una lección nueva que aprender en cada libro, no importaba cuál la obra. Algún tema desconocido, por decirlo así, que hasta entonces su mente tal vez no había explorado todavía. Con frecuencia, se le veía en la Biblioteca Nacional o en la biblioteca del antiguo Club Internacional.

Era amante de la buena música. Si se anunciaba un concierto importante con toda seguridad que allí se le encontraría entre los asistentes. Frecuentaba los recreos y las retretas. Asistía a los juegos deportivos con regularidad; a las corridas de toros, casi siempre. Era amigo del teatro en sus diversas formas, la ópera, las tablas, el cinematógrafo. Cuentan que en sus mocedades gustó mucho del baile.

También encontraba gran placer en visitar al campo. Acostumbraba hacer periódicamente viajes a las cabeceras de Provincia, lo mismo que a los pueblos pequeños, para darse cuenta del progreso alcanzado y de los cambios generales que allí se iban efectuando.

Las deficiencias físicas que se advirtieron en él durante sus últimos días como la falta del sentido de la vista, la dificultad para caminar, y a veces una memoria que delataba ya su avanzada edad, se apreciaron desde que cumplió los 90 años en 1940, pues hombre muy metódico que fue, hasta esa

fecha gozó siempre de perfecta salud, sin quebrantos de ninguna especie.

Años atrás, por las mañanas solía caminar desde su casa de habitación en el Barrio de La Merced de la Capital, hasta lo que es hoy día Aranjuez y luego regresar a tiempo para ser el primero en llegar al Palacio de Justicia, después del empleado que abría la puerta, pese a los ataques de algún enemigo político suyo, que a menudo le increpaba por la prensa y entre otras cosas le repetía que don Benito llegaba a su despacho temprano solamente el día de cobrar el sueldo. El licenciado Serrano no acostumbraba contestar ataques de esta clase y rara vez le vimos polemizando por periódico. Pasado el almuerzo, todos los días visitaba andando, lo que actualmente se llama Barrio González Lahmann, antes de dirigirse a su oficina. Como vía de ejercicio, llegaba hasta la boca de la Sabana todas las tardes después de la cena. Sólo la lluvia le contenía, y no siempre, con razón que cumplió los 90 años gozando de perfecta salud. El detalle apuntado, es uno solo entre muchos que podrán citarse, para fijar lo metódico que fue el licenciado Serrano en sus costumbres. Ajeno totalmente a los vicios se limitaba a fumarse dos cigarrillos al día, durante la sobremesa y del todo no tocaba el licor, excepto cuando se hacía necesario brindar en algún banquete oficial; vino sí tomaba de una clase u otra, todos los días con el almuerzo. Puntual para sus comidas, jamás aceptaba alimento a deshoras, a excepción de un refrigerio o té caliente, que se le servía a las trece horas; absolutamente nada antes de acostarse. Nunca, ni en las postrimerías de su vida, observó dieta alguna, ni guardó cama un sólo día. Acostumbraba recogerse alrededor de las veintitrés horas todas las noches, para levantarse por ahí de las cinco de la mañana diariamente. El Presidente González Víquez contaba durante su Segunda Administración, que desde la ventana de su despacho en la Casa Presidencial, veía pasar al licenciado Serrano con exactitud precisa, a las seis en punto de la mañana, cuando en su gira matinal, se dirigía diariamente hacia Aranjuez. (Ya a esa hora, don Cleto, se encontraba trabajando en su despacho).

De una cuna humilde se distinguió por su talento y dedicación al estudio, por su preparación intelectual y por su acrisolada honradez, proverbial ante sus conciudadanos. Su nombre se ha citado de ejemplo muchas veces, entre el de otros costarricenses sobresalientes, que también han brillado en la vida pública de la nación, durante los últimos lustros.

No obstante su procedencia humilde, de la cual se sentía orgulloso, muy joven ingresó en sociedad, siendo aceptado en los mejores círculos al igual que otros distinguidos costarricenses que se levantaron por su propio esfuerzo y de quienes se puede decir que como él, pertenecieron a la aristocracia del talento. Su padre Anastasio Serrano y Valdivieso era un agricultor, original de lo que es hoy día Panamá y que entonces era parte de Colombia. Su madre Juana Jiménez Arnauz de Serrano y Valdivieso fue de ascendencia colombiana. Don Anastasio era bajo, grueso, de tez oscura y pelo negro. Doña Juana fue alta, hermosa, de cutis muy blanco y pelo rubio. Don Benito era alto y esbelto como su madre, pero trigueño como su padre. La austeridad de su porte imponía respeto. Parco en la palabra, no obstante, era de trato amable y conversación amena. Fue hombre de gran agilidad mental y bien cultivado en las letras. Con el correr de los años don Benito llegó a parecer un majestuoso roble a quien se hacía preciso admirar y a quien respetaban todos. Era el prototipo del juez integérrimo, personificaba al Magistrado de Toga Romana, era representativo del decoro y la dignidad de la Corte Suprema misma. Su prestigio parecía acentuarse a medida que transcurría el tiempo.

El 6 de marzo de 1880 contrajo matrimonio con la señorita doña Celina Thompson MacQuillan, hija de William Thompson, ciudadano inglés, y de su señora esposa doña Joan MacQuillan de Thompson, escocesa. Doña Celina falleció en 1927.

Tuvieron don Benito y doña Celina siete hijos, dos varones y cinco mujeres. Los hombres, Enrique y Roberto, murieron en la infancia. De las mujeres Lidia, maestra, y María Isabel, fallecieron solteras; María Isabel primero, en 1949 y Lidia en 1964. Adela, la mayor, también soltera, vive todavía y cuenta noventa y dos años; Claudia, la menor, casó en 1925, con el comerciante don Enrique Esquivel Villanea. Doña Claudia falleció en 1954 y el señor Esquivel en 1966. Clemencia, también maestra, quien murió en 1938, contrajo matrimonio en 1911 con el recordado caballero don Manuel Antonio Bonilla Mora, quien falleció en 1928.

Los nietos del licenciado Serrano son Gladys Bonilla, fallecida a los tres meses en 1912; Harold Happy Bonilla, escritor, soltero; y Manuel Antonio Bonilla, abogado, casado con Amara Castillo Sequeira, con tres hijos, Amara, Rosivette y Raúl; asimismo, Rodrigo Esquivel, sacerdote y Virginia Esquivel, soltera y enfermera.



DERECHO AL TRABAJO Y REALIDAD DE LA EMPRESA*

*Lic. Abel Castro Hidalgo
Facultad de Derecho,
Universidad de Costa Rica.*

SUMARIO:

I.	Importancia del derecho al trabajo.	32
II.	Aspectos principales que comprende este derecho.	33
III.	Derecho al trabajo y realidad de la empresa en Costa Rica. (Condiciones de trabajo en la legislación costarricense).	33
IV.	Derecho latinoamericano sobre condiciones de trabajo.	38
V.	Capacitación profesional.	39
VI.	Política de empleo.	40
VII.	Protección contra el desempleo.	41
	A. Estabilidad en el empleo.	41
	B. Seguro contra el desempleo.	42
	C. Servicio de empleo.	42
VIII.	La empresa.	43

* *Relación costarricense para las Segundas Jornadas Italo-Latinoamericanas de Derecho Comparado.
Comisión: EMPRESA.
Tema: Derecho al Trabajo y Realidad de la Empresa.*

I. IMPORTANCIA DEL DERECHO AL TRABAJO.

Se ha dicho, con toda propiedad, que el trabajo es esencial a la naturaleza humana y que, por consiguiente, el derecho de entregarse a él es inherente al hombre.

Sin embargo, en las sociedades antiguas y medioevales, se degradó al trabajo, al extremo de considerársele denigrante y fue necesario que se realizara un vigoroso proceso para rehabilitarlo y dignificarlo.

Como expresa el conocido tratadista Guillermo Cabanellas, *"El dogmatismo condujo, en un aspecto más de la libertad absoluta reconocida al hombre, a que el trabajo fuera un derecho individual, tanto en su aspecto positivo —dedicación de la actividad personal a la profesión elegida— como en el negativo de no desempeñar ocupación alguna. Con distinta motivación, apoyándose unos en el Derecho Natural y basándose otros en la forzosa cooperación que la vida social impone, se establece que el trabajo es también, y ante todo, una obligación socialmente exigible"* (1). En efecto, hoy día se considera que el trabajo es un derecho y un deber del individuo.

En el proceso de dignificación y rehabilitación del trabajo se destaca la doctrina y la práctica de la Iglesia. León XIII expresa que *"el trabajo común, según el testimonio de la razón y de la filosofía cristiana, lejos de ser un motivo de vergüenza, hace honor al hombre, porque le proporciona un medio noble de sustentar su vida"*. Además, considera que *"El fruto de su trabajo le es necesario al hombre para la defensa de su vida, defensa a que le obliga la naturaleza misma de las cosas"* (2).

La doctrina de la Iglesia, también proclama el derecho al trabajo: Pío XII al enumerar explícitamente los derechos fundamentales de la persona se refiere al *"derecho al trabajo, como medio indispensable para el mantenimiento de la vida familiar. . ."* (3). Y Juan XXIII expresa que *"... la misma naturaleza ha conferido al hombre el derecho, no solo a la libre iniciativa en el campo económico, sino también al trabajo. A estos derechos va inseparablemente unido el derecho a trabajar en tales*

condiciones que no sufran daño la integridad física ni las buenas costumbres y que no impidan el desarrollo completo de los seres humanos" (4).

Si se toma en consideración que para gran parte de los hombres el trabajo constituye hoy día el único medio de subsistencia y de mantener a su familia, se pone de relieve la importancia de este derecho, el cual ha sido reconocido en instrumentos de carácter internacional. Así, la Declaración Universal de Derechos del Hombre proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas establece en su artículo 23-1 que *"Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo"*.

Por su parte, la Carta de Organización de Estados Americanos declara en su artículo 29-inciso b) que *"El trabajo es un derecho y un deber social"*.

En el ámbito del Derecho Internacional del Trabajo, el convenio No. 122 de la O.I.T. adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo, en su 48a. reunión, el 9 de julio de 1964, dispuso que todo Miembro de la Organización deberá formular y llevar a cabo, como un objetivo de mayor importancia, una política activa que tienda a garantizar:

- a) *"Que habrá trabajo para todas las personas disponibles y que busquen trabajo;*
- b) *Que dicho trabajo será tan productivo como sea posible;*
- c) *Que habrá libertad para escoger empleo y que cada trabajador tendrá todas las posibilidades de adquirir la formación necesaria para ocupar el empleo que le convenga y de utilizar en este empleo esta formación y las facultades que posea, sin que se tengan en cuenta su raza, color, sexo, religión, opinión política, procedencia nacional u origen social"*.

También se encuentra consagrado este derecho por la mayoría de las constituciones latinoamericanas. Sin pretender agotar este aspecto me permitiré citar algunos de estos textos constitucionales:

(1) *Compendio de Derecho Laboral*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1968, Tomo I, pág. 95.

(2) *Rerum Novarum*, ASS, pág. 661.

(3) *Mensaje de Navidad, 1942*, AAS 35 (1942), pág. 19.

(4) *Pacem in Terris*, Editorial Apostolado de la Prensa S.A., 1963, pág. 9.

Colombia: Artículo 17: *"El trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado"*.

Costa Rica: Artículo 56: *"El trabajo es un derecho del individuo y una obligación con la sociedad. . ."*.

Chile: Artículo 10: *"... Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de éste. . ."*.

Guatemala: En su Título de "Garantías Sociales", declara que el trabajo es un derecho y una obligación social.

Honduras: El artículo 111 establece que *"Toda persona tiene derecho al trabajo. . . y a la protección contra el desempleo"*.

Nicaragua: Artículo 94: *"El Estado procurará a todos los habitantes, de preferencia los nacionales, la posibilidad de un trabajo efectivo"*.

Panamá: Artículo 63: *"El trabajo es un derecho y un deber del individuo"*.

Uruguay: El artículo 36 consagra la libertad de trabajo y el 53 la protección legal del trabajo.

Venezuela: Artículo 84: *"Todos tienen derecho al trabajo. El Estado procurará que toda persona apta pueda obtener colocación que le proporcione una subsistencia digna y decorosa"*.

II. ASPECTOS PRINCIPALES QUE COMPRENDE ESTE DERECHO.

El derecho de trabajo comprende, según se infiere de lo que ha quedado expuesto, los siguientes aspectos:

- A. El reconocimiento por parte del Estado de que toda persona tiene derecho a elegir y de dedicarse a la profesión o al oficio que estime conveniente a sus aptitudes. En relación con este postulado, que consagran la mayoría de las legislaciones latinoamericanas, si no todas, cabe hacer la observación de que a su vez el Estado tiene la facultad de exigir determinados requisitos para el ejercicio de ciertas profesiones, como la medicina, la ingeniería, la abogacía, etc., lo que se hace con fundamento en el interés social.

- B. Garantía de condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo que le aseguren al trabajador una existencia digna.
- C. Capacitación profesional de los trabajadores.
- D. Una política de empleo que tienda a garantizar que habrá trabajo para todas las personas disponibles al efecto. Y
- E. Protección contra el desempleo.

III. DERECHO AL TRABAJO Y REALIDAD DE LA EMPRESA EN COSTA RICA.

La legislación costarricense, al igual que la mayoría de las legislaciones latinoamericanas reconoce el derecho al trabajo, pero además, considera que el ejercicio de ese derecho representa el cumplimiento de una obligación del trabajador para con la sociedad. En efecto, el artículo 56 de la Constitución Política de Costa Rica establece que *"El trabajo es un derecho del individuo y una obligación con la sociedad. El Estado debe procurar que todos tengan ocupación honesta y útil, debidamente remunerada, e impedir que por causa de ella se establezcan condiciones que en alguna forma menoscaben la libertad o la dignidad del hombre o degraden su trabajo a la condición de simple mercancía. El Estado garantiza el derecho de libre elección de trabajo"*.

En la anterior declaración trató el constituyente costarricense de sintetizar los diversos aspectos que comprende el derecho al trabajo, antes expuestos, los cuales aparecen luego ampliados en otras normas constitucionales, contenidas todas en el Título V de la Carta Política, relativo a Derechos y Garantías Sociales.

A. SALARIO JUSTO.

En primer lugar, el artículo 57 consagra el derecho al salario mínimo que es la fórmula adoptada por la mayoría de los Estados para garantizar al trabajador la suficiencia y remunerabilidad del salario, el cual constituye, su único ingreso y es el medio de subsistencia para él y su familia. El citado artículo 57 persigue la finalidad de que el salario mínimo le procure al trabajador *"bienestar y existencia digna"*. Conforme al párrafo segundo de la misma norma, *"Todo lo relativo a fijación de salarios mínimos estará a cargo del organismo técnico que la ley determine"*. Ese organismo creado por Ley No.

832 de 4 de noviembre de 1949 se llama Consejo Nacional de Salarios, está integrado por tres representantes del Estado, tres de los empresarios y tres de la clase trabajadora, y hace las fijaciones anualmente.

El ordenamiento jurídico costarricense establece, pues, un sistema bastante eficiente que garantiza a todos los trabajadores salarios mínimos en las diversas profesiones y oficios pero al propio tiempo prevé instrumentos que les permitan lograr el reconocimiento de remuneraciones superiores a las fijadas en el Derecho Ejecutivo que le imprime carácter legal y obligatorio a la recomendación que sobre el particular formula el mencionado Consejo, además de la posibilidad de que esa obtención de salarios superiores se realice a través de la contratación individual.

Dos, son principalmente, los aludidos instrumentos, a saber: el planteamiento por parte de los trabajadores, al patrono, de un conflicto "de carácter económico-social", es decir, de intereses, lo que pueden hacer ellos por el sistema de coalición, esto es, sin necesidad de estar constituidos en sindicato; y la celebración de una convención colectiva de trabajo.

El primero de los procedimientos indicados está regulado por el Código de Trabajo en sus artículos 497 y 537 y comprende como medios de solución el arreglo directo, la conciliación y, en su caso, el arbitraje, debiendo advertirse que estos dos últimos se cumplen ante Tribunales Judiciales, y que el arbitraje es, por lo general, facultativo y únicamente obligatorio cuando la controversia afecta a uno de los servicios públicos taxativamente enumerados por la ley.

Las partes en conflicto también pueden acudir, en forma voluntaria, ante el Ministerio de Trabajo, el cual está facultado, conforme a la ley, para intervenir en esos casos, por medio de conciliadores, para tratar de lograr un arreglo que ponga fin al conflicto.

En el evento de que fracasaren todos esos medios de solución y de que no fuere convenido por las partes someter la controversia a arbitraje, ni éste sea obligatorio, según lo expresado antes, los trabajadores pueden acudir, en último término, a la huelga, como instrumento de presión, siempre que se lleve a cabo en forma pacífica y que los huelguistas representen el porcentaje requerido por

la ley. (Artículos 364, 366, 368, 517 y 518 del Código de Trabajo).

En cuanto a las convenciones colectivas de trabajo, el artículo 56 *ibídem* impone a todo patrono particular que emplee en su empresa los servicios de más de la tercera parte de los trabajadores sindicalizados, la obligación de celebrar con el respectivo sindicato mayoritario, una convención colectiva.

Tanto la Constitución, en su artículo 62, como la propia ley (artículo 55 del Código de Trabajo), confieren fuerza de ley a las estipulaciones de la convención colectiva.

B. JORNADA.

En el artículo 58 de la Constitución Política se señalan los límites de la jornada de trabajo, acogiéndose al efecto las fijaciones hechas por la Convención de la Organización Internacional del Trabajo celebrada en Washington en 1919 (ocho horas en jornada diurna y seis en jornada nocturna), disponiéndose que la ley podrá establecer casos de excepción muy calificados. Esos principios son desenvueltos por los artículos 135 a 146 del Código de Trabajo, contemplándose los períodos de suspensión dentro de la jornada continua, el pago adicional por la jornada extraordinaria y los casos de excepción a los límites fijados. Estos casos de excepción se refieren a empleados de confianza, representantes del patrono y trabajadores que no cumplen su cometido dentro del establecimiento, para quienes se establece una jornada hasta de doce horas, con un descanso dentro de la misma de hora y media.

C. DESCANSOS.

El artículo 59 de la Constitución Política consagra los derechos de descansos semanal y vacaciones anuales. El primero no es de pago obligatorio, salvo desde luego convenio entre las partes, uso o costumbre o que se trate de trabajadores que prestan servicios en establecimientos de comercio (artículo 152 del Código de Trabajo). En cuanto a las vacaciones sí son remuneradas y su mínimo es de dos semanas por cada cincuenta semanas de trabajo (artículo 153 *ibídem*). Este mínimo se encuentra superado, en la realidad, por medio de convenciones colectivas en las cuales se toma en cuenta la antigüedad del empleo para aumentar proporcionalmente y hasta cierto límite el período de descanso (5). Lo mismo ocurre tratándose de los tra-

(5) *Convenciones colectivas celebradas en Costa Rica.* Derecho, San José, 1976. Publicación de la Universidad de Costa Rica. Facultad de

bajadores del Estado protegidos por el Estatuto de Servicio Civil o de las Instituciones Autónomas, regidas por sus propios reglamentos. También existen regímenes especiales para los maestros y profesores (6), empleados y funcionarios del Poder Judicial (7), etc.

D. DERECHO SINDICAL.

Uno de los postulados del Derecho Laboral Moderno es la libertad de que deben gozar los trabajadores, para constituir organizaciones con personalidad jurídica, a fin de fomentar y defender los intereses de aquéllos, sobre todo a través de la negociación colectiva. Ese derecho, reconocido por los Convenios números 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificados por Costa Rica, está consagrado por el artículo 60 de la Constitución Política, el cual, en concordancia con el primero de los citados convenios, confiere igual facultad a los patronos.

Por su parte el artículo 262 del Código de Trabajo atribuye también a los sindicatos otros fines importantes al declarar *"de interés público la constitución legal de las organizaciones sociales, sean los sindicatos, como uno de los medios más eficaces de contribuir al sostenimiento y desarrollo de la cultura popular y de la democracia costarricense"*.

Cabe advertir que conforme a nuestro régimen legal la sindicación no es obligatoria, pues el artículo 25 de la Constitución Política expresa que *"Nadie podrá ser obligado a formar parte de asociación alguna"*. Por otro lado, el artículo 58 inciso f) del Código de Trabajo dispone que no será válida en la convención colectiva *"la cláusula que obligue al patrono a renovar el personal a solicitud del sindicato de trabajadores, o cualquiera otra que ponga en condiciones de manifiesta inferioridad a los no sindicalizados"*.

Para la formación de un sindicato de trabajadores nuestra ley exige un mínimo de veinte afiliados y para constituir un sindicato patronal, requiere por lo menos cinco patronos de la actividad de que se trata. (Artículo 273 del Código Laboral).

Si bien existe libertad para la creación de estas organizaciones, la ley establece que, para que adquieran personalidad jurídica deben estar inscritas en el Registro respectivo a cargo del Departamento

de Organizaciones Sociales del Ministerio de Trabajo. A ese efecto debe ser presentada una solicitud junto con copia del acta constitutiva y de los estatutos. (Artículo 273 ibídem).

La disolución de un sindicato por alguna de las causales expresamente previstas por la ley, solamente puede ser acordada por los Tribunales de Trabajo, en virtud de sentencia firme que así lo disponga dictada en el proceso que al efecto debe seguirse con intervención de los personeros de aquél. (Artículos 280, 281 y 395-inciso b del mismo Código).

E. SEGURIDAD E HIGIENE DEL TRABAJO.

Uno de los supuestos para que el derecho al trabajo tenga efectiva realización es el de que los trabajadores laboren en condiciones de seguridad e higiene que le garanticen protección durante el ejercicio de sus ocupaciones. Por ello el artículo 66 de la Constitución impone a los patronos la obligación de adoptar en sus empresas las medidas necesarias para la higiene y seguridad del trabajo; y el artículo 193 de la Ley Laboral extiende ese deber a la adopción *"de las precauciones necesarias para proteger eficazmente la vida, la salud y la moralidad de los trabajadores"*. Al efecto, existe un Reglamento General de Seguridad e Higiene de Trabajo que regula extensamente esa materia (8).

F. RIESGOS PROFESIONALES.

El Código de Trabajo costarricense contiene, entre sus diversos capítulos, un sistema, si bien no actualizado, de reparación por riesgos profesionales, regulado por los artículos 203 a 261, del cual están excluidos los servidores domésticos, los trabajadores a domicilio y los trabajadores eventuales ocupados, sin ánimo de lucro, por una persona física en un trabajo y obra que dure menos de cinco días.

Este régimen, basado en la teoría del riesgo profesional, contempla indemnizaciones por incapacidad temporal y por incapacidad permanente la que puede ser parcial o absoluta. En el caso de impedimento la indemnización se paga por el sistema de rentas periódicas, durante cinco años, si la incapacidad es parcial y durante diez años, si es absoluta. El monto de esa renta se fija a base del

(6) Código de Educación.

(7) Ley Orgánica del Poder Judicial.

(8) Decreto Ejecutivo No. 1 de 2 de enero de 1967.

salario anual de la víctima y de un porcentaje que establece la tabla que contiene la ley, en la primera de las indicadas situaciones y de dos tercios de ese salario, en la segunda de ellas.

Cabe señalar que el comentado régimen, por disposición constitucional, está al margen del sistema de seguridad social y que el seguro contra riesgos profesionales es costado exclusivamente por los patronos. (Artículo 73 de la Constitución).

Es interesante anotar que en Costa Rica el contrato de seguro sobre riesgos de cualquier género es monopolio del Estado, el cual lo administra por medio de una institución autónoma denominada Instituto Nacional de Seguros. (Ley No. 12 de 30 de octubre de 1924).

El seguro contra riesgos profesionales fue incluido dentro de los seguros de carácter comercial, en el año mil novecientos veinticinco, en que se dictó la primera Ley sobre Accidentes de Trabajo y, en consecuencia, se puso a cargo de la mencionada institución, lo que aún se mantiene. Cabe hacer la observación de que la Junta Directiva de ésta, por medio de acuerdos, ha mejorado algunas de las indemnizaciones correspondientes a infortunios del trabajo, establecidas por el Código de Trabajo. Este seguro no es obligatorio para todas las actividades y empresas, sino únicamente para las que enumera taxativamente la ley.

G. SEGURIDAD SOCIAL.

No hay duda de que uno de los principales componentes del derecho al trabajo es la seguridad social. Como expresa acertadamente el autor Francisco Walker Linares *"El trabajo humano, en especial el asalariado, tiene constantemente un porvenir incierto, lo amenaza el fantasma trágico de la inseguridad, estando expuesto a riesgos fatales que el trabajador no puede impedir y que dejan a éste o a los suyos en una situación angustiosa. Estos riesgos son: el accidente de trabajo, la enfermedad, la invalidez, la vejez, el paro o desocupación forzosos y la muerte. A estos riesgos pueden agregarse la enfermedad profesional, que se asimila al accidente de trabajo y la maternidad"*. *"Para hacer frente a los riesgos citados se necesita una institución especial. . . que en todo momento pueda auxiliar al trabajador o a su familia cuando esté imposibilitado para el trabajo; esta institución es la de los seguros sociales. . ."* (9).

Nuestra Constitución establece en su artículo

73 los seguros sociales *"en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a éstos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que la ley determine. La administración y el gobierno de los seguros sociales estarán a cargo de una institución autónoma denominada Caja Costarricense de Seguro Social. . ."*

La Ley No. 17 de 22 de octubre de 1943 desenvuelve los principios sustentados en la norma constitucional antes transcrita. En su artículo 2 establece que *"El Seguro Social obligatorio comprende los riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez, vejez y desempleo involuntario; además, comporta una participación en las cargas de maternidad, familia, viudedad y orfandad y el suministro de una cuota para entierro, de acuerdo con la escala que fije la Caja, siempre que la muerte no se deba al acaecimiento de un riesgo profesional"*. Esta salvedad se debe a que, según queda expuesto, existe un régimen especial y separado para los riesgos profesionales.

Por su parte el artículo 3 de la mencionada ley dispone que *"las coberturas del Seguro Social y el ingreso al mismo serán obligatorios para todos los trabajadores manuales e intelectuales que ganen sueldo o salario, y el monto de las cuotas que por esta ley deben pagar se calculará sobre el total de las remuneraciones respectivas"*.

El propio artículo 3 autoriza a la Caja para determinar por medio de reglamentos los requisitos de ingreso a cada régimen de protección, así como los beneficios y condiciones en que éstos se otorguen. También autoriza esa misma disposición a la mencionada Junta para tomar los acuerdos necesarios a fin de extender progresivamente los servicios de la Caja a todo el país, conforme lo permitan sus recursos materiales y humanos y para fijar la fecha en que el Seguro Social será aplicado a los trabajadores independientes.

En uso de esas atribuciones la Junta Directiva de la Institución dictó los reglamentos correspondientes a los regímenes sobre los riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez, vejez y muerte.

También reglamentó el seguro de los trabajadores independientes, el cual es voluntario. El riesgo de desempleo involuntario no ha sido asumido aún por la Caja.

(9) *Noiones Elementales de Derecho del Trabajo*, Santiago, Editorial Nascimento, 4a. Edición, pág. 404.

H. INSPECCION DEL TRABAJO.

El Código Laboral costarricense contiene principios sobre inspección del trabajo, "para que se cumplan y respeten las leyes, convenios colectivos y reglamentos concernientes a las condiciones de trabajo y a previsión social", según lo ordene el artículo 88 del Código de Trabajo. Esa inspección se extiende a todos los centros de trabajo "cualquiera que sea su naturaleza" como lo indica expresamente el artículo 89 ibídem, de modo que nuestra ley, en ese particular, amplía los alcances del Convenio No. 81 de la Organización Internacional del Trabajo, del año 1947, sobre la inspección del trabajo, el cual se circunscribe a las actividades de la industria y el comercio.

Cuando los Inspectores de Trabajo, en ejercicio de sus funciones comprueban el incumplimiento de disposiciones sobre condiciones laborales o de previsión social, hacen una prevención al respectivo patrono para que se ponga a derecho, dentro de un término prudencial y vencido éste realizan otra visita de revisión al centro de trabajo. En el caso de que subsista el incumplimiento, el Departamento de Inspección General de Trabajo formula la denuncia o acusación respectiva ante el Tribunal de Trabajo competente. (Artículo 92 del Código de Trabajo).

También realiza la mencionada dependencia labor preventiva instruyendo a patronos y trabajadores acerca de sus derechos y obligaciones.

I. DERECHO PROCESAL DE TRABAJO.

Para que tenga cabal realización la legislación laboral es necesario, indudablemente, que se le complemente con un sistema adecuado de procedimientos que permita a los trabajadores obtener por medio de una acción entablada ante Tribunales especiales y mediante un proceso sumario y gratuito, el cumplimiento de las normas sustantivas, cuando el patrono no acata en forma voluntaria los mandatos de éstas.

La Constitución Política de Costa Rica, en su Capítulo de Derechos y Garantías Sociales prevé el establecimiento de una jurisdicción de trabajo,

dependiente del Poder Judicial, como un supuesto necesario para que el derecho al trabajo sea efectivo. Conforme lo expresa acertadamente el autor español José Vida Soria "el contrato de trabajo es para el trabajador más que un simple vínculo jurídico; es realización práctica de ese difuso derecho al trabajo constitucionalmente impuesto" (10), y en el desarrollo de las relaciones laborales surgen a veces diferencias o conflictos entre patronos y trabajadores, que deben ser sometidos a jueces especializados, como lo aconseja la doctrina (11).

El ordenamiento jurídico costarricense establece, para el conocimiento de los conflictos jurídicos, sean éstos individuales o colectivos, Tribunales de Derecho y para la resolución de conflictos de intereses, Tribunales de Conciliación y Arbitraje, integrados por un Juez de Derecho, un representante de la clase empresarial y otro de la clase obrera, nombrados todos por la Corte Suprema de Justicia. Los mencionados representantes son escogidos de las listas que las respectivas organizaciones sindicales presentan a la Corte. (Artículos 395, 398 y 400 del Código de Trabajo).

En lo que se refiere al proceso laboral, está inspirado en los principios de oralidad, inmediatez e impulso procesal de oficio y además es gratuito.

Se le da énfasis a la conciliación, la cual puede intentarse en cualquier comparecencia en que estén presentes, ambas partes. Si éstas celebran un arreglo que no sea contrario a las leyes de trabajo, el Juez lo aprobará, poniéndose así término a la controversia.

Los tribunales gozan de amplias facultades para ordenar pruebas para mejor proveer en cualquier estado del juicio y gozan de la atribución de apreciar todas las que se aportaren al proceso, en conciencia, sin sujeción a las normas de derecho común.

Con algunas limitaciones la ley concede contra los fallos el recurso de apelación y aun el de casación en los juicios que versen sobre conflictos jurídicos cuya cuantía exceda de diez mil colones. (Artículos 387, 436, 468, 481, 482, 486, 494 y 549 del Código de Trabajo).

(10) *La Suspensión del Contrato de Trabajo*, Madrid, Gráficas González, 1965, pág. 17.

(11) STAFFORINI, Eduardo, *Derecho Procesal Social*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1955, páginas 150 y 151.

IV. DERECHO LATINOAMERICANO SOBRE CONDICIONES DE TRABAJO.

Puede afirmarse, sin temor a equivocación, que todas las legislaciones latinoamericanas contienen disposiciones sobre condiciones laborales para que el derecho al trabajo no sea solamente el reconocimiento de la facultad de cada persona de dedicarse a la profesión u oficio que desee, sino también la garantía de que la actividad del trabajo se desarrolle en condiciones que le permitan al trabajador llevar una existencia digna.

En lo que a textos constitucionales se refiere, la Constitución de la Argentina, en su artículo "catorce nuevo" declara: *"El trabajo en sus diversas formas, gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descansos y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección, protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial"*.

Por su parte la Constitución de Brasil también establece condiciones de trabajo que comprenden entre otros extremos, participación en las ganancias de la empresa, de acuerdo con la ley y estabilidad en el empleo.

Igualmente la Constitución de Cuba contiene disposiciones similares que garantizan también la estabilidad en el empleo.

En Chile, la Constitución no solamente garantiza el derecho al trabajo sino también a una remuneración suficiente que asegure a él y a su familia un bienestar acorde con su dignidad humana y a una justa participación en los beneficios que de su actividad provengan. El derecho a sindicarse en el orden de sus actividades o en la respectiva industria o faena, y el derecho de huelga, todo en conformidad a la ley.

La Carta Política de Guatemala en sus artículos 58 a 59 establece garantías para la clase trabajadora similares a las que contiene el artículo 123 de la Constitución Mexicana.

En El Salvador la Constitución contiene un pequeño Capítulo sobre Garantías Sociales. El artículo 148 declara que el trabajo debe considerarse como un deber social y goza de la protección especial de la ley, y ésta debe asegurar al trabajador las condiciones mínimas de una existencia digna.

Haití: Su Constitución también comprende normas sobre condiciones de trabajo.

La de Honduras, además de reglas sobre protección al trabajo, contiene principios sobre estabilidad en el empleo.

Méjico: Es de sobra sabido que la Carta Política de este país, consagró, en su conocido artículo 123 una serie de principios básicos sobre derecho de trabajo, anticipándose a todas las demás naciones del mundo y ejerciendo una influencia saludable sobre las otras constituciones de Latinoamérica.

Panamá: El capítulo constitucional sobre trabajo contiene un conjunto de principios sobre salario mínimo, igualdad de salario, irrenunciabilidad de derechos, jornada de trabajo, enseñanza profesional, participación en las utilidades de la empresa, derecho de huelga y organización sindical.

En la Carta Política de Perú figura un Capítulo sobre Garantías Sociales y condiciones de trabajo, que incluye, además de los principios conocidos, participación en las utilidades. (Artículos 42 a 48).

Venezuela: Su Constitución enuncia los derechos sociales sobre los cuales el Estado venezolano asienta los principios fundamentales que lo orientan en relación con el trabajo, incluyendo, además de lo relativo a salarios y jornadas, la estabilidad en el trabajo, relaciones colectivas, organización sindical, derecho de huelga, y seguridad social (artículos 84 a 94).

Como puede apreciarse, existe un Derecho Constitucional Latinoamericano, sobre garantías y condiciones de trabajo, que en lo fundamental es coincidente, si bien en algunos Estados es más avanzado que en otros. Esos principios a su vez son desenvueltos por las legislaciones ordinarias de trabajo (12).

(12) ZAVALA, Juan O.; *"Las constituciones vigentes. América"*, Buenos Aires, 1961, Editorial Perrot. Tomos I y II. *El Derecho Latinoamericano del Trabajo*. Varios Autores, Universidad Autónoma de México, México, D.F. 1974.

V. CAPACITACION PROFESIONAL.

A. PROGRAMAS A CARGO DEL ESTADO.

En el aspecto de la formación profesional, no es sino hasta en los últimos años que en Costa Rica se ha esbozado y realizado una política amplia y sistematizada sobre este problema de tanta importancia. Al parecer ello no es únicamente propio de nuestro país, sino que así ha acontecido por lo general en América Latina.

En la publicación "Noticias de la O.I.T." en uno de sus primeros números de 1964, se publicó un artículo titulado "Mano de obra calificada, problema básico para América Latina. El ejemplo del S.E.N.A. colombiano", en el cual se consignan los siguientes párrafos:

"Uno de los problemas económicos más premiosos para América Latina es el de la industrialización. Los países de este continente anhelan despojarse de su actual condición de simples proveedores de materias primas minerales o agrícolas y crear nuevas industrias que les permitan primero, abastecer sus propias necesidades de consumo y luego, exportar los excedentes de ellos a los mercados mundiales. Pero la industrialización reclama como requisitos previos la inversión de capital nacional y extranjero, la adquisición de maquinarias y sobre todo, la formación de mano de obra calificada. Allí reside el punto débil en la mayoría de los sistemas económicos nacionales. El trabajador latinoamericano no ha dispuesto hasta la fecha en forma suficiente de las escuelas e institutos que le otorguen enseñanza adecuada en las diferentes profesiones y oficios que requiere la tecnología moderna. Solamente en los últimos años, los gobiernos de América Latina han consagrado a este problema la importancia que merece, creando institutos y escuelas de formación profesional".

En nuestro país, antes de la creación de un instituto especializado de formación profesional, solamente existían varias escuelas vocacionales y de artes y oficios, oficiales algunas y privadas otras, previstas por el artículo 17 de la Ley Fundamental de Educación, que realizaban su cometido en muy pequeña escala. Por Ley No. 3506 de 21 de mayo de 1965 se creó el Instituto Nacional de Aprendizaje, el cual tiene como finalidad "contribuir al desarrollo económico y al mejoramiento de las condiciones de vida del pueblo costarricense,

por medio de la formación de aprendices y la capacitación, tanto de los trabajadores al servicio de la industria, la agricultura, la ganadería, el comercio y los servicios, como de los empleados y funcionarios del Estado y de sus instituciones autónomas y semiautónomas" (artículo 2 de la ley citada).

Posteriormente, a la creación y puesta en práctica del mencionado organismo, se promulgó la Ley de Aprendizaje No. 4903 de 16 de noviembre de 1971, reformada por la No. 5833 de 30 de octubre de 1975, la cual derogó los artículos 114 a 117 del Código de Trabajo que se referían a esta materia. La Ley de Aprendizaje contiene las disposiciones y autorizaciones legales para que el Instituto Nacional de Aprendizaje pueda colocar en las empresas a sus estudiantes que están en proceso de formación, a efecto de que adquieran la experiencia necesaria al poner en práctica sus conocimientos. En ese período, el aprendiz recibe un salario que si bien es inferior al mínimo legal correspondiente, le ayuda a hacer frente a sus necesidades. Además faculta la misma ley al Ministerio de Trabajo para que autorice la contratación en los centros de trabajo, de trabajadores principiantes, también con un salario inferior al mínimo legal. El Ministerio, debe, al efecto, asegurar la protección de los trabajadores principiantes sobre todo en lo referente a la salud y a las facilidades para la realización de sus estudios. De acuerdo con la ley (artículo 5) están comprendidos en la calificación de trabajadores principiantes los "Adolescentes entre trece y dieciocho años que sean empleados en ocupaciones semicalificadas, lo mismo que los adolescentes entre quince y veinte años de edad, que sean dedicados a ocupaciones calificadas que no sean objeto de aprendizaje".

Esos trabajadores principiantes pueden ser contratados a base de un salario que, durante el primer año, sea por lo menos equivalente al cincuenta por ciento del mínimo legal y durante el segundo año no puede ser inferior al setenta y cinco por ciento de ese salario. En el tercer año deben recibir el total del mínimo legal asignado a un trabajador ordinario, por el decreto respectivo.

"La introducción de este concepto 'trabajador principiante', en la legislación laboral y social del país responde a las condiciones y circunstancias prevalecientes en Costa Rica, en virtud de las cuales un gran número de jóvenes, por una u otra razón ajena a ellos y a sus padres, no pueden continuar en el colegio y se encuentran en la necesidad, sea de aprender un oficio, sea de contribuir al ingreso familiar, así como al hecho de que muchas

empresas pequeñas y medianas que estando en capacidad de ofrecer a estos jóvenes una ocasión de aprender un oficio semicalificado no pueden pagarles el salario mínimo completo" (13).

El artículo 8 del Reglamento de la Ley de Aprendizaje (Decreto Ejecutivo No. 2497 de 28 de agosto de 1972), define la ocupación semicalificada, como ". . .aquella que comprende un cierto número de operaciones más o menos complejas, que se repiten con un ritmo impuesto por el proceso de trabajo. . .".

B. LA CONTRIBUCION DE LA EMPRESA EN LA FORMACION PROFESIONAL DE LOS TRABAJADORES.

Aparte del aspecto antes expuesto relativo al aprendizaje que puedan realizar los adolescentes en las empresas y a la aplicación práctica en las mismas de los conocimientos que adquieran en el Instituto Nacional de Aprendizaje o en otros centros, mediante los contratos respectivos autorizados por la ley que rige en la materia, la empresa contribuye también en nuestro país a la formación profesional de los trabajadores en virtud de estipulaciones pactadas en convenciones colectivas de trabajo, aunque en pequeña escala.

Del estudio de las convenciones colectivas celebradas en Costa Rica en el período comprendido entre 1968 y 1974 puede hacerse al respecto, la siguiente síntesis:

1. La mayoría de esas cláusulas conceden a cierto número de trabajadores licencia para asistir a cursos de adiestramiento o capacitación, ya sea en el Instituto Nacional de Aprendizaje o en otros Institutos.
2. En algunos convenios la empresa reconoce a tales trabajadores el salario completo o parte del mismo correspondiente a las indicadas licencias, sobre todo cuando la capacitación del trabajador es en interés de la actividad de la empresa.
3. En menor número de convenios, la empresa, además, paga al trabajador la totalidad o parte de los gastos que ocasionan los cursos de capacitación.
4. En otras convenciones se establece la

cláusula de que una vez que el trabajador haya realizado con éxito el curso de capacitación profesional, tendrá derecho a un aumento de su salario.

5. En casos excepcionales la empresa se comprometió a impartir por su cuenta cursos de capacitación o perfeccionamiento profesional, y además, a aumentar el sueldo a los trabajadores que aprobaran tales cursos (14).

VI. POLITICA DE EMPLEO.

Ningún instrumento jurídico tiene validez en la materia del empleo si no se toman medidas integrales desde el punto de vista político, tendientes a la expansión económica y cuyo fin prioritario sea el pleno empleo productivo y libremente elegido, como se expresa en las consideraciones que sirven de fundamento al convenio No. 122 de la O.I.T., relativo a la Política del Empleo, de 1964, el cual fue ratificado por Costa Rica por Ley No. 3640 de 6 de enero de 1966. Por ello es de interés referirse a la legislación costarricense que tiene por objetivo desarrollar esa política de empleo.

La Ley de Protección y Desarrollo Industrial No. 2426 de 3 de setiembre de 1959 reformada por leyes posteriores tuvo como principal objetivo el desarrollo de algunas industrias, la diversificación y fortalecimiento en general de la actividad económica del país, para canalizar el ahorro nacional y las inversiones foráneas, a fin de crear nuevas fuentes de trabajo, que además, ofrecieran a los trabajadores mejores remuneraciones. Con ello se trató de combatir no solamente el desempleo, sino también el subempleo en su forma de salario insuficiente para la satisfacción de las necesidades básicas del trabajador.

Dentro de este orden de ideas, el instrumento de mayor importancia dentro de la política de empleo en nuestro país, es el Plan Nacional de Desarrollo 1974-1978, que persigue los siguientes objetivos a largo plazo: 1.— Disminución de la brecha social. 2.— Reducción de los niveles de desempleo y subempleo. 3.— Mantención del crecimiento y transformación de la estructura productiva (15).

(13) Exposición de motivos de la Ley de Aprendizaje.

(14) *Convenciones Colectivas Celebradas en Costa Rica, (1968-1974)*. Publicación de la Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Instituto de Derecho Social, San José, 1976.

(15) *Empleo y Brecha Social. Una estrategia de Desarrollo. La experiencia en Costa Rica*. Publicación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, San José, 1975, página 15.

VII. PROTECCION CONTRA EL DESEMPLEO.

La protección contra el desempleo comprende fundamentalmente tres aspectos:

- A. Estabilidad
- B. Seguro contra el desempleo
- C. Instituciones para la colocación de los trabajadores.

A. ESTABILIDAD.

1. Concepto.

Según expresa el tratadista Mario L. Deveali, *"La estabilidad en sentido propio, consiste en el derecho del empleado a conservar el puesto durante toda su vida laboral (o sea, en el caso de existir jubilaciones o pensiones por vejez e incapacidad), hasta cuando adquiere el derecho a la jubilación o pensión, no pudiendo ser declarado cesante, antes de dicho momento, sino por algunas causas taxativamente determinadas"* (16).

"La estabilidad constituye una aspiración de amplios sectores de los trabajadores que se proponen conseguir mediante ella, cierta seguridad en el empleo. Se trata de evitar los despidos arbitrarios, realizados por mero capricho o por motivos extremadamente fútiles que de un día a otro pueden hundir al trabajador y a su familia en la miseria y la desesperación. La estabilidad importa, con la seguridad del trabajo, la del salario correspondiente, que es el factor más importante para la tranquilidad del obrero y de su familia" (17).

Revisando el Derecho de Trabajo latinoamericano encontramos que son muy pocos países los que tienen consagrada en su legislación la garantía de estabilidad en el empleo, en el sentido en que la concibe el Dr. Deveali en el párrafo antes transcrito. Entre esos países podemos citar especialmente a Brasil (18) y a México (19).

En la mayoría de las aludidas legislaciones se concede al trabajador una estabilidad que puede calificarse de relativa y que se traduce en la obligación, a cargo del empleador, de pagar determinadas indemnizaciones fijadas por la ley, en el caso de que el despido del trabajador llegue a ser calificado

como injusto por los tribunales, pero sin que exista el derecho para éste de ser restituido en el cargo que ocupaba.

2. Legislación costarricense.

En lo que se refiere a la legislación costarricense cabe decir que ella no tiene establecido, para los trabajadores de la empresa privada el principio de la estabilidad absoluta. En cambio, establece una protección mucho más efectiva para los trabajadores del sector público. En efecto, el artículo 192 de la Constitución Política dispone que *"Con las excepciones que esta Constitución y el estatuto de servicio civil determinen, los servidores públicos. . . sólo podrán ser removidos por las causales de despido justificado que exprese la legislación de trabajo, o en el caso de reducción forzosa de servicios, ya sea por falta de fondos o para conseguir una mejor organización de los mismos"*.

Ese principio fue desenvuelto por el Estatuto de Servicio Civil (Ley No. 1581 de 30 de mayo de 1953, adicionada por la Ley No. 4565 de 4 de mayo de 1970), el cual, sin embargo, regula únicamente las relaciones entre el Poder Ejecutivo y sus servidores (artículo 1), de modo que quedan excluidos, en principio, de la aludida protección, los demás servidores del Estado y de sus Instituciones, si bien algunas leyes o reglamentos especiales establecen la estabilidad en la forma que la consigna el texto constitucional antes transcrito, para los trabajadores de determinadas instituciones autónomas y de las municipalidades (20).

En otros casos la convención colectiva de trabajo ha venido a dar dicha protección a esos trabajadores del Estado no comprendidos en el Estatuto de Servicio Civil. Cabe mencionar que conforme a éste, los empleados incluidos en el mismo no pueden ser despedidos de sus cargos a menos que incurran en causal de despido, según lo establece el Código de Trabajo, o por reducción forzosa de servicios, ya sea por falta de fondos o para conseguir una mejor organización de los mismos (artículo 37). En el primer caso, debe levantarse una información en la que se le da intervención y se le concede el derecho de defensa al empleado. Esas informaciones las tramita un organismo adminis-

(16) *Lineamientos del Derecho de Trabajo*. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1948, pág. 193.

(17) *Idem*, pág. 200.

(18) Mencionada por DEVEALI, Mario L., en ob. cit., pág. 208.

(19) Artículo 48 de la Ley Federal del Trabajo de México.

(20) Código Municipal.

trativo, pero el fallo que al respecto dicta el Tribunal de Servicio Civil es apelable ante el Tribunal Superior de Trabajo que forma parte del Poder Judicial. (Artículos 43 y 44 del Estatuto). En los casos de reducción forzosa de servicios debe hacerse la respectiva demostración ante el Tribunal Administrativo antes aludido, teniendo el empleado derecho a una indemnización en el evento de que se le separe.

En lo que respecta a los trabajadores del sector privado, el Código de Trabajo solamente les concede una relativa estabilidad, la cual se deriva de las disposiciones que establecen que si el empresario despide a un trabajador, después del período de prueba, por su sola voluntad, debe darle aviso de acuerdo con los términos de ley, o abonarle el importe correspondiente, y, además, pagarle una indemnización por concepto de auxilio de cesantía, regulada conforme a la duración de la correspondiente relación laboral. (Artículos 28 y 29 del mencionado Código). En el caso de que el patrono despidiere a un trabajador invocando que éste incurrió en causal de separación y no la demostrare en el juicio laboral que al efecto se siga, deberá reconocerle, además de las prestaciones antes indicadas, los salarios caídos correspondientes al tiempo que dure el juicio, pero los Tribunales por vía de jurisprudencia, han limitado ese pago al tiempo en que razonablemente debe tramitarse y resolverse la causa.

En principio nuestro Código de Trabajo no establece el derecho de reinstalación del trabajador, en las situaciones de despido injusto, se bien sus artículos 502 y 503 parecen consagrar ese derecho para el supuesto de que ese despido se realice mientras esté pendiente un conflicto de intereses, pues se exige que toda terminación de contratos individuales debe ser autorizada previamente por el Juez que conoce del conflicto lo que desde luego hace imposible el despido realizado por la sola voluntad del patrono.

Mediante convenciones colectivas los trabajadores de la empresa privada han logrado mejorar la relativa garantía de estabilidad que el Código de Trabajo consagra. Las principales estipulaciones que al respecto contienen esas convenciones colectivas pueden resumirse de la siguiente manera:

1. Obligación de la empresa de someter a conocimiento de una Junta de Relaciones Laborales la procedencia o improcedencia de todo despido que, con carácter de justificado se vaya a realizar. La mencionada Junta es de formación paritaria, dándose

además, intervención, en algunos casos, a funcionarios del Ministerio de Trabajo.

2. El veredicto de la Junta es obligatorio en algunas de las convenciones, pero en la mayoría no tiene ese carácter. En el primer supuesto, si el pronunciamiento se hace con posterioridad al despido, el patrono está obligado a reinstalar al trabajador y a abonarle el pago de salarios caídos, o bien a pagarle una indemnización adicional a la prevista por la ley para estas situaciones.
3. En los convenios que no le dan carácter obligatorio al pronunciamiento de la Junta de Relaciones Laborales, se establece, sin embargo, que si los Tribunales llegan a calificar como injustificado el despido, el patrono está obligado bien a reinstalar al trabajador o a indemnizarlo en la forma indicada en el párrafo anterior.

B. SEGURO CONTRA EL DESEMPLEO.

Si bien nuestra Constitución Política en su artículo 63 prevé la creación del seguro contra el desempleo, como sustituto del auxilio de cesantía, y la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social No. 17 de 13 de octubre de 1943, en su artículo 2 expresa que el Seguro Social comprende, entre otros, el riesgo de "desempleo involuntario", es lo cierto que hasta la fecha no ha sido establecido el mismo por la Junta Directiva de la mencionada institución.

C. SERVICIO DEL EMPLEO.

Costa Rica ratificó el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo No. 88 de 1948, sobre el servicio de empleo, por Ley No. 2561 de 11 de mayo de 1960. Ese convenio obliga a los estados suscritores a mantener, o garantizar el mantenimiento de un servicio público y gratuito del empleo, que tenga como meta lograr la mejor organización posible del mercado del empleo.

Por Decreto No. 201 de 5 de octubre de 1948 se dispuso la creación de una Oficina de Empleo, para el estudio y resolución de los problemas relativos a esta materia y ayudar a los trabajadores que afrontaran la situación de desempleo. Esta oficina comenzó a desarrollarse teniendo como fin primordial la relación entre empresas y trabajadores desempleados a efecto de llevar a cabo la recepción de ofertas y colocar dichos trabajadores.

También ratificó nuestro país el Convenio de la O.I.T., No. 96 de 1949, relativo a las Agencias

Retribuidas de Colocación por la misma Ley No. 2561 antes mencionada y prohibió las Agencias de Colocación en manos de particulares.

Por Ley No. 11 de 31 de mayo de 1960 se creó la Oficina Nacional de Empleo que vino a fortalecer la que existía en 1948, y a desarrollar en una forma más amplia el principio que consagra el artículo 56 de nuestra Constitución Política relativo al derecho al trabajo e impone al Estado la obligación de procurar que todos tengan ocupación honesta y útil, debidamente remunerada.

VIII. LA EMPRESA.

A. CONSIDERACIONES GENERALES.

Como advierten certeramente los autores españoles Bayón Chacón y Pérez Botija, *"el problema de la empresa constituye hoy uno de los más candentes, no sólo del Derecho del Trabajo, sino de la estructura social contemporánea. En la práctica se advierten una serie de ensayos y concesiones favorables a su consideración como algo más que una propiedad privada (intervencionismo, regulación de situaciones y derechos del personal, jurados y comités de empresa, cogestión, participación en beneficios, accionariado, formas cooperativas, etc.)"* (21).

Desde luego no cabe examinar dentro del marco de esta exposición todas esas cuestiones, pero creo de interés transcribir el siguiente concepto sobre la empresa, que contiene la resolución adoptada por el Primer Congreso Brasileño de Derecho Social: *"La empresa es una entidad autónoma, de fines económicos y de carácter institucional, en la cual se establecen relaciones de colaboración y subordinación entre el empresario y el personal de la empresa"* (22).

B. LEGISLACION COSTARRICENSE.

1. El ordenamiento jurídico costarricense no consagra el concepto institucional de la empresa y en lo que dice propiamente al Derecho Laboral, no contiene regulación de la misma. Tampoco existen normas que establezcan el derecho de los trabajadores a participación en las utilidades, si bien el artículo 164 ubicado en el capítulo sobre el salario, del Código de Trabajo expresa que el salario

puede pagarse, entre otras formas *"por participación en las utilidades del patrono"*.

Del mismo modo, son ajenos a nuestro derecho la cogestión y el accionariado obrero.

No obstante lo dicho, en la realidad existen algunas empresas que conceden a sus trabajadores participación en las utilidades y otras tienen establecidos sistemas que permiten a sus empleados llegar a ser accionistas. Estos sistemas se encuentran combinados con la institución, prevista por la ley, de auxilio de cesantía. (Artículo 29 del Código de Trabajo).

Las principales disposiciones del Código de Trabajo costarricense que se refieren a relaciones de carácter colectivo entre la empresa y sus trabajadores, son las siguientes:

El artículo 56 según el cual todo patrono particular que emplee en su empresa, o en determinado centro de producción, si la empresa por la naturaleza de sus actividades tuviere que distribuir la ejecución de sus trabajos en varias zonas del país, los servicios de más de la tercera parte de trabajadores sindicalizados tiene la obligación de celebrar con el respectivo sindicato, cuando éste lo solicite, una convención colectiva.

Si después de un período de treinta días fijado para la negociación, no hubieren llegado las partes a un acuerdo pleno sobre las estipulaciones del convenio, podrá cualquiera de ellas pedir al Tribunal de Trabajo competente que resuelva el punto o puntos en discordia.

Los artículos 66 a 68 que se refieren al reglamento interno de trabajo. Para su elaboración debe darse intervención a los trabajadores por medio de un Consejo o Comité Permanente. El trámite respectivo se lleva a cabo ante el Departamento de Asesoría Jurídica del Ministerio de Trabajo el cual se pronuncia en definitiva sobre las cláusulas del reglamento en que no hubiere acuerdo de partes o que esa Dependencia considere contrarias a la ley.

El artículo 497 que prevé la creación de los aludidos Consejos o Comités Permanentes de Trabajadores, los cuales, además de la función antes indicada, tienen facultades para plantear a nombre de los trabajadores, ante la empresa, sus quejas o solicitudes y para entablar negociaciones al respecto, pudiendo en su caso, celebrar los arreglos correspondientes.

(21) *Manual de Derecho del Trabajo*, Madrid, D. Marical Pons, 7a. Edición, 1967, pág. 113.

(22) Citado por DEVEALI, Mario L., en ob. cit., pág. 314.

2. Regulaciones derivadas de convenciones colectivas.

Complementando la legislación positiva, las convenciones colectivas en un número apreciable de empresas establece la creación de una Junta de Relaciones Laborales de integración paritaria. Por excepción se designa a un miembro neutral (generalmente funcionario del Ministerio de Trabajo), para dirimir los casos en que no se logra arreglo. Su función principal es la de actuar como mediadora en los conflictos individuales o colectivos que se produzcan en la empresa por razón del servicio. Del mismo modo, se le otorga competencia para conocer y emitir su juicio en caso de despido (tanto justificado como injustificado), permutas o sanciones que se impongan a los trabajadores. Son también funciones de la Junta, actividades tales como participar en la redacción del reglamento interior de trabajo de la empresa, en la calificación del personal, en la fijación de salarios por trabajo a destajo, en la recomendación de medidas de seguridad e higiene y en concesión de permisos sin goce de salario (23).

En las convenciones colectivas estudiadas correspondientes al período 1968-1974 no se encontraron cláusulas sobre cogestión o accionariado obrero.

C. LEGISLACION LATINOAMERICANA.

Puede afirmarse que en general la legislación latinoamericana de trabajo no consagra el carácter

institucional de la empresa y que el régimen legal que al respecto impera es similar al de la legislación costarricense.

No obstante lo anterior es importante hacer mención de que la Constitución argentina en su artículo 57 "nuevo" establece el principio de la participación de los trabajadores *"en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección"*.

Comentando esa norma el Dr. Mariano R. Tissembum expresa que la misma consigna *"tres principios que no se han considerado autónomos entre sí, sino que se interpreta, de acuerdo al debate suscitado en la Convención Constituyente, que el control de la producción, como la colaboración en la dirección, se han instituido al sólo efecto de asegurar la participación de los beneficios, por constituir ésta la norma principal"* (24).

La Constitución Política de Brasil por su parte establece la participación en las ganancias de la empresa, de acuerdo con la ley.

Asimismo la Ley Federal de Trabajo de Méjico, en su artículo 117 dispone que *"Los trabajadores participarán en las utilidades de las empresas, de conformidad con el porcentaje que determine la Comisión Nacional para la Participación de los Trabajadores en las Utilidades de las Empresas"*. La Constitución de Panamá concede, asimismo a los trabajadores, participación en las utilidades de la empresa.

(23) *Convenciones Colectivas Celebradas en Costa Rica*. Ob. Cit., pág. 63.

(24) *Derecho Latinoamericano del Trabajo*, cit. páginas 28 y 29.



KANT Y LA FILOSOFIA DEL DERECHO*

Lic. Carlos José Gutiérrez G.

Nuestro tema de hoy es hablar sobre Emmanuel Kant. Desde luego, no pretendo que una conferencia de poco más de una hora pueda darles a ustedes una visión completa de la filosofía de Kant. Se trata de un hombre demasiado importante para la filosofía occidental, de una concepción filosófica con una serie de ángulos novedosos, —es el principio de lo que se llama “el idealismo” alemán—: algunas de cuyas doctrinas requieren una serie de explicaciones previas, por lo cual, al ordenar mis apuntes, decidí que no iba a tratar de darles una visión completa de la filosofía de Kant, sino que iba a ver a Kant sólo en su relación con la filosofía del Derecho; y que iba a plantear el tema en tres partes: 1) Hablar de Kant el hombre, darles algunos datos de su vida y de su tiempo y de su ubicación en él; 2) Las contribuciones directas de Kant a la filosofía del Derecho; 3) La importancia que la filosofía general de Kant tiene para la filosofía del Derecho de los siglos posteriores, porque estamos frente a un caso muy particular: Kant no se limita a decirnos algo sobre el Derecho, sino lo que él dice sobre la realidad y sobre el conocimiento va a influir 70 años después de su muerte con el movimiento llamado neokantismo, que va a tener una influencia directa sobre la filosofía del Derecho de nuestro siglo.

1. KANT, EL HOMBRE:

En primer lugar, demos unos pocos datos biográficos: como está puesto en la pizarra, nació en 1724 y murió en 1804. Los 80 años de su vida transcurren en el siglo XVIII, y como dice Julián Marías: “El siglo XVIII se aprovecha de todas las controversias del siglo XVII, resuelve algunas de ellas, redondea algunos de sus conocimientos” (1).

En ciertos aspectos, la vida de Kant es una excepción. Hay una serie de cosas sobre la vida de las personas, y en especial sobre la de los grandes pensadores que nos atrevemos a generalizar y que no son ciertas en lo que a él respecta. Nació en Königsberg, Prusia Oriental, que hoy día, como resultado de la Segunda Guerra Mundial se llama Kaliningrad; ya no es Alemania sino la Unión Soviética. Fue hijo de un talabartero, de un artesano, el cuarto de una familia de once, y nació y creció en una familia profundamente religiosa, dentro del Pietismo que es una rama de la iglesia luterana.

Pertenece, como la mayoría de los autores de la Escuela Clásica del Derecho Natural, al Norte protestante de Europa. Había apuntado en clase que la Escuela Clásica del Derecho Natural, si bien incluye a un católico (Fernando Vásquez de

* Conferencia pronunciada en la Cátedra de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1971.

(1) *Historia de la filosofía* (Revista de Occidente, 2a. ed., Madrid, 1969), p. 269.

Menchaca, a quien hemos considerado como su iniciador), a un judío (Baruch Spinoza), es básicamente una escuela protestante, que la mayoría de sus pensadores pertenecen a las distintas sectas de la iglesia reformada. Se dedicó básicamente a la docencia: fue primero tutor en algunas familias; entró al servicio universitario como docente privado, y no fue sino a los 56 años que adquirió en propiedad la cátedra de Lógica y Metafísica en la universidad de su ciudad natal.

Era un hombre pequeño de estatura, de muy mala salud, que nunca salió más allá de 60 millas de su ciudad natal. Contra todo lo que podría esperarse, en un gran filósofo, que habría de influir los dos siglos posteriores, vivió siempre en Königsberg, en esta ciudad de Prusia; no visitó ninguna de las capitales mundiales del pensamiento, de la vida comercial o de los negocios, y llevó una vida profundamente rutinaria, tanto que existe la anécdota —que aparece en la mayoría de sus biografías— de que las amas de casa de Königsberg ponían su reloj de acuerdo con las horas en que Emmanuel Kant salía de su casa, por la forma tan metódica y regular en que lo hacía.

Antes de los 57 años no publicó ninguna obra de importancia. Contra lo que pudiera pensarse, el llamado período precrítico de su obra, hasta los 57 años, no presenta ninguna obra de importancia, y no es sino a esa edad que publica *Crítica de la razón pura*. En los 9 años siguientes, sin embargo, de los 57 a los 66 años, Kant transforma la filosofía europea con la publicación de una serie de obras que van a llevar el pensamiento idealista a una de sus cumbres. Y digo a una de sus cumbres porque el idealismo como movimiento filosófico tiene 2 cumbres: una de ellas es el pensamiento de Kant; la otra, el pensamiento de Jorge Federico Hegel. En 1781 publica *Crítica de la razón pura*; en 1783, *Prolegómeno a toda Metafísica futura que quiera presentarse como Ciencia*; en 1785, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*; en 1787, la segunda edición de la *Crítica de la razón pura*; en 1788, la *Crítica de la razón práctica*, y, en 1790, la tercera de las grandes críticas, la *Crítica del Juicio*. Estos 9 años le dan al mundo la contribución de Kant a la filosofía.

Estamos ante un fenómeno que interesa destacar, porque es característico de los filósofos del siglo XVIII. Cuando hablamos de los filósofos de la escolástica, señalamos que eran los primeros que habían tenido la condición de profesores universitarios. Es innegable que los filósofos del Renacimiento, no tienen en su mayoría esta condición.

Los pensadores del siglo XVII son intelectuales que se dedican exclusivamente a escribir, o consejeros de príncipes, alguno con intervención en la política de sus países, pero no es sino hasta el siglo XVIII que vuelve a aparecer el fenómeno de que los pensadores importantes de la época vuelvan a tener la condición de profesores universitarios. Hay una diferencia sustancial con los pensadores de la escolástica: éstos no sólo son profesores universitarios, sino que todos son clérigos. En cambio, en los pensadores del siglo XVIII, esa condición de profesor ya no tiene adjunta la posición de sacerdote, sino que son nada más personas que se dedican fundamentalmente a la enseñanza universitaria, sin ser ministros, pastores o sacerdotes de ninguna religión.

2. KANT EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO:

Kant, es un hombre del siglo XVIII. De manera que cuando nos preguntamos por su Filosofía del Derecho, tenemos que decir que Kant está ubicado dentro de lo que llamamos el tercer período de la Escuela Clásica del Derecho Natural. Hemos dividido la Escuela Clásica del Derecho Natural en tres períodos: el primero, que se inicia con Fernando Vázquez de Menchaca y luego Hugo Grocio, e incluye además los autores de la primera parte del siglo XVII, como Hobbes y Spinoza. Se caracteriza por la supresión del fundamento divino del Derecho natural y por lo que hemos llamado el Absolutismo Ilustrado, entendiendo por éste la posición de aquellos autores que, como Hobbes y Spinoza sostienen que el pacto social significó la entrega de todos los derechos al Estado, pero que afirman por otro lado como muy importante, la libertad del individuo. El segundo período está representado por John Locke y por el marqués de Montesquieu; en él, la doctrina política no puede ya ser descrita como absolutismo ilustrado, sino más bien como monarquía constitucional. Se pone énfasis en que el pacto no es la entrega de todos los derechos, sino de una parte de ellos, la necesaria para la constitución del Estado; y se habla de que todas las personas mantienen algunos de sus derechos, como derechos naturales, de los cuales la actividad del gobierno no puede privarles. En la tercera época, o la tercera etapa de la Escuela Clásica del Derecho Natural, ya no se habla de monarquía constitucional, sino que aparece, con más insistencia, el concepto de democracia, de gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo; los

aspectos racionales y la exaltación del individuo se desarrollan plenamente y se cumple otro importante paso, cual es la separación entre Derecho y Moral. En esta etapa tenemos que ubicar a Juan Jacobo Rousseau, a Cristián Tomassio y, a la par de ellos es adonde tenemos que ubicar a Emmanuel Kant.

Al analizar la Filosofía del Derecho de Kant, tenemos que ubicarla en su época, finales del siglo XVIII, y verlo como un autor que, de manera accesoría a sus doctrinas sobre la ética, se preocupa del Derecho y nos dice algunas cosas que tienen enorme importancia para la comprensión de éste. Para medir la contribución de Emmanuel Kant a la Filosofía del Derecho es indudable que el libro de mayor importancia es *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, libro que como dije, fue publicado en 1785. Aclaremos en primer término, el sentido de la palabra costumbre en esta obra. Como pueden darse cuenta por el texto que está incluido en la Antología, Kant no se preocupa en esa obra de hacer un análisis sociológico de la formación de costumbres o la determinación de cuáles sean las costumbres del pueblo de que forma parte. Lo que pasa es que la palabra costumbre, escrita en alemán, *Sitten*, está usada aquí porque Kant nos va a hablar de moral y toma la palabra alemana que corresponde a la moral, en la forma etimológica, en que moral, en latín viene de "mores", costumbres; en la forma en que la palabra griega "ethos" produce "ética" todas ellas significan al mismo tiempo, moral y costumbre. En algunas traducciones, la traducción al inglés que he utilizado en parte por ejemplo, se llama *Fundamentación de la metafísica de la moral* y ésta sea tal vez una traducción más correcta del término *Sitten* en este caso concreto. Sin embargo, las traducciones al español utilizan corrientemente la versión literal de *Sitten*, sea costumbre, aunque deba entenderse el título de la obra como *Introducción a los postulados básicos de la ética*, *Introducción a los postulados básicos de la moral*.

En el texto, incluido en la Antología, encontramos una serie de características de la formulación que hace Kant sobre la moral. En primer lugar, podemos darnos cuenta de que se mantiene en él una característica de todos los autores de la Escuela Clásica: la convicción de que existe un derecho natural. Si bien Kant no nos desarrolla una teoría sobre el derecho natural, aparece claro de algunos párrafos incluidos en el texto, su convicción que en el siglo XVII y XVIII no se pone en duda por nadie, de que existe un derecho natural.

Pueden ver, por ejemplo, en página 116, párrafo 3, que Kant nos dice: "*En general, las leyes obligatorias susceptibles de una legislación exterior se llaman leyes exteriores. A este número pertenecen aquéllas, cuya obligación puede concebirse a priori por la razón sin legislación exterior, las cuales, no por ser exteriores pierden su carácter de naturales. Por el contrario, las que no obligan sin una legislación exterior real, se llaman leyes positivas*". En este párrafo, podemos darnos cuenta claramente, de que se mantiene en Kant la convicción de que existe un derecho natural, conforme a la razón, y que existen diferencias entre esa ley natural y la ley positiva. Esto es casualmente, lo que nos permite considerar que Kant se encuentra todavía, en cuanto se refiere a su filosofía del derecho, dentro de la Escuela Clásica del Derecho Natural.

Pero, hay en Kant algo que no había en los pensadores anteriores, y es la circunstancia de que esta expresión: "ley natural" tiene una connotación mucho más precisa. En el siglo XVIII, como resultado del avance de la física y de la matemática, y el desarrollo en general de la ciencia empírica, que se inicia en esos años, la expresión *ley natural* comienza a tener un sentido ambivalente, el mismo sentido que conserva hasta nuestros días. Por un lado se llama ley natural, la expresión de los principios de causalidad, se habla del descubrimiento de leyes naturales cuando se quiere señalar los principios causales que determinan los cambios en el mundo de la naturaleza, y los principios causales que tratan de descubrir las ciencias naturales. Y por otro lado, se mantiene la idea del derecho natural, como lo que pudiéramos llamar la parte perfecta, universal, absolutamente justa y racional de la regulación de la conducta humana. Este sentido ambivalente, y este utilizar el término para significar dos cosas totalmente distintas: la causalidad de los fenómenos del mundo de lo natural y la regulación de la conducta humana, queda aclarada en una forma muy precisa por Emmanuel Kant. Si ustedes ven en página 107 de la Antología, encontrarán que comienza el segundo párrafo de esa página diciéndonos lo siguiente: "*Estas leyes de la libertad se llaman morales para distinguirlas de las leyes naturales o físicas*". Desarrolla este concepto y tenemos que, por un lado, existen las leyes físicas, que ya en su tiempo se llaman leyes naturales, y sin perjuicio de éstas, existe lo que Kant llama "leyes de la libertad", y las leyes de la libertad están formadas por la regulación jurídica y la regulación moral de la conducta del individuo. O sea, que hay aquí, y está luego desarrollada, la

distinción básica entre las leyes del mundo del ser, las leyes de la forzosidad ineluctable que significan que todo fenómeno tiene su causa, y que dadas las causas deben producirse necesaria, forzosa e ineluctablemente, los efectos señalados por ellas; y la regulación de la conducta del hombre, para la cual Kant utiliza un término altamente significativo, porque las considera genéricamente como leyes de la libertad. Esta expresión nos señala la posibilidad en que está el individuo de incumplirlas, el elemento de decisión individual de conformar la conducta a esas leyes o de desobedecerlas.

Toda la confusión que venía desde la época greco-romana, en la cual el mismo término se utilizaba para caracterizar las leyes del universo y la conducta del hombre; recuerden que la Diké, que era el principio de la Justicia, de la regulación de la conducta humana, fue utilizado por la Escuela de Mileto, por Heráclito y por Parménides, para hablarnos de una Diké del universo. En cambio aquí, ya queda claro que una cosa muy distinta son las llamadas leyes naturales del mundo de lo físico, dotadas de forzosidad, y otra cosa muy distinta las leyes de la conducta del hombre, quien es libre de cumplirlas o no cumplirlas.

En este planteamiento de Kant aparecen, en consecuencia, sumamente claros los principios básicos de lo que van a ser los principios sobre la normatividad en el mundo del Derecho. Ampliando esos conceptos hace Kant una diferencia todavía más profunda, cuando nos habla de que dentro de las leyes de la libertad se dan distintas clases de imperativos. Y nos hace la distinción —está en la página 113 del texto— entre imperativos absolutos e imperativos hipotéticos. Y nos dice en el párrafo último de esa página: *“Esa noción positiva de la libertad (respecto de la práctica), es la base de las leyes prácticas absolutas que se llaman morales. Y esas leyes —respecto de nosotros, cuyo arbitrio de la sensibilidad no va siempre por este mundo espontáneamente conforme a la voluntad pura, sino que por el contrario está muchas veces en oposición con ella— son imperativos (mandatos de hacer o no hacer). Y aún imperativos categóricos (absolutos e incondicionales) que los distinguen de los imperativos técnicos (reglas del arte) los cuales nunca se dan más que relativamente”*. Y encontramos en página 114 un desarrollo o una amplitud de este concepto, porque nos dice en el subtítulo que comienza a mitad de la página con Observación: *“El imperativo es una regla práctica, en virtud de la cual, una acción en sí mismo contingente se convierte en necesaria”*. *“El imperativo —dice*

más adelante— *es pues, una regla cuya representación hace necesaria la acción subjetivamente contingente, y se presenta el sujeto en el deber de ponerse necesariamente en armonía con esta regla. El imperativo categórico absoluto es el que piensa e impone necesariamente la acción, no en cierto modo mediatamente por la representación de un fin que pudiera conseguirse, sino inmediata y como objetivamente necesaria por la simple representación de esta acción. Todos los otros imperativos son técnicos y condicionados o hipotéticos”*. O sea, nos encontramos que no sólo se nos señala que lo normativo es una regulación de la libertad, sino que se nos señala que el imperativo es un mandato de hacer o no hacer. Y que estos imperativos se dividen en imperativos categóricos, aquéllos que no están sujetos a ninguna condición, y que Kant considera pertenecen al campo de la moral, y que a la par de ellos encontramos los imperativos condicionados, básicamente formales, que son los que él llama imperativos hipotéticos.

En el segundo semestre, cuando hagamos un análisis de lo normativo, vamos a ver que esta distinción nos sirve básicamente para caracterizar los imperativos jurídicos, que pertenecen al grupo de los imperativos hipotéticos, pues su realización está sujeta al cumplimiento de la hipótesis señalada en la norma. El imperativo categórico, tiene una importancia básica dentro del pensamiento kantiano. Porque Kant nos dice que la moral posee un imperativo básico, que —está desarrollado en páginas 116 y 117— él formula en los siguientes conceptos: *“El principio supremo de la moral es pues, obrar según una máxima que pueda tener valor como ley general. Toda máxima que no sea susceptible de esta extensión, es contraria a la moral”*. *“Obrar según una máxima que pueda al mismo tiempo, tener valor de ley general”*. Este postulado, el esencial de la ética kantiana, se fundamenta en una serie de aspectos a los cuales haremos referencia al hablar de la teoría del conocimiento de Kant. Kant pretende resolver un problema que para él, para su época y para sus convicciones morales, es esencial. Se trata de un hombre del siglo XVIII, de un individualista, pero al mismo tiempo se trata de alguien de una formación religiosa muy fuerte dentro del protestantismo riguroso de su familia. El problema esencial que hay en él puede plantearse así: cómo armonizamos la idea de un individuo que no puede tener deberes morales sino en la medida que él los acepte, y la existencia de una moral objetiva que obligue a todos los seres humanos. La solución para Kant se

encuentra en este imperativo categórico, que no nos dice cómo debemos comportarnos, sino que señala que podemos tener cualquier comportamiento siempre que ese comportamiento pueda servir de norma universal para todos los componentes de la sociedad. Kant lo desarrollará luego en su *Crítica a la Razón Práctica*, diciendo que es un imperativo que es a la vez formal, porque no tiene un contenido determinado —por lo menos eso es lo que cree Kant— universal, porque es aplicable a todas las situaciones y a priori, porque es independiente de la experiencia.

Para hablarnos de la moral, Kant se ve en la necesidad de hacernos una separación rigurosa entre derecho y moral. El ius-naturalismo de los siglos anteriores, cuando hablaba de derecho natural, consideraba que derecho natural era la regulación completa de la conducta humana. Cristián Tomasio, unos pocos años antes de Kant había planteado que la regulación de la conducta humana puede hacerse sobre la conducta externa o sobre la conducta interna, y que cuando se regula la conducta externa se habla de derecho, y que cuando se regula la conducta interna se habla de moral. Kant se encarga de desarrollarnos este concepto. Y vemos ahí que en página 111, al principio de la página nos dice: *“Toda legislación se compone de dos partes (ya sea que prescriba actos internos o externos, siendo indiferente que éstos sean exigidos a priori por la razón o por el arbitrio del otro); en primer lugar, de una ley que presente como objetivamente necesaria la acción que debe ejecutarse, es decir, que hace de la acción un deber; en segundo lugar, de un motivo que relacione con la representación de la ley el principio que determina subjetivamente el arbitrio a esta acción”*. Nos dice más adelante: *“Una legislación puede diferir de otra por sus motivos, asemejándosele respecto de la acción que convierte en deber. Por ejemplo, las acciones pueden ser siempre externas. La legislación que de una acción hace un deber y que al mismo tiempo da este deber por motivo es la legislación moral; pero la que no hace entrar el motivo en la ley y por consiguiente permite otro motivo que la idea del deber mismo es la legislación jurídica”*. Podemos luego criticar este concepto y darnos cuenta que no es absolutamente válido, pero lo importante para Kant es señalar la regulación de la conducta incluyendo el

motivo. Supone un punto de vista interno y se trata, en consecuencia, de una regulación moral. En cambio, la reglamentación de la conducta desde el punto de vista externo, es decir, excluyendo el motivo, es la característica del derecho, que es una regulación de la conducta externa de los hombres. A partir de aquí ya no puede hablarse de un derecho natural que incluya tanto la regulación jurídica como la regulación moral.

Aun los ius-naturalistas de los siglos posteriores van a aceptar esta distinción, que representa el segundo paso de lo que Luis Legaz Lacambra (2) llama la segunda etapa de la formación de la actual filosofía del Derecho. Legaz Lacambra considera que hay tres pasos que determinan la transformación de la antigua ciencia del Derecho natural en la actual filosofía del derecho: el primero fue la supresión del fundamento divino del derecho natural. El segundo es éste que cumple Kant de hacer una rigurosa separación entre lo jurídico y la moral. El tercero es el que dan Federico Carlos de Savigny y la Escuela Histórica Alemana, cuando dejan de hablar de un Derecho natural y señalan como el objeto de la reflexión filosófica, ya no el derecho natural sino el derecho positivo. En el cumplimiento de estas tres etapas, que se dan de finales del siglo XVI a principios del siglo XIX, considera Legaz Lacambra que puede dejarse de hablar de ciencia del derecho natural y que aparece ya claramente delimitada la disciplina que hoy llamamos filosofía del derecho.

Pese a hacer la separación entre derecho y moral, Kant la limita en cierto modo porque considera que los deberes jurídicos son deberes morales encubiertos. En página 112 vemos, en el primer párrafo, que nos dice: *“Por donde se ve que todos los deberes, por el solo hecho de serlo, pertenecen a la moral”*. Esto podemos tomarlo como una expresión de su individualismo; ningún deber puede existir si yo no lo acepto, o pueden explicarlo por la circunstancia de que, acabando de hacer la separación entre derecho y moral, las consecuencias de esta división no lo llevan a distinguir entre el deber jurídico y el deber moral.

Podríamos considerar que estos postulados básicos que he señalado: la clara distinción entre las leyes morales y jurídicas por un lado, y las leyes naturales y físicas por el otro; la diferenciación entre los imperativos categóricos y absolutos

(2) *Filosofía del Derecho* (Bosch, Barcelona), ps. 18-25.

de los imperativos hipotéticos y de las reglas técnicas; la diferencia entre derecho y moral; estos tres postulados básicos comprenden las contribuciones importantes de Emmanuel Kant a la filosofía del derecho.

3. IMPORTANCIA DE KANT PARA LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE LOS SIGLOS POSTERIORES.

Estimar que lo que queda dicho agota la importancia de Kant para la filosofía del derecho, es ignorar lo que va a ocurrir en los siglos XIX y XX. Kant muere en 1804. Su filosofía representa —como les decía— una de las cumbres del idealismo. Y esta corriente idealista va a tener en Fichte, en Schelling y en Hegel, grandes pensadores que van a completar su desarrollo. En el curso del siglo XIX el idealismo es sustituido luego en importancia por el romanticismo, y todavía más que éste por el positivismo. La filosofía positiva, con Augusto Comte y Herbert Spencer, tiene un gran desarrollo en las décadas que van de 1830 a 1870. Pero a partir de 1870 se produce un fenómeno muy especial: una serie de autores después de considerar agotadas las posibilidades del positivismo, inician lo que en filosofía se llama "la vuelta de Kant" o neokantismo. A partir de 1870, las obras de Kant, muerto en 1804, vuelven a ocupar el centro de la atención de todos los filósofos europeos. Se hace filosofía, a finales del siglo XIX y a principios del siglo XX, discutiendo a Kant, tratando de rectificarlo, fundándose básicamente en algunos de los puntos básicos de su teoría, de su explicación del universo, de su metafísica, o de su teoría del conocimiento, de su lógica. Este movimiento, esta vuelta a Kant, tiene una importancia central para la Filosofía del Derecho del siglo XX, porque una de sus corrientes más importantes, que podríamos describir con el término genérico de formalismo, está fundada esencialmente, dentro de los postulados neo-kantianos. Yo no voy a desarrollar el neokantismo en la filosofía del derecho. Considero que no habría tiempo para ello. Pero sí voy a señalar cuáles son los puntos básicos de la filosofía kantiana en los cuales este formalismo encuentra fundamento o punto de partida.

Digamos que ese neokantismo, en filosofía del derecho, está representado por dos grandes figuras, que son Rodolfo Stammler y Hans Kelsen. Señalemos dónde, en Kant, encuentran base para el desarrollo de sus teorías.

En cuanto a Stammler, el fundamento de su filosofía del Derecho está en la Crítica a la Razón Pura, de Kant, y por eso es necesario decir unas cuantas palabras con respecto a ella.

La Crítica a la Razón Pura puede ser considerada como una teoría general de la ciencia, al fin y al cabo lo que hace Kant en ella es estudiar las bases del conocimiento que llevan a cabo la matemática, la física y la metafísica, que son las actividades científicas más importantes de la época. Puede ser vista también como una teoría general del conocimiento, dado que a Kant le preocupa determinar cuáles son los límites y elementos del conocer.

Hay algunos términos que es necesario definir para comprender el esbozo de la teoría del conocimiento de Kant. En primer lugar, los conceptos del noumeno y de fenómeno. Kant trata de determinar cómo conocemos las cosas. Y tiene en mente la teoría del conocimiento que había sido formulada por Aristóteles, y en general por los filósofos griegos, la teoría del conocimiento característica del realismo. Describamos sintéticamente esta teoría del conocimiento del realismo, diciendo que dentro de ella la capacidad de conocer del hombre puede ser descrita como un espejo. Las cosas están fuera de mí, y mi conocimiento las refleja, en la misma manera en que el espejo refleja los objetos que se colocan enfrente a él. Las cosas existen independientemente de que yo las conozca o no las conozca. Estas serían las cosas en sí, es lo que Kant va a llamar el noumeno, o sea, los objetos en tanto no son conocidos. Y los va a diferenciar de lo que él llama fenómeno. El fenómeno no es la cosa en sí. El fenómeno, para Kant, es la cosa en tanto es conocida, respecto a la cual Kant nos va a afirmar algo que a primera vista parece un contradictorio. Nos va a decir que no tenemos idea de cómo son las cosas efectivamente; no podemos afirmar, no podemos decir nada de los noumenos, sino que lo único que podemos darnos cuenta y entender son los fenómenos, las cosas en tanto son conocidas. Y las cosas en tanto son conocidas para Kant se componen de dos elementos totalmente distintos: un elemento material: el contenido, que son los datos que de esa cosa obtenemos por medio de nuestras sensaciones, y otro formal. Nuestro conocimiento no se limita a reflejar esos datos de la misma manera que el espejo refleja el objeto, sino que los ordena, y esa ordenación se hace por medio de las categorías de espacio y tiempo que no están en la cosa sino que están en nuestro conocer, y que son categorías a priori y formales. Sea,

que podemos describir el fenómeno, dentro de la teoría del conocimiento de Kant, como la ordenación dada por nuestra mente a los datos que obtenemos de las cosas que están fuera de ella; esta ordenación se hace agregando a esas cosas unos principios ordenadores que no están en la cosa sino que están en el sujeto que conoce.

Las categorías son las características esenciales del objeto. Pero hay que hacer una distinción entre categorías ónticas —o sea las categorías del ser, las categorías del noúmeno de las cuales no podemos saber nada—, y las categorías ontológicas, o categorías del conocimiento del ser, categorías que están en nuestra mente, y que nos permiten conocer esos objetos, no tal cuál son, sino tal cual nosotros los ordenamos. Sea que nos permiten conocer los fenómenos, aunque lo que nos digan del noúmeno sea bien poco.

Esta concepción de Kant tiene una serie de consecuencias. En primer lugar, la desaparición de la cosa en sí, que había venido siendo afirmada por los realistas. En segundo lugar, y todavía ello más importante, afirmar que el conocimiento es una actividad creadora y no simplemente reproductora. En tercer lugar, viene a formularnos una distinción en el objeto, entre forma y contenido, que es casualmente la que va a aprovechar Rodolfo Stammler para darnos su concepción sobre el derecho. Resumámoslo en unos cuantos términos: Stammler nos dice que hay que distinguir la idea del derecho, del contenido de lo jurídico. La idea del derecho es una forma universal, a priori, que representa una categoría de nuestro conocimiento, en la misma forma que cualquiera de las categorías ontológicas de que nos había hablado Emmanuel Kant. Esa idea del Derecho puede ser impresa, utilizada, como forma ordenadora de muy diversos contenidos. En consecuencia, nos va a dar un concepto universal de lo jurídico como una forma de nuestro conocimiento que se imprime a contenidos muy diversos. De ahí nace la idea de un concepto

formal del derecho, que está fundada en la teoría del conocimiento de Kant.

Por su parte, Hans Kelsen, toma esta idea del concepto del derecho como un concepto formal, y toma la distinción, hecha por Kant, entre las leyes de la libertad y leyes del mundo físico; entre lo que él va a llamar mundo del ser y mundo del deber ser, para formularnos una teoría pura del derecho, sea una teoría estrictamente normativa de lo jurídico, del cual se eliminan todos los aspectos que corresponden al mundo del ser. Por ser la teoría de Kelsen más conocida de ustedes, creo que no es necesario elaborar esta distinción: es más o menos claro de que el mundo del ser, el mundo de los acontecimientos fácticos no tiene nada que ver dentro de la teoría kelseniana con el mundo estrictamente normativo o mundo de la regulación de esa conducta que pertenece al mundo del deber ser. Stammler y Kelsen son dos filósofos del derecho del siglo XX. Es decir, representan aquellos autores que es necesario manejar para comprender el estado actual de nuestra disciplina. Sin embargo, como queda señalado en este ligero esbozo, no puede entenderse su pensamiento sino en relación con los postulados, que dados a finales del siglo XVIII por Kant, han seguido siendo repetidos o siendo objeto de análisis en el pensamiento posterior.

Hace un tiempo, en la Universidad de Costa Rica se criticó a los profesores de Estudios Generales que señalaron que debía ser estudiado el siglo XVII y el siglo XVIII y se consideró que eso era un estudio que carecía de importancia para el pensamiento del siglo XX. Personalmente creo que los siglos XIX y XX no pueden ser entendidos sin mirar a los siglos anteriores, y sin mirar, concretamente, hacia el siglo XVIII. Más concretamente, que la filosofía jurídica de nuestro siglo no tiene ningún sentido si no se comprende la filosofía de Emmanuel Kant. Espero que la presentación de ella que les he hecho contribuya en algo a que Uds. entiendan mejor la filosofía jurídica de nuestro siglo. Eso es todo. Muchas gracias.



“EL PROBLEMA DE LA APLICACION DE LA LEY” (*)

*(Anotaciones sobre un aspecto particularizado de la sociología jurídica.
Bases para una discusión temática)*

*Dr. Jorge Enrique Romero Pérez. Profesor de la
Facultad de Derecho. Investigador del Instituto
de Investigaciones Jurídicas, Universidad de
Costa Rica.*

INDICE

Presentación.	54
I. Introducción.	54
II. Problema planteado.	54
III. Metodología.	54
IV. Hipótesis.	55
V. El caso de Costa Rica.	55
1. Servicios técnicos.	55
a) Antecedentes.	55
b) Consecuencias.	55
2. Legislación promulgada.	56
a) Código de Familia.	56
b) Código Municipal.	57
c) Legislación penal.	57
3. Estado actual de la situación.	58
VI. A manera de conclusiones.	59
VII. Bibliografía básica.	61

(*) Documento destinado a la Reunión constitutiva del Grupo de Trabajo sobre Derecho y Sociedad, que se celebró bajo los auspicios del Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (C.L.A.C.S.O.), en Buenos Aires, en mayo de 1979.

P R E S E N T A C I O N

De acuerdo con el documento de la convocatoria y a la reunión constitutiva del grupo de trabajo sobre Derecho y Sociedad, la orientación del escrito sobre el problema de la aplicación de la ley (o, la problemática de la eficacia jurídica como un *factum social*), deviene en uno de los aspectos clave de una de las corrientes del positivismo, y es nada menos que aquel punto relativo a si el derecho se aplica en la sociedad, de si es un derecho viviente o meras normas legales sin asidero en la realidad cotidiana de los ciudadanos de América Latina.

Precisamente cuando se toca esta temática se está en el terreno de la sociología jurídica, de esa relación dialéctica entre derecho y sociedad. De aquí, puede partir —entre otros puntos de arranque— parte de esa teoría crítica del derecho, en

donde el derecho (visto tanto como simple norma escrita —sentido estricto— o como norma escrita más los principios generales del derecho —sentido amplio o lato del ordenamiento legal—) se le contrasta con la realidad con el objeto de analizar la efectiva conducta de los hombres bajo la variable jurídica.

Este breve ensayo trata de puntualizar algunos problemas que plantea la eficacia de la ley o el cumplimiento social de la norma jurídica; y, las distorsiones a que somete el derecho los diversos grupos sociales. Es un intento de penetrar (o, al menos presentar) esta problemática, en un país como el nuestro en el cual no se cultiva la sociología jurídica; y, por tanto hay que partir de cero para abordar esta clase de fenómenos socio-jurídicos.

I . I N T R O D U C C I O N

En América Latina, y concretamente en Costa Rica, uno de los mayores problemas que enfrenta la elaboración de las normas jurídicas (en sentido amplio o lato) es la ignorancia que se tiene con respecto a la realidad sobre la cual va a operar. Importa, pues, efectuar un acercamiento a este problema propio de la sociología del derecho. Por supuesto, que en países donde hay dictaduras mili-

tares, la legislación se torna obsoleta o inaplicable, salvo en los casos en que los militares o las respectivas oligarquías les interesa aplicar tal o cual norma, como por ejemplo, las llamadas —por esas oligarquías— “de orden público” o en otras circunstancias de “vagos y maleantes”.

En este breve ensayo, trataremos de enunciar algunas ideas sobre el problema.

II. PROBLEMA PLANTEADO

El asunto clave de la relación derecho-realidad social, deviene en la dilucidación de por qué se emiten tantas leyes (“hemorragia legal”), si la experiencia informa que muchas no se cumplen, y —las más de las veces— se publican las normas jurídicas en el periódico oficial (“La Gaceta”) a sabiendas de que no van a tener eficacia. ¿Qué rol

desempeñan estas leyes sin eficacia? ¿Por qué las fracciones de la clase dominante en América Latina, las emiten? ¿Por qué hay una relativa autonomía entre la estructura legal y la respectiva clase dominante de cada país? En otras palabras, ¿para qué y de qué formas, le sirve el derecho a la clase dominante en América Latina?

III . M E T O D O L O G I A

Por lo que respecta a nuestro país, hay que decir que nunca se ha utilizado en equipo interdisciplinario de abogados, sociólogos, antropólogos,

psicólogos, estadísticos, etc., para estudiar la infraestructura real sobre la que operaría la futura ley que se tiene pensado como proyecto.

Lo anterior pone la situación sobre terreno virgen, inexplorado. De ahí, que los métodos de las ciencias sociales se pueden aplicar en esta clase de estudios: entrevistas, observación directa, participación plena dentro del grupo que sufrirá los efectos de la futura ley, muestreos simples al azar o de otro tipo, etc.

Es decir, se puede poner a prueba toda clase de métodos de la ciencia social con el fin de llegar a determinar cuál podrá ser la legislación que mejor se podrá adecuar a la realidad determinada y circunscrita de antemano y a sus objetivos prefijados.

IV. HIPOTESIS

Se podrían proponer estas hipótesis:

- H₁. El derecho, entendido en sentido jurídico, requiere para su eficacia un mínimo desfase entre la realidad y la naturaleza de la norma jurídica que sobre ella se aplica.
- H₂. Una ley tiene un mayor grado de eficacia cuanto mayor sea el grado de correlatividad entre realidad social y congruencia de la norma jurídica.

Aquí hay que recordar que para el sociólogo y el antropólogo social, el derecho equivale a todas las normas coactivas que forman el control social: folkways, mores, law. En cambio, para el abogado, el derecho es el conjunto de las normas escritas (cuando se trata de un sistema de normas de esta clase) y los llamados "principios generales del derecho", que equivalen a la ideología jurídica dominante en una sociedad y bajo control de la clase dominante.

V. EL CASO DE COSTA RICA

1. SERVICIOS TECNICOS.

En nuestro país, hace diez años, se creó en la Asamblea Legislativa un departamento u oficina burocrática con el nombre de "Servicios Técnicos", que tiene hoy (1978), tres economistas y siete abogados.

a) Antecedentes.

En vista de que los miembros del Poder Legislativo, en su mayoría eran políticos locales —incluso sin formación académica— (y todavía lo son), las leyes que redactaban eran técnicamente muy mal confeccionadas. Asimismo, eran contradictorias, desde su nacimiento obsoletas, sin sentido e incongruentes. La situación desde el siglo pasado hasta 1970, se hizo tan lamentable y grave, que los diputados del período 1970-1974, llegaron al convencimiento de que necesitaban un equipo de expertos y de técnicos que les ayudaran en la labor legislativa, propiamente.

El tema de la composición naturaleza, rol, funciones, efectos, etc., de las Asambleas Legislativas en América Latina y en nuestro país, pertenece a otro tipo de escrito y de estudio.

Por el momento y para los efectos de este

documento, digo que el sistema democrático costarricense es de corte plutocrático, y por ende oligárquico. La democracia es meramente formal y política. Sustancialmente, en el aspecto económico y social, la clase capitalista es la que tiene el control del país. Y, dentro de esa aglutinación de empresarios, el sector extranjero es importante, tanto cualitativa como cuantitativamente, siendo la fracción judía la de mayor peso específico.

Los diputados que encabezan las respectivas listas, por lo general, poseen títulos académicos y son graduados de la universidad. Los demás, son parte de la caciquería local con relativa poca preparación formal educativa, pero con un conocimiento adecuado de la estructura de poder de la localidad o región geográfica sobre la cual les corresponde actuar en pos de clientela electoral.

En vista de la necesidad de contar con asesoría técnica, a partir de la fecha indicada, se crea el departamento de servicios técnicos.

b) Consecuencias.

A partir de la creación de ese departamento, se pensó que las leyes emanadas de la Asamblea Legislativa, tendrían una mejor concurrencia y

serían más eficaces. La realidad, sin embargo, dice otra cosa.

Los diputados de cada período (1970-1974, 1974-1978, 1978-1982) saben que los profesionales de ese departamento son asalariados del Poder Legislativo y ellos sus patronos. Esta relación patrono-obrero, (objetivamente cierta) ha creado una subordinación del tecnócrata al político (lo cual no es nada nuevo), mermando la cristalización de los fines propuestos de ese departamento.

Es sabido que la tecnocracia gubernamental, a pesar del poder radicado en sus conocimientos, está subordinada a la jerarquía política de turno. Los ejecutores del Estado son los políticos (Poder Ejecutivo, Ministros, etc.).

Claro está que con esta asesoría técnica, la confección de las leyes ha mejorado, hasta cierto punto, pues el diputado (o los diputados) le dicen al citado departamento cómo quieren la ley y con cuáles objetivos para beneficiar su imagen política, halagando a su respectiva clientela electoral (base local, regional o nacional de su caciquismo).

Claro está que este departamento y el Poder Legislativo, requieren un estudio empírico para cuantificar el problema y darle una dimensión más realista.

2. LEGISLACION PROMULGADA.

Las leyes que se emiten en nuestro país carecen del estudio de campo. En otras palabras son leyes que se promulgan sin conocer la realidad sobre la que van a operar. En lo que respecta al trabajo del departamento de Servicios Técnicos, su labor es de corte jurídico-formal.

En estos años de 1970 al presente se han promulgado los Códigos de Familia, Municipal (y, la creación del Instituto de Fomento y Asesoría Municipal-IFAM), El Código Penal y el de Procedimientos Penales, el Código de Salud, etc., a la vez que se está redactando un Código de Procedimientos Civiles, un Código de Minería; y grupos políticos del Partido Liberación Nacional desean una nueva Carta Magna.

a) Código de Familia.

Admite como matrimonio legal solo los efectuados por la iglesia católica y por las autoridades civiles legítimamente investidas para ello. Excluye el matrimonio realizado según los ritos de las demás iglesias y asociaciones religiosas y las uniones libres o matrimonios de hecho. En nuestro país este sector de los matrimonios de hecho, es muy frecuente en las zonas de la costa y en las haciendas bananeras. También la población que se casa mediante los ritos de iglesias no católicas es alto. De esta forma, se marginan amplios grupos de costarricenses (1).

Por otra parte, este código de la familia, se elaboró sin estudios de la realidad familiar del país. Se usó el método de las entrevistas a personas vinculadas a los problemas de la familia. Esas personas son burócratas que actúan en organizaciones burocráticas, ya sean del Estado o de la empresa privada. Por ejemplo: Patronato Nacional de la Infancia (estatal); o el Movimiento Familiar Cristiano, y el Centro de Orientación Familiar, en el sector privado (2).

Se procedió a integrar un juzgado sétimo civil, encargado de resolver los conflictos relativos a la legislación familiar. Tales conflictos han ido en aumento, razón por la que se creará otro tribunal de familia, teniendo en proyecto que en lugar del juzgado sétimo civil, se hable de dos juzgados: Primero, y Segundo de Familia (con el nuevo que se desea crear).

Parte de la problemática de los conflictos en familia, se pueden visualizar con este dato: cada día hay siete divorcios para un país de dos millones de habitantes. Esta cifra ha escandalizado a esas agrupaciones llamadas cristianas y moralistas, pero ¿hay fundamento para pensar que aumentará en los próximos dos años (1978-1980) a doce divorcios diarios? (3).

Parte de la ignorancia en el problema familiar, le atribuye esa escalada de divorcios a la legislación de familia, cuando lo que está en crisis es la estructura familiar tradicional. Y la sociedad de hoy (4).

Este código se promulgó sin conocer a fondo

-
- (1) Las estadísticas sobre esta problemática integral de la Sociología de la familia requiere de un inventario de datos que no se tienen del todo.
 - (2) Aquí hay que tomar en consideración la distorsión burocracia-grupos sociales (de pertenencia y de referencia).
 - (3) Las estadísticas no son completas ni se han publicado todas. Sin embargo un muestreo símil al azar confirmó que la mayoría de los divorciados se vuelven a casar. Aquí también ("Sociología del divorcio") hacen falta estudios empíricos.
 - (4) Esta crisis tampoco se ha estudiado a fondo en Costa Rica.

la familia ni sus problemas; y, lo que es más interesante, se creó para solucionar los problemas familiares y siempre bajo la estereotipada idea de que la familia es la célula de la sociedad, como dice la Constitución Política. Artículo 51:

"La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido".

b) Código Municipal.

Tanto este código como la creación del Instituto de Fomento y Asesoría Municipal (IFAM), fueron el fruto de la presión del Gobierno de los Estados Unidos de América (USA) como de los organismos financieros estadounidenses. El primero y los segundos, le hicieron ver al Gobierno de Costa Rica que la forma de efectuar préstamos a las municipalidades, era mediante la creación de una legislación municipal y un organismo centralizador de esa actividad que le diera confianza y avale sólidamente a los financieros del citado país de Norteamérica.

La presión fue continua de parte de los políticos y financieros estadounidenses. Así, se puede explicar el nacimiento del primer código municipal en la historia de este país y la formación del IFAM, como un banco municipal —entre sus funciones más importantes— (5).

En este caso, tampoco se estudió la crisis municipal ni los problemas reales del municipio; y, mucho menos la conveniencia o no de reunir varias municipalidades del área metropolitana (que abarcan la cuarta parte de la población del país: 500.000 habitantes) en una sola municipalidad que le diera servicios a esa cuarta parte de la población nacional, que va a las ciudades y cantones vecinos solo a dormir ("cantones dormitorio") (6).

En fin la realidad de cada municipalidad y de su aguda crisis, que debilita cada vez más a este gobierno local, no se estudió ni se analizó. Ya que el Gobierno Central lo que deseaba era contar con

los millones (en dólares USA) de "ayuda atada" norteamericana que llegarían al país (y efectivamente llegaron) y así disponer de esa cantidad millonaria con el pretexto de la nueva estructura municipal.

El resultado, aproximadamente, a los ocho años de esas nuevas estructuras de la materia municipal, ha sido un mayor endeudamiento de las municipalidades, ahora, con relación al IFAM, recrudescimiento del deterioro del municipio y pésimas estrategias gubernamentales destinadas a los cantones-municipios (7).

Claro está que el debilitamiento municipal le conviene al gobierno central de la República, pues así centraliza poder y el partido oficial cuenta con más capacidad de maniobra para ejercer su función hegemónica (8). Esto explica, en parte, la voluntad política de los partidos legitimantes mayoritarios (Liberación Nacional y una aglutinación de fracciones de la oligarquía nacional denominado "Unidad"), de mantener débiles y subordinados a los gobiernos locales de cada cantón que es depositario de un municipio, con su cuota respectiva de soberanía popular.

c) Legislación penal.

En este campo tampoco hubo análisis de la realidad penal costarricense.

Se optó por copiar legislación extranjera, fundamentalmente argentina (Córdoba), —que a su vez copió la legislación italiana—, sin saber cuáles serían las consecuencias de esa decisión. De este modo, se violó la Constitución Política, que en su artículo 42 instituye la doble instancia en materia penal, al decir:

"Un mismo juez no puede serlo en diversas instancias para la decisión de un mismo punto (. . .)".

Así, bajo el pretexto de darle agilidad a los procesos penales, se eliminó la doble instancia y con ello la apelación ante el juez superior (ad quem) de las sentencias del juez inferior (a quo). La realidad ha demostrado que los juicios duran,

(5) La marcha de IFAM no ha sido sometida a un análisis crítico empero, el creciente endeudamiento de las municipalidades y su debilidad financiera creciente han puesto en jaque la proyección real del IFAM.

(6) En el país existen varios proyectos y estudios sobre la crisis municipal, sin embargo, esos documentos se mantienen archivados "burocráticamente".

(7) Gerardo Bogantes Hidalgo presentó su tesis de licenciatura sobre "El área metropolitana de San José. Algunas alternativas de gobierno". (San José: Facultad de Derecho. 1977, inédita). Este autor no cree que un gobierno metropolitano sea la solución a la crisis municipal (10, pág. 124).

(8) Esto podría llamarse una función latente —entre otras— de la crisis municipal.

en promedio un año para resolverse; y, que la imposibilidad de apelar ante el superior de las sentencias del juez correspondiente ha devenido en una dictadura —de hecho— en el Poder Judicial, pues el juez que resuelve es sabedor de que la sentencia carece de impugnación, por regla general; salvo en los contados casos en que existe el llamado recurso de casación, que por sus tecnicismos y sus formas de votación (se necesita una mayoría calificada para que el recurso prospere), se ha convertido en un irrisorio modo de impugnación, burlador del Estado de Derecho (las estadísticas indican que es el 1 por ciento de esos recursos los que han tenido acogida en el Poder Judicial).

Hemos comprobado que el juez dicta su sentencia contra lo que han declarado los testigos, lo que ha recomendado el fiscal y lo que ha pedido el abogado defensor; y también contra las piezas documentadas que constan en el expediente. Estos abusos y arbitrariedades de tales jueces tienen como respaldo la ausencia del recurso de apelación principalmente en los juicios llamados de citación directa (9).

Por supuesto que es la realidad la que hace urgente una reforma para permitir la apelación ante tribunales, también por medio de juicios orales y públicos. Esta reforma si es que será tal, probablemente se hará tardíamente, dada la mentalidad conservadora y funcionalista imperante en el Poder Judicial, sociológicamente explicable (10).

Aquí de nuevo se nota la necesidad de efectuar estudios de campo que orienten la legislación para que ésta no sea inaplicable o absurdamente eficaz.

3. ESTADO ACTUAL DE LA SITUACION.

Todavía no existe una conciencia entre los ejecutores y políticos acerca de la necesidad de contar con estudios empíricos como paso previo a la promulgación de una ley. Se mantiene el método tradicional de llamar a las respectivas comisiones de la Asamblea Legislativa a personas que esa comisión considera "entendidas" en el problema que tienen que resolver. Es el método de la entre-

vista (11). La limitación que este método tiene es que el burócrata, llamado a la audiencia de la comisión, puede mentir, estar mal informado o ser inepto o negligente en el cargo. Así testimonios, cartas y dictámenes de tales "entendidos en la materia" forman el expediente del proyecto de ley que luego, —tal vez—, será convertido en ley nacional.

Por supuesto que no se puede pretender que cada ley que se emita cuente con un estudio previo de campo. Conocida es en América Latina, la "hemorragia legal" que existe. Lo que sí es conveniente es que cuando se va a promulgar legislación que implica la redacción de códigos enteros o la sustitución de unos por otros, sí se cuente con los trabajos de infraestructura, ya que se trata de normas jurídicas de gran alcance y trascendencia para el país.

En Costa Rica no se ha publicado ningún trabajo que haga énfasis sobre este problema en la promulgación; ni tampoco ningún diputado (12) ha hecho énfasis sobre esta necesidad. Esta circunstancia demuestra que hay que formar un clima de concientización acerca de esta necesidad y las consecuencias positivas para el país de contar con una legislación que tenga como base el conocimiento de la realidad sobre la cual va a funcionar.

Se puede decir que entre los sectores de diputados, abogados litigantes, profesores de derecho y demás técnicos, distribuidores, elaboradores e instrumentistas de la ley, no hay conciencia sobre este problema. La tradición positivista y formalista a ultranza, la corriente exegética del derecho y el considerar (erróneamente) que derecho es sólo el escrito que ha llevado a las fracciones de personas enlazadas con el fenómeno legal a una situación conservadora y pro statu quo.

Sin embargo, es probable que las necesidades futuras y el fracaso de leyes que se emiten y no se cumplen, pongan de manifiesto que cierta clase de leyes requieren de estudios previos sobre la realidad en la que operaran. Aquí se puede pensar en las leyes relativas a los llamados procesos de desarrollo económico y social y a las de planificación

(9) El Poder Judicial merece un estudio sociológico integral para develar su mitificación, ideología legitimante y efectos de esa estructura socio-jurídicamente.

(10) En cualquier sociedad, la maquinaria estatal es legitimante, conservadora y funcionalista (axioma-aparato-Estado). Para comprobar esto basta con estudiar varios expedientes relativos a "proyectos de ley" y a las leyes ya promulgadas, en el archivo de la Asamblea Legislativa.

(12) Se debe llamar la atención acerca del deterioro del prestigio, imagen y status del parlamento costarricense debido a la baja calidad de sus componentes. Los partidos políticos han venido con probada irresponsabilidad frente a la estabilidad del sistema democrático. Esto forma parte del proceso crítico del sistema político nacional.

regional, sectorial, etc. Estas leyes, cada día se entiende más, que deben ser hechas por técnicos y que la labor del político-diputado es cada vez menor, debido al alto grado de conocimientos técnicos que esas leyes requieren para su elaboración, y lógicamente para su ejecución.

Esas leyes conocidas como "leyes-marco", "leyes-cornisa", "leyes-cuadro" o "leyes-esqueleto", le dan al Poder Ejecutivo las facultades para que las desarrollen por medio de reglamentos ejecutivos manufacturados por tecnócratas pagados por el Poder Central. Estas "leyes-marco", consignan —al salir del Poder Legislativo— las reglas generales en las que funcionará esa ley. Así por ejemplo: una ley general de planificación urbana, artículo 1 (podría decir) todo lo relativo a la planificación urbana le corresponderá al Poder Ejecutivo, quien deberá reglamentar dicha planificación. Artículo 2: En un plazo de un año, el Poder Ejecutivo deberá tener lista la reglamentación de esta ley. Artículo 3: Le corresponde al Ministerio de Planificación y Política Socio-económica velar por el cumplimiento de esta legislación.

En el ejemplo anterior, el Poder Legislativo le da facultades al Poder Ejecutivo para que emita la normativa propia de esa clase de planificación. Esto ocurre así, porque los diputados carecen de conocimientos técnicos en esa materia, no pudiendo redactar esa ley (e inclusive entender lo que votarían posteriormente). Claro está que esto le da realidad y sustento al Estado tecnocrático contem-

poráneo y al poder —en ascenso de los tecnócratas—. Además, rompe el esquema tradicional y clásico —heredado de la Revolución Francesa— de la estricta o formal "separación de poderes".

En nuestro país ya se han dado leyes de esa clase en materia monetaria y bancaria y un poco menos en la Ley de Protección al Consumidor, *v. gr.*

Con más razón esta clase de leyes sobre reforma agraria, administrativa, urbana, etc., o acerca de la configuración de "polos de desarrollo" o el tratamiento jurídico del problema del aluvionismo rural-urbano, ameritan (urgentemente) estudios previos, hechos por tecnócratas, tendientes a conocer a fondo el terreno sobre el cual esas leyes van a tener vigencia y una supuesta eficacia.

Parte de la situación actual de un derecho enfocado realísticamente se palpa cuando se analizan leyes que rozan los intereses de las denominadas empresas transnacionales o proyectos de ley que podrían afectar los intereses económicos y políticos de la oligarquía criolla. Este estudio deviene en vital pues las normas jurídicas que se proponen vienen desde un Estado de un país subdesarrollado, y en el caso del nuestro bajo el control —entre otros— del gobierno de los Estados Unidos de América y de las gigantescas firmas monopólicas de ese país. Aquí, por supuesto, un estudio preliminar daría los márgenes de aplicabilidad de la ley o los de su inutilidad manifiesta.

VI. A MANERA DE CONCLUSIONES

- 1) Como se desprende de este artículo en nuestro país no hay trabajos sobre estos temas esbozados. Ello explica la ausencia de un inventario de artículos, ponencias, monografías, etc., que desarrollen los problemas de la sociología jurídica, en el contexto en que el presente ensayo los ha puesto (13).
- 2) En vista de lo anterior, este escrito es una toma de posición y un punto de arranque para una tarea futura polémica que estimó improrrogable.
- 3) La circunstancia de que el departamento de Servicios Técnicos no fuere creado por una ley específica, sino por el viciado sistema o expediente de usar las "cláusulas generales del Presupuesto Nacional" para legislar (lo que constituye una desviación grave en materia presupuestaria), hace que el sustento legal de esa oficina sea débil y de dudosa institucionalización. Parece que no hay voluntad política para darle una legislación pertinente. Lo cual forma parte del cuadro de ambigüedades

(13) Existen, por supuesto, dificultades económicas para efectuar estos trabajos de campo.

en esta materia. Asimismo, ratifica el criterio de que el tecnócrata está sometido a los dictados del político de turno (14).

- 4) Como bien señala Jorge Graciarena, ese proceso de tecnocratización confunde el sector privado con el sector público, presentando la estructura de poder en la sociedad como un conglomerado de aparatos cuyos bastiones están formados por el Estado (en sentido lato), las instituciones militares; y, las grandes empresas privadas, fundamentalmente las corporaciones transnacionales (15). Sin duda esta red de poder nacional e internacional hace que las decisiones del Estado "nacional", en materia legislativa tenga esa limitación en la respectiva estructura de poder en que está inmerso ese aparato estatal "soberano" (formalmente).
- 5) Todo lo anterior hace ardua la labor de investigación, pero —al mismo tiempo— llamativa y sugestiva. Claro desde la perspectiva teórica. Ya que el problema práctico de quién financia las investigaciones de campo y bajo qué supuestos, y al servicio de qué intereses, torna la tarea de la investigación en parte de la geopolítica del mundo y al investigador en una ficha más del tablero internacional de los grandes centros de poder financiero, militar y político del orbe, amén de la trama propia a nivel nacional (16).
- 6) Con lo anterior llegamos al conocido tema del investigador y sus amos visibles e invisibles. Y, al papel humilde y subordinado del que investiga, máxime en países supeditados a las grandes potencias, como es el caso de Costa Rica. No obstante, conocer este dilema o esta triste y amarga realidad, lo cierto del caso es que la investigación debe seguir adelante —de hecho—, por múltiples razones; y, no sólo porque hay empresas supranacionales o

gobiernos imperialistas interesados en tal o cual campo de investigación.

- 7) Finalmente, subrayamos que el par conceptual "derecho-referente empírico", en cuanto a trabajos de campo efectuados no existen en nuestro país. Y que el nivel de compenetración de este problema es sumamente pequeño. Sin duda, que esto amerita un tratamiento y una dedicación constante a esta temática para evitar (si eso es lo que se quiere) la promulgación de leyes sin vigencia, sin eficacia y sin raíces en la realidad cambiante de América Latina, en general, y de Costa Rica en particular.
- 8) El tratamiento de las hipótesis requiere de trabajos de campo, empíricos que tiendan a mostrar su aceptación o rechazo, al ser confirmadas o desechadas.

Cualquier ley podría servir para estos fines: el Código de Familia, la Ley de Administración Financiera de la República, la legislación sobre inquilinato, la Ley de Protección del Consumidor, etc.

A pesar de que el estereotipo que se ha formado en el medio de los técnicos del derecho es que la ley no se cumple, existe cierta estabilidad política que facilita la distribución de prejuicios, estereotipos y creencias sobre la realidad del Derecho y la seguridad legal. En este sentido juega un rol importante, para fines heurísticos y diagnóstico, los trabajos que ha venido publicando el Dr. Enrique Pedro Haba tanto en la Revista Judicial como en la Revista de Ciencias Jurídicas en los años de 1977 a 1979 sobre la relación de las variables lenguaje y derecho. A estos documentos que el Dr. Haba, precisamente, les estoy preparando unas reflexiones en torno al papel de la ideología jurídica y el lenguaje esotérico en que se escriben los códigos, las leyes; y en general, la estructura y función (por así decirlo) de los parámetros lenguaje, derecho e ideología. Cabalmente, uno de los problemas que presentan las hipótesis es

(14) Los estudios de campo en nuestro país que demuestren la relación de clientela-patronazgo entre burócratas públicos y políticos (en ejercicio del mando) son inexistentes también.

(15) *Entre realidad y utopía. La dialéctica de las ciencias sociales latinoamericanas* (Santiago de Chile: Revista de la CEPAL, No. 5, 1978, p. 49).

(16) En Costa Rica la legislación sobre ciencia, arte, tecnología y la cultura tecnocrática es débil, obsoleta y lo que es peor no existe un inventario sobre esa legislación ni voluntad política para hacerlo. Esto le permite a las transnacionales y a gobiernos imperialistas llevarse estudios sobre nuestra realidad para sus fines comerciales y políticos de dominación, sin que los grupos de científicos, técnicos y artistas costarricenses puedan defender la integridad y el patrimonio nacionales.

su redacción y sus funciones latentes y manifiestas. Por supuesto, que también, hemos incurrido en una toma de posición al poner esos ejemplos de posibles hipótesis de trabajo.

En esas hipótesis —ejemplificadoras— se debe aclarar que se entiende por mínimo desface, rea-

lidad y naturaleza jurídica (H_1). Y, en la H_2 , se debe definir operacionalmente (a los efectos del interior de la investigación) lo que se entiende por grado de eficacia, grado de correlatividad, realidad social y congruencia de la norma jurídica.

VII. BIBLIOGRAFIA USADA (BASICA)

1. **Legislación costarricense.**
 - a) Código de Familia
 - b) Código Penal
 - c) Código de Procedimientos Penales
 - ch) Código Municipal
 - d) Constitución Política
 - e) Presupuesto Nacional de los años de 1970 a 1978.
2. **Ensayos.** Elaborados por el autor de esta ponencia, sobre los temas tratados en ella y que han servido de referencia a la misma.
 - a) **Algunas anotaciones sobre la sociología del derecho.**
(San José: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 26, 1975, págs. 259 a 350).
 - b) **Algunas notas acerca del Código Penal de Costa Rica.**
(Madrid: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XXV fascículo II, mayo-agosto MCMLXXII, págs. 425 a 458).
 - c) **La sociología jurídica en Marx Weber.**
(San José, Editorial Trejos, 1975).
 - ch) **Análisis del Código Municipal de Costa Rica.***
(Madrid, Revista de Estudios de la Vida Local, No. 177, enero-marzo de 1973, págs. 113 a 136).
 - d) **El Instituto de Fomento y Asesoría Municipal.***
(Madrid: Revista de Estudios de la Vida Local, No. 179, julio a setiembre de 1973, págs. 529 a 541).

* Estos dos trabajos fueron reeditados por el Instituto de Fomento y Asesoría Municipal (IFAM) en una sola publicación en 1974 (1ra. ed.) y en 1975 (2da. ed.).



REGIMEN JURIDICO DE LOS RECURSOS NATURALES RENOVABLES Y DERECHO AGRARIO EN LA AMERICA LATINA (*)

*Prof. Rodrigo Barahona Israel. Facultad
de Derecho, Universidad de Costa Rica.*

SUMARIO

I. Introducción.	64
II. Recursos naturales renovables y Derecho agrario.	64
III. El régimen jurídico de los recursos naturales renovables en las leyes de reforma agraria.	66
A) Situaciones jurídicas de los entes administrativos encargados de la reforma agraria.	66
B) Situaciones jurídicas de los particulares.	68
IV. Conclusiones.	69

(*) *Relación costarricense para las Segundas Jornadas Italo-Latinoamericanas de Derecho Comparado. (6 al 9 de setiembre, 1977).*
Comisión: **RECURSOS NATURALES.**
Tema: *La tierra y los recursos naturales renovables.*

I. INTRODUCCION.

En atención a la naturaleza y propósitos de estas Jornadas, he optado por dedicar mi ponencia al estudio de un tema de teoría general del derecho agrario, aplicado al derecho de la reforma agraria de los países de la América Latina. Siendo una de las tareas principales del derecho comparado el buscar la armonización y unificación de los derechos nacionales, me propongo señalar aspectos del régimen jurídico de los recursos naturales en los derechos nacionales de los países latinoamericanos que demuestren una tendencia armónica y unitaria del derecho agrario de esta región. Más concretamente, deseo poner en evidencia la relación que existe entre el régimen jurídico de los recursos naturales renovables y la tutela de la actividad agraria dentro de las leyes de Reforma Agraria de la América Latina.

Este análisis permitirá apreciar la unidad sustancial del derecho de la reforma agraria en torno

al principio fundamental de interdependencia entre recursos naturales renovables y actividad agraria, tal y como se manifiesta en las distintas leyes que integran ese derecho. El principio de uso múltiple de los recursos naturales renovables consagrado en las legislaciones especiales, (1) conlleva necesariamente al establecimiento de prioridades (2) en orden a las cuales deben dirimirse los conflictos de intereses de los sujetos del ordenamiento en todo lo relativo al uso de estos recursos. En la América Latina, la principal fuente unitaria de regulación del uso de los recursos naturales renovables está constituida en la actualidad por el derecho de la reforma agraria (3) aunque es probable que en un futuro cercano los países opten por promulgar códigos sobre recursos naturales renovables, siguiendo en este sentido el conocido ejemplo de Colombia.

II. RECURSOS NATURALES RENOVABLES Y DERECHO AGRARIO

La doctrina agrarista que se ha ocupado del tema, generalmente explica la pertenencia del régimen jurídico de los recursos naturales renovables al campo del derecho agrario remitiéndose a criterios axiológicos derivados de los fines superiores de la política agraria. En este sentido es ilustrativa la opinión del Grupo Regional de Asesores en Derecho Agrario para la América Latina, según la cual un capítulo del contenido del derecho agrario está "compuesto por los valores, normas y conductas relativas a regular la actuación del Estado y de los particulares en cuanto a la conservación, desarrollo y aprovechamiento de los recursos naturales, como la tierra, el agua, la flora y la fauna, el bosque, y

también aquellas relativas a la protección del medio ambiente rural, en cuanto es necesario para la conservación de la vida y la producción agrícola, evitando que la acción del hombre lo altere o destruya el adecuado equilibrio ecológico, por ejemplo, contaminación del agua, erosión, explotación irracional de ciertas especies, utilización de pesticidas o fungicidas inadecuados, utilización irracional del agua, sanidad vegetal, etc." (4). Quizás a la cita anterior podría agregarse que el derecho agrario está compuesto por normas y principios, en los cuales se manifiestan los valores que son en última instancia el fundamento de regulación de las conductas (5), (6).

- (1) En el derecho agrario costarricense el uso múltiple de los recursos naturales renovables es reconocido explícitamente en la legislación forestal, con carácter determinativo de la política estatal en este sector. Véanse el artículo 1 de la Ley Forestal, número 4465 de 25 de nov de 1969, y el ensayo de Rodrigo Barahona Israel, "Política y Legislación Forestal en Costa Rica", en el Acta Final del Primer Congreso Nacional sobre Conservación de Recursos Naturales Renovables, Universidad de Costa Rica, 1974, págs. 223-232.
- (2) Véase por ejemplo el artículo 9, inciso d) del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente de Colombia, Decreto No. 2811 de 18 de Dic. de 1974.
- (3) Sobre el contenido del término "derecho de la reforma agraria" véase de Antonio Carrozza, "La prelazione legale nel diritto della riforma agraria", en Gli istituti di diritto agrario, Vol. II, Milano 1970, págs. 147-48.
- (4) *Derecho Agrario y Desarrollo Agrícola: estado actual y perspectivas en América Latina*, FAO, Italia, 1975, págs. 21.
- (5) Sobre las relaciones entre valores, principios, normas y conductas a nivel de teoría general del derecho véase de Angelo Falzea, "Efficacia Giuridica", en Voci di Teoria Generale del Diritto, Milano 1970.
- (6) Sobre nuestra definición del Derecho Agrario nos remitimos al volumen "Derecho Agrario" de Oscar Salas y Rodrigo Barahona, Universidad de Costa Rica, 1973, pág. 42.

En todo caso, es conveniente identificar el ámbito de pertenencia del régimen jurídico al derecho agrario partiendo del concepto mismo de este, o mejor aún de la actividad cuyos intereses regula esta rama del ordenamiento jurídico. Considero que forman parte del derecho agrario las normas jurídicas sobre los recursos naturales renovables cuyo objeto de regulación es el uso agrícola actual o potencial, de estos recursos (7) (8). Fundamento este criterio en lo que podría denominarse una visión ecológico-jurídica del derecho agrario, según la cual las situaciones típicamente agrarias se identifican "por la presencia de un ciclo biológico de producción vegetal o animal" que constituye el elemento ontológicamente característico de lo agrario (9). Según esta concepción, original del profesor Antonio Carrozza aquí presente, los actos agrarios son siempre "actos de crianza" (de animales y vegetales) y actos realizados en función y como consecuencia directa de esta. Desarrollando este concepto de la actividad agraria, estarían comprendidas dentro del derecho agrario todas las normas jurídicas que regulan las conductas de los sujetos del ordenamiento en relación con el uso agrícola de los recursos naturales renovables por ser estos recursos los que hacen posible, desde el punto de vista ecológico, el desarrollo del ciclo biológico típico de lo agrario. Los distintos hechos jurídicamente relevantes de este proceso se manifiestan como hechos jurídicos naturales y humanos, que encuentran su regulación dentro del derecho agrario. Esta concepción de las relaciones entre el régimen jurídico de los recursos naturales renovables, y actividad agraria, fundada sobre las relaciones ecológicas de la naturaleza, abre un campo muy interesante de complementación científica

entre el derecho agrario y la ecología, que se constata en normas del derecho de la reforma agraria de la América Latina. El punto de vista ecológico en el estudio del régimen jurídico de los recursos naturales renovables como parte del derecho agrario no es desde luego excluyente de las valoraciones económicas, sociales y políticas de esta rama del ordenamiento. Todo lo contrario, existe una unidad de valoraciones en el derecho positivo latinoamericano, que se advierte sobre todo en aquellas normas que consideran inherente al principio de la función social de la propiedad de la tierra, el uso racional de los recursos naturales renovables. Como lo dice claramente el artículo 24 de la Ley de Reforma Agraria del Ecuador, "*La propiedad rústica no cumple la función social cuando. . . Inc. 2): no se conservan los recursos naturales renovables*" (10). La estructura particular del derecho de propiedad de la tierra en cuanto bien productivo, puesta de relieve desde hace mucho tiempo por la doctrina agrarista (11) es característica del derecho de propiedad sobre los recursos naturales renovables, por cuanto, como lo establece el artículo 1 del Código Nacional de Recursos Naturales de Colombia, "*La preservación y manejo de los recursos naturales renovables son de utilidad pública e interés social*".

La pluralidad de valoraciones a que responde el régimen jurídico de los recursos naturales renovables debe también examinarse, como bien lo hace la citada opinión del Grupo Regional de Asesores en Derecho Agrario para la América Latina a nivel de política agraria, específicamente de la política agraria dirigida a realizar la llamada reforma agraria "integral".

-
- (7) Para una clasificación, hecha por un jurista, de los recursos naturales y de los usos de que son susceptibles éstos, véase Guillermo Cano, "*Marco Jurídico-Institucional para el manejo de los recursos naturales*": FAO, Italia, 1975.
- (8) Las relaciones entre recursos naturales y derecho agrario no se limita desde luego a la utilidad directa del recurso para la agricultura, sino que se remonta hasta los mismos contratos agroindustriales, como por ejemplo las relaciones jurídicas de origen legal establecidas entre productor y beneficiador de café en el derecho costarricense contemplando los gastos de combustible como gasto deducible en la liquidación de la cosecha, ver artículo 55, f) 2, de la Ley sobre el Régimen de Relaciones entre Productores, Beneficiadores y Exportadores de Café de Costa Rica, Ley 2762 de 21 de junio de 1961.
- (9) CARROZZA, Antonio, "*Problemi Generali e profili di qualificazione del diritto agrario*", Milano, 1975, capítulos I y II. Hemos escrito una reseña a este volumen con amplia consideración de este concepto de lo agrario en la Revista Judicial de la Corte Suprema de Justicia, Año I, No. 4, junio 1977, págs. 79-83.
- (10) Ver nota 12 infra.
- (11) Para amplias referencias bibliográficas sobre la estructura del derecho de propiedad de la tierra dentro del derecho agrario, véase nuestro escrito "*Aspectos histórico-sistemáticos de la evolución del contrato de arrendamiento de fundos rústicos en la experiencia de algunos derechos europeos occidentales*" en Revista de Ciencias Jurídicas, número 22, Universidad de Costa Rica, págs. 287-295.

III. EL REGIMEN JURIDICO DE LOS RECURSOS NATURALES RENOVABLES EN LAS LEYES DE REFORMA AGRARIA DE LA AMERICA LATINA

A. Precisado el ámbito de pertenencia del régimen jurídico de los recursos naturales renovables al derecho agrario, corresponde ahora corroborar en las leyes de reforma agraria de la América Latina las relaciones que fundamentan este ámbito de pertenencia. Para estos efectos y dada la naturaleza de este trabajo nos limitaremos a estudiar algunas de las disposiciones sobre recursos naturales renovables en las leyes de Reforma Agraria de México, Guatemala, Honduras, Cuba, Nicaragua, Costa Rica, Panamá, Venezuela, Colombia, Ecuador, Brasil, Perú y Chile (12). Esta selección obedece a un intento por incluir en el análisis disposiciones legales de países que han venido desarrollando distintos tipos de Reforma Agraria, según la tipología de estas elaborada por el colombiano Antonio García (13).

A nivel de política agraria y de colonización, los países intentan integrar la contribución de los recursos naturales renovables al aprovechamiento racional de la aptitud productiva de la tierra, promoviendo el desarrollo integral característico de la reforma agraria y evitando que las políticas de colonización redunden en la destrucción o utilización irracional de los recursos (14).

La reforma agraria es un proceso de cambio estructural que debe analizarse como parte de un modelo de desarrollo integral de la sociedad, conforme a lo dispuesto en el llamado Marco Teórico de la Reforma Agraria en América Latina aprobado en la Undécima Conferencia Regional de la FAO para América Latina, realizada en Caracas en octubre de 1970 (15). A los entes administrativos creados para planificar y ejecutar la reforma agra-

ria, el ordenamiento jurídico atribuye determinados poderes y deberes para el cumplimiento de los objetivos establecidos en las respectivas leyes. Uno de los objetivos primordiales en todas las leyes estudiadas es la protección y uso racional de los recursos naturales renovables, y la tarea doctrinaria reside en precisar cómo el fundamento de los poderes y deberes atribuidos a los mencionados entes administrativos en esta materia, es la tutela de los intereses jurídicos presentes en la actividad agraria.

La interdependencia entre recursos naturales y actividad agraria, que como ya hemos dicho tiene un origen ecológico, tiene una explicación aún más clara por cuanto respecta a los países de la América Latina, debido a los factores de desarrollo existentes en estos países de economía fundamentalmente agraria. En los países latinoamericanos el uso racional de los recursos se presenta no únicamente como protección de todo el ambiente humano (l'environnement) (16) sino también como condición y fundamento de todo el proceso de desarrollo nacional y regional (17).

Lo que debe demostrarse dentro de los propósitos de esta ponencia, es como el derecho de la reforma agraria de la América Latina, que desde el punto de vista dogmático (y de ahí la insuficiencia del análisis puramente dogmático en el derecho agrario) está dirigido a actualizar las necesidades de desarrollo mencionadas, regula el uso de los recursos naturales renovables en función de la actividad agraria, lo que permite afirmar la integración coherente del régimen jurídico de estos recursos dentro del derecho agrario. El proceso de la reforma agra-

-
- (12) Las leyes son las siguientes: México, ley de 22 de mayo de 1971; Guatemala, No. 1551, 16 de marzo de 1963; Cuba, leyes de 17 de mayo de 1959 y de 3 de octubre de 1963; Nicaragua, No. 797, 3 de abril de 1963; Costa Rica, No. 2825 de 14 octubre 1961; Panamá, No. 37 de 21 de setiembre de 1962; Venezuela, ley de 19 de marzo, 1960; Ecuador, No. 1172, 9 de octubre 1973; Perú, No. 17716, 18 agosto de 1970; Honduras, No. 170, 30 diciembre 1974; Colombia, No. 135 de 1961; Brasil, No. 4504, 30 de noviembre, 1964; Chile, No. 16640 de 16 julio 1967.
- (13) Ver en el volumen *Sociología de la reforma agraria en América Latina*, Buenos Aires, 1973, el ensayo *Tipología de las reformas agrarias latinoamericanas*, págs. 7-57.
- (14) Véase informe del "Seminario sobre desarrollo forestal, reforma agraria y colonización para países de A. Latina" (Brasil, noviembre 1968), FAO, Roma 1969.
- (15) Publicado en la *Revista Desarrollo Rural de las Américas*, (IICA, San José 1970), II, No. 3, pág. 185.
- (16) Véase el excelente tratado del profesor Lamarque, "Droit de la protection de la nature et de L'environnement", Paris, 1973.
- (17) Véanse, para el caso de Costa Rica, las ponencias de Luis Fournier y Joseph A. Tossi Jr. en el Acta Final citada supra, nota 1, págs. 25-42 y 89-108, y la intervención del Ingeniero Jorge Manuel Dengo Obregón en el Simposio "Costa Rica en el año 2.000" celebrado en el Teatro Nacional del 11 al 18 de Noviembre de 1976, publicado por la Oficina de Planificación Nacional y Política Económica, Costa Rica 1976.

ria, que deben realizar los gobiernos tiene determinados objetivos establecidos en las leyes, objetivos que vienen a constituir, previa una reelaboración científica, los principios generales de la reforma agraria integral (18). Para cumplir esos objetivos, los correspondientes entes administrativos son titulares de situaciones jurídicas potestativas y obligacionales que reflejan todas las valoraciones sociales del proceso de reforma agraria. Uno de los principales objetivos de la legislación agraria de los países latinoamericanos es el de "contribuir a la conservación y uso adecuados" de los recursos naturales (19). En este sentido las leyes encargan a los entes administrativos labores de tutela de los recursos naturales renovables (20), las cuales comprenden la instauración de tipos de empresa agraria que sean adecuadas para la explotación racional de estos recursos (21). En otras palabras, la forma de empresa agraria puede venir determinada por las circunstancias objetivas en que debe realizarse la actividad productiva, consistiendo estas circunstancias en el uso racional de los recursos naturales (22). Incluso la colonización dirigida, que no debe confundirse con la reforma agraria aun cuando su régimen jurídico está con frecuencia incluido dentro de las leyes de reforma agraria, debe organizarse de acuerdo con la aptitud agrícola o ganadera de los suelos y las condiciones meteorológicas de la región, debiendo disponerse reservas para la conservación de los recursos naturales (23). En relación con las referencias legislativas anteriores, es interesante la opinión del agrarista peruano Francisco Oliart, según la cual las empresas comunitarias constituyen la organización productiva

más apta para realizar la reforma agraria (24), sobre todo en consideración a la explotación racional de los recursos naturales renovables. El desarrollo de la empresa agraria, cuyos límites superficiarios en algunos casos se determinan con referencia a las condiciones ecológicas de las regiones (25), es el fundamento de algunos de los poderes atribuidos a los entes administrativos encargados del proceso de reforma agraria en relación con los recursos naturales renovables. La intervención prioritaria del ente debe realizarse en las tierras que por sus condiciones ecológicas mejor permitan el desarrollo de la actividad agraria por parte de los asentamientos campesinos (26), y el correspondiente órgano administrativo debe planificar la transformación económica y social de las regiones hacia modelos de desarrollo agrario, incluyendo en los correspondientes planes la realización de obras necesarias para "la conservación de suelos agrícolas, saneamiento de terrenos, desecación de pantanos, marismas, canalización de arroyos o ríos y repoblación forestal..." (27). Los poderes de intervención sobre la propiedad privada de los particulares constituyen, como lo establece el artículo 27 de la Constitución mexicana atributos de un derecho de la Nación "para regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar de su conservación". Por consiguiente, la adquisición de tierras de propiedad privada para el cumplimiento efectivo de la política de reforma agraria, debe llevarse a cabo en un orden de prelación fundado sobre el uso racional de los recursos naturales (28).

(18) Véase de Alberto Ballarín Marcial, *Principios de la Reforma Agraria Integral*, Madrid 1970.

(19) Sobre el particular véase el artículo 27, Chile, y el 1, Costa Rica. En lo subsiguiente citaremos artículos de las leyes de Reforma Agraria estudiadas que reflejan una tendencia regional, sin citar necesariamente sus equivalentes en las leyes de todos los países.

(20) Arts. 68 y 339, Colombia; 1, Guatemala; 2 y 4 Nicaragua.

(21) Art. 13, México.

(22) Art. 40, incisos 2 y 4, Cuba.

(23) Art. 45, Colombia.

(24) Escribe Oliart: "En suma, la propiedad comunitaria de los bienes productivos que por su naturaleza misma no puede ser aplicada sino colectivamente mediante el trabajo asociado de muchos hombres, significará la existencia de una sociedad donde nadie viva sin trabajar y donde el capital pase a manos del trabajo organizado. Teóricamente, debe admitirse que el comunitarismo es una variedad del socialismo, pero el socialismo comunitario es distinto al estatal porque la autogestión de los trabajadores, respecto a la empresa y a la economía, es fundamental. "Empresa comunitaria y reforma agraria", en el volumen publicado por el IICA, 1975, titulado *La empresa comunitaria*, José Emilio G. Araujo, editor.

(25) Art. 91, Colombia.

(26) Art. 4, inc. 1, Ecuador.

(27) Art. 43, Guatemala.

(28) Por ejemplo, el artículo 12, Ecuador, establece que serán expropiadas aquellas tierras en las cuales la actividad productiva se desarrolla mediante "prácticas contrarias a la conservación de los recursos naturales renovables así como las tierras expuestas a erosión eólica, hídrica o biológica que no fueren defendidas mediante la plantación de bosques o pastos o con el empleo de otros sistemas protectores".

Los suelos, considerados en sus condiciones de aptitud productiva (29), son los recursos naturales más irracionalmente explotados y las leyes de reforma agraria constituyen en gran medida, instrumentos jurídicos dirigidos a lograr su explotación racional conforme a los esquemas de desarrollo de los países. Los biólogos y los ecólogos han venido manifestando desde hace bastante tiempo que una condición esencial para el desarrollo autóctono de los países no industrializados, que integran la mayor parte de la región latinoamericana, es la de realizar estudios que determinen la aptitud productiva de las tierras. Esta determinación permitiría la planificación racional del uso no solo del recurso suelo sino de todos los recursos naturales renovables que sirven a la agricultura, (y no solo de estos, desde luego). En otras palabras, el conocimiento pleno del uso que debe darse a cada parte del territorio para el mejor uso de los recursos presentes en las diversas zonas, es desarrollando el criterio de estos especialistas, absolutamente indispensable para el proceso mismo de reforma agraria (30).

La existencia de tierras incultas, en cuanto constituye un uso irracional de la tierra, es sancionada en tutela del interés de la comunidad con la expropiación. La total o parcial carencia de explotación, o la explotación en forma contraria a la "*vocación natural de los suelos*" (31), es causal de expropiación de los predios de propiedad privada y de pérdida incluso del derecho de propiedad adquirido del Estado por parte de los beneficiarios de la reforma agraria, cuando estos propietarios no cumplan con las disposiciones reguladoras del uso de los recursos naturales (32). La explotación deficiente ocurre cuando las tierras no son utilizadas "*de acuerdo con las condiciones geográficas y ecológicas de la zona*" (33).

Las anteriores referencias al derecho de la reforma agraria de la América Latina, hechas únicamente por vía de ejemplo, confirman la idea central de esta ponencia por cuanto permiten apreciar cómo la regulación de los recursos naturales renovables es elemento integrativo del régimen jurídico de la actividad agraria, y está establecida en función del desarrollo de la empresa agraria.

B. Si examinamos, dentro de las leyes de reforma agraria de la América Latina, la regulación de los recursos naturales renovables y la actividad agraria por cuanto se refiere a las situaciones jurídicas en que se encuentran los sujetos particulares, encontramos lógicamente la misma relación ya apuntada: los poderes y deberes que pueden ser atribuidos a los particulares, en cuanto al uso de los recursos naturales renovables, tienen como objetivo principal la tutela de estos recursos en función de la actividad agraria.

Por cuanto respecta a la mencionada obligación de los particulares de cumplir con la función social de la propiedad de la tierra (que debe interpretarse como función social del uso de la tierra tomados en consideración todos sus recursos), es parte integrante de la misma obligación "*la conservación y utilización racional de todos los recursos naturales renovables tales como la flora o cubierta forestal, los suelos. . . (y) . . . las aguas*" (34). La función social que debe cumplirse es específicamente del uso de la tierra de parte de los titulares de la correspondiente empresa agraria, que pueden ser propietarios, arrendatarios, adjudicatarios, etc. (35). Cuando la obligación es satisfecha, los titulares no están sujetos a las sanciones que las respectivas leyes establecen (36). Si en la explotación agraria se realiza un "*mal manejo y deterioro de los recursos naturales*" (37), los particulares no

(29) La clasificación de los suelos aparece incluida en sus aspectos definitorios por ejemplo en la ley de Chile, art. 1. incisos k), l), n), o), p).

(30) Ver estudios citados en notas 1 y 17 infra.

(31) Art. 30, inc. 3, Ecuador.

(32) Art. 55, Cuba.

(33) Art. 25, Ecuador.

(34) Arts. 3 y 5, Panamá.

(35) Art. 154, México.

(36) Arts. 85, México; 20 y 21, f) Nicaragua; 12, 14, Guatemala, 24 Colombia.

(37) Art. 15, Perú.

obtienen ciertos derechos específicos contenidos en el ordenamiento agrario. Así por ejemplo, no pueden ejercer el derecho de exclusión (en la expropiación) quienes no realizan un uso racional de los recursos naturales renovables (38), como tampoco obtiene el derecho de adquisición (en la adjudicación) el arrendatario que *"tenga el predio subarrendado, abandonado, o mal explotado, o haya realizado una explotación que hubiere produ-*

cido el deterioro del suelo" (39).

En el caso contrario, cuando se dedican las tierras *"a la defensa de los suelos o de aguas, y en general a la protección de los recursos naturales"* (40), el empresario agrícola deviene titular de estos derechos específicos, lo que viene a constituir un estímulo para el uso racional de los recursos naturales renovables y la manifestación de una tutela especial de la actividad agraria (41).

IV. CONCLUSION:

Habiéndose demostrado por cuanto se refiere a la reforma agraria de la América Latina que la regulación del uso de los recursos naturales renovables está elaborado primordialmente en función de la actividad agraria, las conclusiones quizás más importantes que se derivan de ello son las siguientes:

1) La pertenencia al campo del derecho agrario del régimen jurídico de los recursos naturales renovables regulados en función de la actividad agraria, hace aplicables a este régimen jurídico los principios generales de interpretación del derecho agrario; y,

2) A lo menos en aquellos países en los que la jurisdicción agraria es competente para conocer de *"los conflictos y controversias que se originen con motivo de la aplicación. . . del derecho agrario en general"* (42), o bien *"de la aplicación de la legislación agraria"* (43), o aun *"del aprovechamiento de*

los recursos agrícolas" (44), según la tesis expuesta en este trabajo, es competencia de la jurisdicción agraria la solución de los conflictos que se presenten en el uso de los recursos naturales renovables regulados por el derecho agrario.

Un desarrollo ulterior de las ideas aquí expuestas deberá demostrar la aplicabilidad de la mencionada relación entre régimen jurídico de los recursos naturales renovables y actividad agraria, a la regulación de estos recursos en la legislación especial distinta de la de reforma agraria, en los países latinoamericanos. Esta investigación subsiguiente iría probablemente en abono de la tendencia expansiva de la ciencia del derecho agrario, que se acrecienta en grado de elaboración y coherencia a medida que la solución de los problemas más fundamentales de supervivencia humana se hace cada día más apremiante.

(38) Art. 15, Chile.

(39) Art. 18, Chile.

(40) Art. 137, Colombia.

(41) Un ejemplo de estos derechos específicos que el ordenamiento agrario atribuye en compensación por el uso racional de los recursos naturales renovables es el contemplado en el mismo artículo 137, Colombia, que establece que *"no se computará renta presuntiva sobre los terrenos o porciones de los mismos que no exploten económicamente"* con el fin de destinarlos a la protección de los recursos naturales.

(42) Decreto Ley No. 17716 de 26 de junio de 1969, Perú.

(43) Artículo 1 del Proyecto de Ley de Creación de la Jurisdicción Agraria de Costa Rica, según reforma aprobada por la Comisión de Gobierno y Administración de la Asamblea Legislativa en fecha 7 de junio de 1977 al proyecto publicado en Alcance No. 13 a La Gaceta No. 19 de 28 de enero de 1977.

(44) Artículo 1 de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios de Venezuela, publicada en Gaceta No. 31007 de 21 de junio de 1976.

“ALGUNOS CONCEPTOS BASICOS EN MATERIA DE SOCIEDADES COMERCIALES”

Dr. Gastón Certad. M.

SUMARIO

Prefacio.	72
1. Sociedad. Concepto.	72
2. Autonomía Patrimonial y personalidad jurídica.	73
3. Las sociedades de personas.	73
A. La sociedad en nombre colectivo.	73
I. Constitución de la sociedad en nombre colectivo y régimen publicitario.	74
II. Autonomía patrimonial y relaciones con terceros. Personalidad Jurídica.	74
B. La sociedad en comandita.	74
4. Las sociedades de capital.	75
A. La sociedad anónima.	75
I. Concepto.	75
II. Constitución de la sociedad anónima.	76
III. El capital social.	77
IV. Las acciones.	77
V. Los órganos sociales.	78
a) El órgano deliberativo: la asamblea de socios.	78
b) El órgano gestor. Los administradores. Su responsabilidad.	79
c) El órgano contralor. La vigilancia de la sociedad: los fiscales.	80
VI. Modificaciones al acto constitutivo.	80
VII. Disolución y liquidación.	81
VIII. Extinción.	81
IX. Sociedades controladas, “holdings”, sociedades en cadena.	82
B. La sociedad de responsabilidad limitada. Noción y disciplina.	82
Apéndice. La empresa individual de responsabilidad limitada.	83

P R E F A C I O

A diferencia de otros artículos nuestros en tema de sociedades que han pretendido ser polémicos, interpretativos y hasta duramente críticos de la legislación vigente, éste se propone ofrecer un rápido panorama de las sociedades mercantiles costarricenses, resumiendo sus características propias

y sin comentarios críticos de relieve. Pretenden, humildemente servir de texto didáctico elemental. Al escribirlas, lo hicimos pensando en nuestros queridos alumnos, sobre todo en aquellos que dan sus primeros pasos en el estudio del derecho privado costarricense.

1. SOCIEDAD. CONCEPTO:

Con la palabra "sociedad" algunas veces pretendemos referirnos a la sociedad como negocio jurídico, otras, a la sociedad como la persona jurídica que de ese negocio se origina. Generalmente, cuando se habla de sociedad, "tout court", se hace referencia a esta segunda acepción: cuando por el contrario pretendemos referirnos al negocio constitutivo solemos comúnmente hablar de contrato de sociedad.

Así por ejemplo, el Código Civil italiano, en su artículo 2247, refiriéndose al negocio constitutivo, lo define como el contrato en que "dos o más personas confieren bienes o servicios para el ejercicio en común de una actividad económica con la finalidad de dividirse las utilidades", de donde se obtienen sus elementos caracterizantes: el aporte que debe realizar cada socio; el fin lucrativo (distribución de utilidades entre los socios); y el ejercicio en común de una actividad económica. Nuestro Código de Comercio no contiene una definición de esta figura; tampoco la encontramos en el Código Civil.

El negocio constitutivo de sociedad es definido entonces por el Código italiano como un contrato. Esta definición, según la opinión que hoy prevalece en la doctrina italiana, podemos considerarla exacta al caer en desgracia la teoría que afirmaba que el negocio constitutivo de sociedades debía situarse entre los negocios contractuales, y clasificarse entre los actos colectivos.

Pero la revisión crítica de la tradicional teoría contractualista no ha sido infecunda: ella ha permitido distinguir, en la amplia categoría del contrato, de una parte, los contratos de intercambio, de la otra, los contratos de organización; y, además, distinguir aquellos contratos en los cuales opuestos intereses animan a los contratantes (de los que es típico ejemplo la compraventa), de

aquellos donde las partes persiguen el logro de un fin común (y, de estos, típico ejemplo es el contrato de sociedad).

El contrato de sociedad implica para las partes (socios) la obligación fundamental del aporte.

El contenido del aporte no está específicamente determinado y por lo tanto puede ser de la más variada naturaleza (arts. 18 incs. 9, 29 y 32 del C. de C.). Es necesario aquí aclarar que no sólo los bienes que constituyen el aporte pueden ser de cualquier naturaleza, sino que pueden ser conferidos en propiedad o en simple usufructo o goce (artículo 31, ibídem).

Pero lo que caracteriza al contrato de sociedad es que los bienes o servicios conferidos deben ser destinados al ejercicio en común de una determinada actividad, con la finalidad de dividirse las utilidades. El contrato persigue el logro y repartición de las utilidades entre los socios (el fin de lucro); pero el lucro debe alcanzarse a través del ejercicio en común de una determinada actividad, económica, para unos, mercantil, para otros.

La actividad ejercida por la empresa puede ser una actividad comercial o no comercial. Si se trata de una actividad no comercial ella puede ser ejercida colectivamente bajo la forma de la sociedad civil (arts. 1206 y 1207 del Código Civil), de la asociación (artículos 1 y 2 de la Ley de Asociaciones) o de la sociedad mercantil (artículo 5 inciso c del C. de C.); si por el contrario se trata de una actividad comercial ella puede ser ejercida en Costa Rica, bien bajo la forma de una asociación cooperativa, bien bajo la forma de una sociedad mercantil, en cualesquiera de sus tipos: sociedad en nombre colectivo; sociedad en comandita; sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada (ver mismos artículos citados y artículo 5, inciso c del C. de C.). Así, una sociedad en nombre colectivo o, por ejemplo, una sociedad anónima, puede perfectamente constituirse para el ejercicio de una

actividad no mercantil, por ejemplo, una actividad agrícola; pero una sociedad civil o una asociación no pueden realizar una actividad comercial.

Tampoco exige nuestro legislador mercantil que la sociedad tenga necesariamente un fin de lucro (artículo 17 C. de C.). De ahí que se afirme que en Costa Rica se sigue, en materia de sociedad mercantil un criterio formal: es sociedad mercantil la que se constituya de conformidad con las disposiciones del Código de Comercio, cualquiera que sea su finalidad o su objeto.

2. AUTONOMIA PATRIMONIAL Y PERSONALIDAD JURIDICA.

Los elementos que aunan a todas las formas de sociedad, y que a ellas la ley atribuye, son la autonomía patrimonial y la personalidad jurídica. El patrimonio social es "autónomo" frente al patrimonio de cada uno de los socios. Ello implica una destinación específica de ese patrimonio a los fines sociales; implica que en ningún caso los socios pueden retirar su cuota de participación en los bienes sociales de la persecución del fin social; implica también una "insensibilidad" del patrimonio social a todas aquellas vicisitudes que puedan afectar los respectivos patrimonios de los socios.

Las deudas de un socio no afectan al patrimonio social; el acreedor del socio, mientras dure la sociedad, puede hacer valer sus derechos sobre las utilidades que le corresponden a su deudor; pero, hasta que no se concluya la liquidación del ente, el patrimonio social es para él intangible: él debe esperar a que el ciclo de vida de la sociedad se concluya, y sólo sobrevinida la disolución, y sobre los bienes que serán asignados a su deudor, podrá satisfacerse.

Como se aprecia, la autonomía patrimonial consiste principalmente en excluir el hecho de que las vicisitudes patrimoniales de los socios incidan sobre el patrimonio social. Una completa autonomía exigiría además que los patrimonios de los socios fueren a su vez insensibles a cualquier vicisitud que afecte al patrimonio social: esta autonomía absoluta se presenta en aquellas formas de sociedad en las cuales se excluye toda responsabilidad de los socios por las obligaciones sociales (las llamadas sociedades de capital).

Pero aun en las sociedades de personas, en donde es normal una responsabilidad personal ilimitada y solidaria de los socios ante las obligaciones sociales, la autonomía patrimonial tiene una

primera, si bien limitada, afirmación en la norma que le permite al socio, compulsado para el pago de una deuda social, pedir la preventiva excusión del patrimonio social, indicando los bienes sociales sobre los cuales el acreedor pueda fácilmente satisfacerse (arts. 51 y 74). Es éste el llamado en doctrina "beneficio de excusión".

Además todas las sociedades mercantiles inscritas son personas jurídicas; nuestro legislador les reconoce personalidad jurídica, subjetividad de derecho; las reconoce como sujetos de derecho (art. 20), de modo que la sociedad es persona distinta a la de cada uno de los socios que la forman; a partir de su inscripción en el Registro Público, Sección Mercantil.

3. LAS SOCIEDADES DE PERSONAS.

A. LA SOCIEDAD EN NOMBRE COLECTIVO.

Es la forma más elemental de sociedad comercial; aquella que más comúnmente asume la empresa individual que se transforma en sociedad, cuando por causas hereditarias los hijos continúan conjuntamente el comercio del padre difunto, o el comerciante que quiere extender su propio campo de actividad y no dispone de los capitales suficientes, asocia en sus propios negocios a uno o más amigos. Un espíritu de recíproca confianza, basada en los vínculos de parentesco o amistad, es el que une a los socios de la colectiva; el azar de los negocios sociales abarca todos los bienes de todos los socios; ella no puede ser afrontada sin que una continua colaboración se desarrolle entre los copartícipes en la empresa.

La disciplina jurídica de la sociedad en nombre colectivo tiene siempre presente éstas sus características sustanciales. Típica manifestación es la norma que prohíbe al socio, so pena de resultar incurso en los daños y hasta de ser excluido de la sociedad de ejercer por cuenta propia o ajena una actividad análoga a la de la sociedad (art. 48).

La sociedad en nombre colectivo actúa bajo una "razón social", formada por el nombre y apellido o sólo el apellido de uno o más socios, con la indicación de la relación social (y Cía., y hnos., e hijos, etc.). (Artículo 35).

La ley permite que en la razón social de una colectiva se utilice, previo consentimiento, el nombre de una persona extraña a la sociedad; esa persona, por ese solo hecho, queda sujeta a las responsabilidades ilimitadas que corresponden a los

socios (art. 36). Permite además la ley que en la razón social se conserve el nombre del socio separado siempre que éste lo consienta, pero deberá agregársele a la razón la expresión "Sucesores" u otra equivalente. En estos casos la responsabilidad del socio separado se mantiene idéntica mientras su nombre aparezca en la razón social (artículo 37).

I. Constitución de la sociedad en nombre colectivo y régimen publicitario.

Para la constitución de la persona jurídica sociedad en nombre colectivo se requiere la forma escrita, más concretamente, escritura pública. Ella se consagra en el "acto constitutivo", en el cual deben indicarse lugar y fecha en que se celebra el contrato; nombre completo y generales de los socios (en caso de personas físicas) o razón o denominación social de los mismos (en caso de personas jurídicas); clase de sociedad que se constituye; el objeto social; la razón social; duración de la sociedad y posibles prórrogas; monto del capital social y forma y plazo en que deba pagarse; indicación del aporte de cada socio en dinero, bienes u otros valores (cuando se aporten bienes distintos del numerario deberá dárselos y consignarse la estimación correspondiente); domicilio social; forma de administración y facultades de los administradores; nombramiento de los administradores; forma de elaborar los balances y de distribuir utilidades y pérdidas entre los socios; casos en que la sociedad haya de disolverse anticipadamente; modo de proceder a elegir los liquidadores y facultades que se les confieren; cómo se practicará la liquidación de la sociedad; y cualquier otra convención que hubieren acordado los fundadores (art. 18).

La constitución de la sociedad y cualesquiera otros actos que de alguna forma modifiquen su estructura deberán ser consignados en escritura pública, publicados en extracto en La Gaceta e inscritos en el Registro Mercantil. Mientras la publicidad no se haya efectuado la sociedad no está regularmente constituida; existe, porque para la existencia de la sociedad no es requisito esencial la publicidad y ni siquiera el acto escrito (que es requisito sólo para la inscripción), pero como sociedad irregular o bien como sociedad de hecho.

También las modificaciones al acto constitutivo deben ser inscritas en el Registro Mercantil: la falta de inscripción las convierte en inoponibles a terceros.

II. Autonomía patrimonial y relaciones con los terceros. Personalidad jurídica.

A pesar de la responsabilidad ilimitada y solidaria de todos sus socios, los acreedores sociales no pueden pretender la cancelación de sus créditos por parte de uno, varios o todos los socios, sino después de haber ejercitado infructuosamente su acción contra la sociedad; ni tampoco podría el acreedor particular de un socio pedir la liquidación de la cuota de su deudor mientras dure la sociedad.

A esta acentuada autonomía patrimonial corresponde una mayor garantía para los terceros, sean ellos acreedores sociales o acreedores particulares de un socio.

Los acreedores sociales, no obstante disfrutar de la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios, son puestos frente a la obligación de "requerir" preliminarmente a la sociedad; de ahí su interés en que este patrimonio permanezca íntegro.

A tutela de este interés, aflora en la sociedad en nombre colectivo un concepto que es fundamental para todas las sociedades comerciales, más aún para aquellas a responsabilidad limitada: el concepto de capital social. Los aportes que van a constituir el patrimonio social deben ser evaluados en dinero y la cifra, que corresponde a la evaluación en dinero del conjunto de aportes, constituye el llamado capital social.

Otro concepto de trascendencia en las sociedades es el patrimonio que es el resultado de la operación aritmética de haber-deber sociales.

En el momento de la constitución de la sociedad debe existir una exacta correspondencia entre patrimonio social y capital social; pero sucesivamente las vicisitudes de uno no van estrechamente ligadas a las del otro. El capital social viene a constituir un elemento contable fijo, registrado, que no puede ser modificado sin que se modifique el acto constitutivo de la sociedad; el patrimonio, por el contrario, varía según los resultados positivos o negativos de la actividad social.

B. LA SOCIEDAD EN COMANDITA.

Característica de la sociedad en comandita es que en ella se distinguen dos categorías de socios: los comanditados o gestores, quienes —además de estar obligados frente a la sociedad a la ejecución de sus aportes— son personal e ilimitadamente responsables, con vínculo solidario, frente a terceros por las obligaciones sociales (así como los socios de una sociedad en nombre colectivo), y los comanditarios o capitalistas, quienes están obligados

frente a la sociedad sólo a la ejecución de sus aportes, teniendo por lo tanto una responsabilidad limitada al monto de estos.

Existen dos especies de sociedades en comandita; aquellas en las cuales las cuotas de participación de los comanditarios no están representadas por acciones, llamadas sociedades en comandita simples; y aquellas en las cuales las cuotas de participación de los socios comanditarios están representadas por acciones, llamadas sociedades en comandita por acciones. En Costa Rica existe sólo una de ellas, la primera, sin que entendamos la razón de porqué el legislador excluyó a la segunda, cuando la lógica imponía lo contrario.

La sociedad en comandita, cuyos orígenes son muy debatidos, aparece históricamente como el primer ejemplo en donde el principio de la responsabilidad limitada de los socios se introduce en las sociedades; y bien se ha dicho que ella ofrece un fecundo connubio entre el capital y el trabajo. El capital es preferentemente suministrado por los comanditarios, quienes permanecen ajenos a la gestión y limitan su propio "azar" a las cuotas conferidas; el trabajo por los comanditados, quienes asumen la dirección de la empresa, y en ella arriesgan, con su nombre, sus haberes.

Las normas que disciplinan la constitución de la sociedad en comandita son las mismas que disciplinan la constitución de la sociedad en nombre colectivo; pero en el acto constitutivo debe indicarse además quiénes son los socios gestores o comanditados y quiénes los comanditarios y el aporte de cada socio al capital social.

La falta de inscripción en el Registro Mercantil produce los mismos efectos que se operan en la colectiva.

Como la sociedad en nombre colectivo, la sociedad en comandita actúa bajo una razón social; pero en ella no pueden incluirse los nombres de los comanditarios; y si un comanditario lo permite, por ese sólo hecho responde frente a terceros solidaria e ilimitadamente (como los comanditados) por las obligaciones sociales. Así las cosas, la razón social deberá contener el nombre y/o apellidos de los socios comanditados (de todos, algunos o uno solo de ellos), y el aditamento "y Compañía, Sociedad en Comandita", lo que podrá abreviarse "S. en C.". (Art. 62).

La administración de la sociedad es rigurosamente reservada a los comanditados (arts. 57, 58 y 65); sólo estos pueden ser nombrados administradores.

El comanditario no puede cumplir actos de

administración, ni tratar o concluir negocios en nombre de la sociedad salvo si media poder especial al respecto, circunstancia que deberá hacerse constar. Si no se hiciere, él incurrirá en las responsabilidades del que permite que su nombre figure en la razón social. Si el socio comanditario infringiere esta prohibición le espera una seria sanción: será solidariamente responsable ante terceros de todas las pérdidas y obligaciones de la sociedad, derivadas de su gestión administrativa (artículo 65), salvo en la hipótesis prevista en el artículo 66.

Se pone así de manifiesto aquella prohibición, para el comanditario de inmiscuirse en la gestión social que, no obstante ser objeto de infinidad de críticas, aparece, más o menos rigurosa, en toda disciplina legislativa de la en comandita. Ella persigue una doble tutela: la tutela de los terceros que entran en relación con la sociedad; y la tutela de los mismos socios comanditados, cuyos intereses podrían ser comprometidos por la acción de los consocios protegidos —y convertidos en audaces— por la limitación de responsabilidad.

Pero a esta rígida exclusión de toda actividad administrativa, un poco atenuada por la facultad que el comanditario tiene de realizar actos de inspección y vigilancia (art. 72), se opone la seguridad que los comanditarios tienen de no estar en ningún caso obligados a restituir las utilidades recibidas de buena fe (art. 70).

Además de las causas por las que se disuelven las sociedades en general, enumeradas en el art. 201, la sociedad en comandita se disuelve por la muerte, quiebra, interdicción o imposibilidad para administrar del socio comanditado. Pero si estos fueren varios y el caso estuviere previsto en la escritura social, la sociedad podrá continuar bajo la administración de los demás socios, (art. 63). Sin embargo, si el único socio comanditado muriere, podrá un socio comanditario desempeñar interinamente los actos de mera administración o de urgencia, durante el término de un mes, contado a partir de la muerte del gestor. La responsabilidad de ese socio queda limitada a la ejecución de su gestión. (Art. 66).

4. LAS SOCIEDADES DE CAPITAL.

A. LA SOCIEDAD ANONIMA.

I. Concepto.

Es la forma de sociedad predispuesta para empresas de grandes dimensiones que requieren inmensos capitales que implican considerables ries-

gos. Las fuerzas de la persona física difícilmente pueden afrontar y superar los gastos y azares que tales empresas exigen: se reúnen las disponibilidades económicas de muchos, y cada uno está seguro de que no arriesgará en la empresa sino únicamente lo que ha sido objeto de su aporte.

Se delinear de esta manera las características principales de la sociedad anónima: por las obligaciones sociales responde únicamente el patrimonio social, mientras resulta excluida cualquier responsabilidad subsidiaria del patrimonio de cada uno de los socios; las cuotas de participación de los socios están respresentadas por títulos-valores en masa o en serie llamados acciones (art. 102, párrafo 1). (En algunos países, como en Italia, el capital social no puede ser inferior a una suma determinada —art. 2327, Código Civil italiano). La primera característica no es exclusiva de la sociedad anónima, sino común a la sociedad de responsabilidad limitada; la segunda sí lo es.

La sociedad anónima, a diferencia de las sociedades en nombre colectivo y en comandita, no tiene una razón social sino una "denominación social".

No habiendo socios ilimitadamente responsables, la denominación puede formarse de cualquier forma: con un nombre de fantasía (La Gloria), con referencia a una localidad (Playa Hermosa), o al objeto de la industria (Compañía Nacional de Fuerza y Luz); puede aún estar formada por el nombre de una persona física, generalmente quien fue el fundador de la empresa (Pozuelo S.A.); en todo caso la denominación debe contener la indicación de sociedad anónima y deberá ser distinta de la de cualquier sociedad preexistente, de manera que no se preste a confusión (art. 103).

La autonomía patrimonial alcanza en la sociedad anónima su más alto grado: el patrimonio de la sociedad y sólo él, como se ha dicho, responde por las obligaciones sociales y ningún derecho puede hacerse valer sobre el patrimonio de un determinado socio; por otro lado ninguna pretensión puede jamás tener el acreedor particular del socio sobre el patrimonio social y en ningún caso él puede solicitar la liquidación de la cuota de su deudor.

Tal autonomía patrimonial tiene su formal reconocimiento con la expresa atribución que la ley da a las sociedades mercantiles de la personalidad jurídica (art. 20), y la mayor acentuación en su permanencia, aún cuando todas las acciones pasen a pertenecer a una sola persona. Aún en este

caso el patrimonio social y el patrimonio del único accionista permanecen diferentes.

II. Constitución de la sociedad anónima:

La sociedad anónima nace a través de un complejo procedimiento cuyas etapas fundamentales son: estipulación del contrato social (acto constitutivo), publicación de edictos en el periódico oficial e inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil. Así nacen también las demás sociedades mercantiles.

Sólo cuando este camino ha sido enteramente recorrido, y cuando, inscrita en el Registro, la sociedad adquiere la personalidad jurídica, ella ha nacido a la vida jurídica como persona. Hasta que la inscripción no se haya realizado no hay, jurídicamente hablando, sociedad; habrá un contrato de sociedad del cual brotan particulares efectos, habrá si acaso una sociedad irregular o de hecho.

El acto constitutivo debe, a norma de ley (art. 105), ser estipulado necesariamente en acto público (escritura pública); la forma está prescrita a pena de nulidad; esto, claro está, para que haya persona jurídica.

La estipulación puede hacerse, como en la mayoría de los casos sucede, mediante la intervención en la redacción del acto de los subscriptores de todo el capital, sin que a ella preceda un estadio preparatorio. Se habla entonces de constitución simultánea. Debemos confesar que aún en este caso entre los futuros participantes al acto han debido mediar tratativas y entendimientos para asegurar la intervención de cada uno en la estipulación y en la subscripción de todo el capital, pero tales tratativas y entendimientos no asumen relevancia alguna para el derecho o, como quiera que sea, a ellas el acto constitutivo no hace ninguna referencia.

Otras veces, por el contrario (pero tal sistema es raramente seguido) un grupo de promotores redacta un programa, recoge las suscripciones, y convoca luego la asamblea de los subscriptores en la cual, quienes intervienen, aun en representación de los ausentes, estipulan el acto constitutivo. Es esta la constitución mediante suscripción pública o constitución sucesiva (arts. 108 ss.).

El acto constitutivo debe contener las principales indicaciones relativas a la sociedad enumeradas en el artículo 18 y, además, el monto del capital pagado y, cuando sea del caso, el autorizado y el suscrito; el número, valor nominal, naturaleza y clase de acciones en que se divide el capital social;

y la forma y términos en que deberá pagarse la parte insoluta de las acciones (art. 106).

Para que se pueda proceder a la constitución la ley exige: a) que haya dos socios como mínimo y que cada uno de ellos suscriba por lo menos una acción; b) que del valor de cada una de las acciones suscritas a cubrir en efectivo, quede pagado cuando menos el 25 por ciento en el acto de la constitución; y c) que en el acto de la constitución quede pagado íntegramente el valor de cada acción suscrita que haya de satisfacerse, en todo o en parte, con bienes distintos del numerario (art. 104).

Estipulado el acto constitutivo, la sociedad, como se dijo, no ha sido todavía constituida. Se ha realizado sólo el primer paso, aunque si bien el más importante. Falta la publicación del edicto en el periódico oficial y la inscripción en el Registro Mercantil. Con la inscripción se completa el procedimiento de constitución y la sociedad viene a existencia, como persona jurídica.

Mientras que el acto constitutivo no ha sido inscrito en el Registro, la sociedad no adquiere su personalidad jurídica, no existe como sujeto de derecho. La publicidad tiene una función esencialmente constitutiva.

Ello no obstante, existen actos constitutivos que, como tales, producen determinados efectos jurídicos: pueden existir algunas obligaciones que los socios, o más frecuentemente, aquellos que hayan sido nombrados administradores en el acto constitutivo, han contraído, iniciando las operaciones sociales antes que la sociedad haya nacido. Si estas operaciones han sido cumplidas en nombre de la sociedad, los socios fundadores son ilimitada y solidariamente responsables ante terceros (art. 22). Pero se trata de obligaciones directas de los socios fundadores, su responsabilidad no se agrega a la de la sociedad; aquí no hay una obligación social porque, repetimos, no hay sociedad.

III. El capital social.

Todos los aportes deben ser valorados en dinero; la cifra que represente el valor en dinero de todos los aportes de los socios, tal cual resulte de las valoraciones cumplidas en el acto constitutivo, constituye el capital social. El capital social debe indicarse en el acto constitutivo, y no puede ser modificado sin que se modifique el mismo acto constitutivo. Representa una voz contable que sólo inicialmente coincide con el patrimonio social, y a la que la ley debe dedicar particular cuidado en mantener su integridad para que el valor del patrimonio social no descienda más abajo de la cifra

indicada por el capital social. Una serie de normas están dirigidas al logro de esta finalidad: desde aquella que prohíbe la emisión de acciones por suma inferior a su valor nominal o sin valor (art. 120); a aquella que prohíbe a la sociedad de adquirir sus propias acciones a precio inferior al de su valor nominal (art. 129), etc. No puede el capital, garantía de terceros, permanecer como falsa expresión de una consistencia patrimonial que ya no existe.

IV. Las acciones.

El capital social está dividido en acciones. La acción representa una fracción del capital social y atribuye a su titular la cualidad de socio. Ella es, según la doctrina dominante, un título-valor, y en ella va incorporado un status: el status de socio. Ello explica cómo de la acción broten no sólo derechos sino también obligaciones y, en particular, la de pagar la porción aún no cancelada de la misma.

Las acciones son indivisibles; si, por sucesión hereditaria o por otras razones, una acción llega a ser propiedad de varias personas, los derechos de los copropietarios, deben ser ejercidos por un representante común (art. 123); ellas deben ser de igual valor y atribuyen iguales derechos (art. 120).

Las acciones, a norma del artículo 120, pueden ser nominativas o al portador; sin embargo, también a norma del Código de Comercio, art. 125, las acciones no pueden ser al portador si no han sido íntegramente pagadas. Tal disposición va unida a la obligación que el accionista tiene de cancelar el importe insoluto de las acciones.

La ley tutela rigurosamente el derecho de la sociedad al pago de la parte insoluta de las acciones: frente al accionista moroso la sociedad tiene la facultad de exigir su pago o bien de vender los títulos extrajudicialmente por su cuenta y riesgo (art. 126); si no se encontraren compradores dentro del plazo de tres meses contados a partir de la fecha en que debió hacerse el pago, las acciones se anularán y el accionista perderá todo derecho a sus aportes, que quedarán en beneficio de la sociedad, la que podrá emitir nuevas acciones (art. 128).

Los derechos que la acción confiere al socio son de dos tipos: patrimoniales y corporativos. Entre los primeros están el derecho a percibir las utilidades y el derecho a percibir la cuota de liquidación; y entre los segundos, el principal es el derecho de voto. Los derechos patrimoniales tocan a cada accionista en medida proporcional a su propia participación en el capital social (arts. 142, 214,

inc. 2 y 216); se reafirma aquí el principio de la **paridad de trato**. Pero el acto constitutivo, o sucesivas modificaciones del mismo, pueden atribuir particulares derechos a especiales categorías de acciones. Se pueden así crear acciones privilegiadas en cualquier aspecto de la actividad social (beneficios, activo social, determinados negocios de la sociedad, utilidades, voto, etc.) (art. 121).

La creación de acciones privilegiadas puede responder frecuentemente a efectivas exigencias de la sociedad y no es necesariamente manifestación de la supremacía de un grupo de accionistas sobre otro. Sea en el momento de la constitución, que en un momento sucesivo, la empresa social puede tener necesidad de capitales, y la suerte de la sociedad puede aparecer incierta. La seguridad del privilegio puede inducir al capitalista medroso a participar en los negocios sociales. Si la industria prospera, la importancia del privilegio quedará prácticamente reducida a cero; si la industria se arruina, el privilegio puede evitar que el accionista privilegiado, que permaneció prácticamente extraño a la gestión de los negocios, se vea envuelto en el desastre social.

El derecho de voto atribuye al socio la potestad de concurrir a formar la voluntad social, participando en las asambleas de accionistas. También aquí el principio de la paridad del trato implica que cada acción tenga derecho a un voto; pero es posible que a determinadas categorías de acciones se les atribuya más de un voto; que se emitan, es decir, frente a las normales acciones de un voto, acciones a voto múltiple; así como es posible también la emisión de acciones a voto limitado. (Arts. 121 y 145 del C. de C.). Algunos ordenamientos jurídicos prohíben la emisión de acciones a voto múltiple.

V. Los órganos sociales.

La sociedad anónima, como cualquier otra persona jurídica, desarrolla su propia actividad por medio de órganos. Tales órganos pueden clasificarse en órganos deliberativos, órganos administrativos y órganos de control.

a) El órgano deliberativo: la asamblea de socios.

El órgano deliberativo de la sociedad anónima es la **asamblea de socios**. Son los socios, reunidos en asamblea, quienes mediante las deliberaciones y las sucesivas rotaciones forman la voluntad social.

La asamblea es convocada mediante aviso con la indicación del día, el lugar, la hora de reunión y los argumentos a tratar (orden al día), con alguna

anterioridad al día de la reunión. Las normas del Código de Comercio en esta materia son supletorias, sea que entran a funcionar si no hay específica estipulación en contrario en el pacto constitutivo. La falta de las formalidades que ordena el pacto constitutivo o la ley, acarrea la nulidad de los acuerdos tomados.

Pero, siendo la finalidad de las formalidades la de avisar tempestivamente a los interesados de la convocatoria y de su objeto, para ponerlos en grado de intervenir y prepararse para la discusión, así la ley, aún faltando esas formalidades, reputa válidamente constituida la asamblea cuando esté representado el entero capital social (art. 158, párrafo 2). Son estas las llamadas **asambleas totalitarias**.

La convocatoria toca al funcionario u organismo que indique la escritura social y en su defecto a los administradores; pero los socios que representen al menos el veinticinco por ciento del capital social podrán pedir por escrito a los administradores la convocación en cualquier momento, para tratar los asuntos que indiquen en su petición (art. 159). El titular de una sola acción también puede pedir la convocatoria cuando no se haya celebrado ninguna asamblea durante dos ejercicios consecutivos o cuando las asambleas celebradas no se hubieren ocupado de los asuntos que establece el artículo 155 (art. 160).

La ley distingue dos tipos de asambleas: **generales y especiales**; a las primeras pueden concurrir todos los socios; a las segundas, sólo aquellos que tienen derechos particulares. Las generales a su vez se dividen, según la materia en discusión, en ordinarias y extraordinarias (art. 153).

La asamblea ordinaria, que deberá celebrarse por lo menos una vez al año y dentro de los tres meses siguientes a la clausura del ejercicio económico (30 de setiembre), aprueba el balance y decide sobre la distribución de las utilidades entre los socios, si las hubiere; nombra o revoca el nombramiento de los administradores y funcionarios contralores (fiscales) y decide los demás asuntos que indique el pacto constitutivo (art. 155).

La asamblea extraordinaria, que puede reunirse en cualquier tiempo, delibera sobre modificaciones al pacto social; autorización de acciones y títulos no previstos en la escritura social; y los demás asuntos que según la ley y la escritura social sean de su conocimiento.

Diversos son también los requisitos para la validez de la constitución y de las votaciones en una y otra asamblea.

Para la válida constitución de la asamblea ordinaria en primera convocatoria, deberá estar representada en ella por lo menos la mitad de las acciones con derecho a voto; si tal presencia no se alcanzare, la asamblea debe ser nuevamente convocada; en segunda convocatoria, la asamblea ordinaria, al igual que la extraordinaria, se constituirá válidamente cualquiera que sea el número de las acciones representadas (arts. 169 y 171). La primera y segunda convocatorias pueden hacerse simultáneamente, pero separadas una y otra por el lapso de por lo menos una hora (art. 165).

Tanto en la primera como en la segunda convocatoria, las resoluciones serán válidas cuando se tomen por más de la mitad de los votos presentes (arts. 169 y 171).

Para la válida constitución de la asamblea extraordinaria en primera convocatoria, deberá estar presente por lo menos las tres cuartas partes de las acciones con derecho a voto, salvo que el pacto constitutivo requiera una mayoría más elevada.

En primera y en segunda convocatoria, las resoluciones se tomarán válidamente por el voto de las que representen más de la mitad de la totalidad de ellas.

Los quórum establecidos por la ley pueden ser modificados "in maes", mediante expresas disposiciones en el pacto constitutivo, pero es nuestro criterio que no pueda hacerse "in minus". No creemos tampoco que mediante una cláusula especial en el pacto constitutivo pueda establecerse un quórum distinto para las asambleas ordinarias y extraordinarias en segunda convocatoria.

Las actas de las asambleas de accionistas se asentarán en el libro respectivo y deberán ser firmadas por el presidente y el secretario de la asamblea quienes, salvo pacto en contrario en la escritura social, serán el presidente y secretario del Consejo de Administración (arts. 174 y 168). El acta luego, si así se dice, será protocolizada ante Notario, publicado un extracto en el periódico oficial e inscrita en el Registro Mercantil.

Los socios que no hubieren concurrido a la asamblea o que hubieran votado en contra los acuerdos ahí tomados podrán pedir la nulidad de los mismos cuando el vicio fuere de nulidad relativa (violaciones a cláusulas estatutarias no repetitivas de preceptos legales). Cuando las causas fueren de nulidad absoluta (art. 176), estará legitimado a pedir la invalidez del acuerdo cualquier interesado.

b) El órgano gestor: Los administradores. Su responsabilidad.

Junto a la asamblea, otro órgano esencial de las sociedades anónimas está constituido por los administradores. La administración puede ser confiada a socios o extraños. Los gestores son nombrados por la asamblea de accionistas, duran en sus puestos el tiempo establecido en el pacto constitutivo, donde también se dirá si pueden o no ser reelectos; además pueden nombrarse administradores suplentes.

La administración de la sociedad estará a cargo de un consejo de administración o Junta Directiva que deberá estar formado al menos por tres miembros (generalmente presidente, secretario y tesorero) (art. 181).

La relación que une a los administradores con la sociedad es de naturaleza negocial; surge del nombramiento (propuesta) de parte de la sociedad y de la correlativa aceptación de la propuesta de parte del destinatario.

La escritura social señalará la forma en que se llenarán las vacantes temporales o definitivas (venimiento del término, renuncia, destitución, muerte) de los administradores. En su defecto deberá convocarse inmediatamente a asamblea general ordinaria (art. 185). Concluido el plazo para el que hubieren sido nombrados, los consejeros continuarán en el desempeño de sus funciones hasta el momento en que sus sucesores puedan ejercer legalmente sus cargos (art. 186).

Tarea fundamental de los administradores es la de manejar los negocios sociales. Toca a ellos determinar la voluntad que debe valer como voluntad de la sociedad; y ello en todos los asuntos que no sean reservados por la ley o por los estatutos a la competencia de la asamblea; corresponde a los administradores ejecutar la voluntad social, sea la expresada por la asamblea, sea la exteriorizada por ellos mismos; toca a los administradores o consejeros vigilar el general funcionamiento de la gestión social y, en particular, regular el funcionamiento y mantenimiento de los libros y escrituras contables; toca, finalmente, a los consejeros, representar a la sociedad frente a terceros. La representación judicial y extrajudicial del ente corresponderá al presidente del consejo de administración y a todos los demás consejeros que se indiquen en los estatutos (art. 182).

Los administradores deben deliberar colegiadamente; para que las deliberaciones del consejo sean válidas, es necesaria la presencia de por lo menos la mitad de sus miembros y el voto favora-

ble de la mayoría de los presentes. En caso de empate quien actúe como presidente, que generalmente es el primer consejero nombrado y en su defecto el que le siga en orden de designación, decidirá con doble voto; el voto debe ser dado personalmente pues el cargo de consejero no puede desempeñarse por medio de representante (arts. 184 y 183).

La escritura social determinará la forma de convocatoria, el lugar de reunión, la forma en que se llevarán las actas y demás detalles sobre el funcionamiento del consejo.

El consejo y quienes ejercen la representación, podrán nombrar funcionarios, tales como gerentes, apoderados, agentes o representantes, quienes podrán ser socios o extraños, para atender los negocios sociales o aspectos especiales de estos. Es atribución del consejo dictar los estatutos y reglamentos de la sociedad. (Arts. 187 y 188).

Los administradores deben cumplir con los deberes que les impone la ley y el acto constitutivo con la diligencia del mandatario.

De la inobservancia de tales deberes puede derivar daño a la sociedad; y frente a la sociedad los administradores son solidariamente responsables. Corresponde a la asamblea general de accionistas deliberar acerca de la acción de responsabilidad y designar a la persona que la ejerciera (arts. 89 y 192).

Junto a la sociedad, por la acción de los administradores pueden sufrir daños también los acreedores sociales; ellos tienen, como única garantía, el patrimonio social; si la integridad de éste sufre por culpa de los administradores, si el patrimonio social no es ya suficiente a satisfacer a los acreedores, los administradores son responsables frente a ellos. Por último, de la acción culposa o dolosa de los administradores puede derivar daño para un socio o grupo de socios o para un tercero.

Sin embargo, los consejeros no serán responsables solidariamente cuando mediare delegación, siempre que por parte de ellos no hubiere dolo o culpa, al no haberse opuesto o tratado de impedir los actos nocivos y cuando se trate de actos propios de la función que a determinados consejeros ha sido encomendada por la escritura social o la asamblea de accionistas (art. 189). Tampoco será responsable el consejero que haya estado ausente o hecho constar su disconformidad con el acto en el momento mismo de la deliberación y resolución (art. 190).

c) El órgano contralor. De la vigilancia de la sociedad. Los fiscales.

El órgano de control de la sociedad anónima lo es el fiscal o fiscales. El sistema de vigilancia, en nuestro medio, es, sin embargo, potestativo, con excepción hecha en cuanto a las sociedades que formen su capital por suscripción pública (arts. 193 y 194). En éstas la vigilancia estará a cargo de uno o varios fiscales que pueden ser o no socios; salvo disposición en contrario, su nombramiento será por un año.

Están inhabilitados para ejercer el cargo de fiscal quienes no pueden ejercer el comercio (art. 8), los que desempeñen otro cargo en la sociedad y los cónyuges y parientes consanguíneos o afines hasta el segundo grado de los administradores (art. 196).

Las obligaciones que la ley otorga a los fiscales son esencialmente de verificación y control; un control de legalidad, no de mérito; a ellos corresponde vigilar si los administradores han observado todas y cada una de las prescripciones legales (art. 197).

Quienes ejerzan la vigilancia social serán individualmente responsables por el cumplimiento de las obligaciones, que la ley, el pacto social y los estatutos les impongan (art. 199).

VI. Modificaciones al acto constitutivo.

Entre los acuerdos más importantes están aquellos que implican un cambio en el capital social, sea que se trate de un aumento o de una reducción.

El aumento de capital, se verifica generalmente en dos formas: sin que se les exija a los socios ningún aporte, valiéndose bien de reservas disponibles que son imputadas al capital, bien llamando nuevos socios a la sociedad o emitiendo bonos para financiarse, y mediante nuevos aportes de los socios, ya en dinero, ya en bienes diversos al numerario. En la primera hipótesis del primer caso las acciones de nueva emisión son asignadas gratuitamente a los accionistas en proporción a las acciones por ellos poseídas. No hay entonces ningún cambio en la consistencia del patrimonio social, que permanece idéntico al precedente. En la sociedad el socio no puede ser jamás obligado a realizar ulteriores aportes en relación a aquellos a que se ha primitivamente obligado (art. 30). En caso de aumento de capital los socios no pueden entonces ser obligados a suscribir las acciones de nueva emisión.

En el desarrollo de la vida social sucede frecuentemente que en un determinado momento es necesario, y a veces imprescindible, el aumento de

los medios patrimoniales. Para cubrir tales necesidades la sociedad procede a realizar un aumento de capital, llamando a otros socios a participar en la empresa social, o invitando a los viejos socios a una más fuerte participación. Pero ello puede ser bastante difícil en atención a la situación particular de la hacienda social o en general del mercado, o pueden los socios no querer ampliar su número y preferir permanecer ellos los solos partícipes del ente y, al mismo tiempo, no aumentar su participación, no les queda otro camino, entonces, que recurrir al crédito; pedir dinero en préstamo, sea dirigiéndose a unos pocos grandes financieros (bancos, financieras) o a la gran masa de ahorradores. En este último caso la sociedad procede a la emisión de obligaciones o bonos.

La obligación o bono es un título-valor, al igual que la acción el derecho que él incorpora es un derecho de crédito; un derecho de crédito frente a la sociedad que debe reconocer anualmente un interés preestablecido y que debe reembolsar su importe al vencimiento a su legítimo tenedor.

La diferencia entre acción y bono, entre el accionista y el titular de la obligación o bono, es desde el punto de vista jurídico, neta y precisa. La acción incorpora un status, el status de socio; el bono un crédito: el accionista es un socio; el tenedor de un bono es un acreedor de la sociedad.

La emisión de bonos debe ser deliberada en asamblea general extraordinaria (art. 156, inciso b).

La reducción o disminución del capital social puede ser necesaria porque las actividades sociales resulten, en un determinado momento, exuberantes para el logro del fin social. Ella presupone una restitución a los socios de parte de los aportes efectuados o la liberación de los socios de la obligación de pagar o terminar de pagar los aportes que aún debe. Pero más frecuentemente la reducción es inmediata consecuencia de pérdidas sufridas en el transcurso de la actividad social.

VII. Disolución y Liquidación.

Son causas de disolución de las sociedades anónimas, como para cualquier otro tipo de sociedad, las enumeradas en el artículo 201 del Código de Comercio. El hecho de que todas las acciones de una sociedad anónima lleguen a pertenecer a una sola persona, no es causa de disolución de la misma (art. 202).

Sobrevenida una causa de disolución, la sociedad no se extingue ipso facto: se deriva inmediatamente un cambio de finalidad en la sociedad, que

no perseguirá ya un fin de lucro mediante el ejercicio de la actividad empresarial, sino que únicamente tenderá a definir las relaciones aún pendientes.

La sociedad entra así en estado de liquidación (art. 209); apenas ocurrida la causa de disolución, se restringen los poderes de los administradores quienes no podrán ya realizar nuevas operaciones sociales. Se procede entonces a nombrar a los liquidadores. Tal nombramiento, si no ha sido hecho en la escritura social, corresponde hacerlo a la asamblea de socios en el mismo momento en que se acuerde o reconozca la disolución. Si no hubiere acuerdo, los designará el Juez (art. 211).

Los liquidadores, durante la liquidación, serán los administradores y representantes legales de la sociedad y responderán de los actos que ejecuten si se excedieren de los límites de su cargo.

Toca a ellos cumplir todos los actos necesarios para la liquidación. Su actividad debe estar principalmente dirigida a realizar el activo y a extinguir, con lo logrado, las obligaciones sociales.

Extinguiendo el pasivo social, los liquidadores deben convertir en dinero el eventual activo aún existente en bienes diversos del numerario, y sucesivamente proceder a redactar el balance final o estado final de liquidación, indicando la parte que a cada acción corresponde en la división del haber social; luego entregarán a cada socio la parte que le corresponde o, a falta de cobro de parte de aquellos depositarán a la orden del juez del domicilio de la sociedad la suma que a cada uno le toque.

VIII. Extinción.

Nada dice nuestro Código de Comercio sobre la extinción de las sociedades comerciales. El Código Civil, que en esta materia es supletorio, al respecto dice: "*La entidad jurídica de la persona física termina con la muerte de ésta; y la de las personas jurídicas cuando dejan de existir conforme a la ley*". Pero nuestra ley, en este caso particular la ley comercial, nada estatuye al respecto.

El problema ha sido exhaustivamente analizado por la doctrina y jurisprudencia italianas, planteándose principalmente dos tesis: la tesis jurisprudencial, acogida también por una, si bien minoritaria, parte de la doctrina, que dice que la sociedad se extingue cuando se cancele la última de sus deudas, independientemente de que se hubiere realizado o no la cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil. La otra tesis expone que si la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil es de carácter constitutivo, en el sentido de que, gracias a ella exclusivamente, la sociedad

adquiere personalidad jurídica, es decir, se constituye en persona distinta a la de cada uno de sus socios, es la desinscripción, sea la cancelación de la inscripción en el Registro, la que debe lógicamente extinguir al ente, independientemente de que aún hayan débitos sociales pendientes. A su vez, cada una de estas teorías, que bien podemos llamar centrales, se subdividen en otras tantas subteorías que exigen la presencia de distintos requisitos previos o presupuestos para poder operar la cancelación.

El punto no ha sido debatido ni tratado por nuestra doctrina y mucho menos por nuestros Tribunales.

IX. Sociedades controladas, "holdings", sociedades en cadena.

Una sociedad anónima puede a su vez ser socia de otra sociedad anónima, ya participando en su constitución, ya adquiriendo sucesivamente acciones en la misma.

Si el número de acciones en poder de la sociedad es tal de asegurarle la mayoría de los votos en las asambleas ordinarias, o si, en virtud de particulares vínculos contractuales, puede ejercer una influencia dominante sobre la vida social, se dice que la primera sociedad ejerce el control sobre la segunda, y que ésta es controlada por la primera.

Hay también sociedades que cumplen plenamente sus fines ejerciendo control sobre otras sociedades; son éstas las llamadas sociedades financieras o "holdings". En semejante práctica no hay nada de ilícito; por el contrario, muchas veces la unión, de tal guisa realizada entre varias sociedades, permite una mejor organización industrial y financiera. Es este un fenómeno que se presenta frecuentemente en los países desarrollados.

Otro fenómeno diverso, no obstante desarrollarse en el mismo plano de las sociedades controladas, y que de éste puede casi considerarse una degeneración patológica, es el de la recíproca suscripción de acciones entre dos sociedades; las llamadas sociedades en cadena. Si, por ejemplo, una sociedad constituye otra sociedad, suscribiendo acciones por cien mil colones, y la nueva sociedad participa a un aumento de capital de la primera utilizando esos mismos cien mil colones, las dos sociedades ofrecerán aparentemente a los terceros

una garantía global de doscientos mil colones de capital, mientras nada ha cambiado en realidad, y todo se ha reducido a un burdo artificio cartular. En ello se anida un evidente grave peligro para el público cuya buena fe se ha visto sorprendida por el malintencionado juego de los entes. En Italia esta viciada práctica ha sido expresamente prohibida por el legislador, artículo 2360 Código Civil italiano: "*Es prohibido a las sociedades constituir o aumentar el capital mediante suscripción recíproca de acciones, aún por interpuesta persona*". Nuestra ley carece de una disposición semejante.

B. LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. NOCION Y DISCIPLINA.

La sociedad de responsabilidad limitada debería, en un cierto modo, reunir en sí las características de la sociedad en nombre colectivo y de la sociedad anónima. Un reducido número de socios que establemente participan en la vida de la empresa; por lo tanto, un acentuado elemento personalista y, al mismo tiempo, el beneficio de la responsabilidad limitada; es decir, se trata de una pequeña sociedad anónima, con mayor elasticidad y con una mayor participación de los socios en la administración social. ¿Han sido alcanzadas estas finalidades? ¿Se habrá creado un tipo verdaderamente nuevo de sociedad? Las dudas que se le presentan al estudioso son muchas.

Las características principales que distinguen en nuestro medio la sociedad de responsabilidad limitada de la anónima son: puede tener una razón social o una denominación social, siempre con la indicación de la clase de sociedad: las personas que permitan expresamente la inclusión de su nombre o apellidos en la razón social, responderán hasta por el monto del mayor de los aportes (art. 76); el capital social estará representado por cuotas nominativas, trasmisibles sólo mediante contrato de cesión (art. 78); no pueden constituirse por suscripción pública y su capital deberá estar dividido en cuotas de cien colones o múltiples de esa suma. En todo lo demás, sus disposiciones se asemejan a la sociedad anónima, con sutiles diferencias que, dada la naturaleza de este trabajo, no es del caso mencionar.

APENDICE. LA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Existe además otra entidad en nuestro Código de Comercio que posee propia autonomía como persona jurídica, independiente y separada de la persona física a quien pertenece; se trata de una creación del legislador del Principado de Liechtenstein, la llamada empresa individual de responsabilidad limitada. No se trata de una sociedad, pues la constituye una sola persona física; existe además específica prohibición de que las personas jurídicas constituyan y adquieran empresas de esta índole (art. 9).

Ella se constituye mediante escritura pública. El nombre comercial de la empresa puede formarse libremente, quedando prohibido el uso del nombre o parte del mismo de una persona física. En la escritura deberá consignarse: el nombre comercial, con el aditamento "empresa individual de respon-

sabilidad limitada" o las iniciales: "E.I.R.L."; el domicilio; el capital con que se funda; el objeto; la duración y el nombramiento del gerente, quien puede ser su dueño o un extraño, con facultades de apoderado generalísimo (art. 10).

El propietario tiene limitada su responsabilidad al monto de su aporte; es entonces la empresa, con su patrimonio, la que responderá por las obligaciones contraídas frente a terceros (art. 12); las utilidades las retirará el dueño sólo cuando se hayan practicado el inventario y balance, y estos arrojen ganancias realizadas y líquidas (art. 11).

El acto constitutivo, sus modificaciones, disolución, liquidación o traspaso deberán ser publicados en extracto en La Gaceta e inscribirse en el Registro Mercantil (art. 13).



REQUISITOS NECESARIOS PARA LA CONFIGURACION DEL INSTITUTO NOVATIVO

Dra. María de los Angeles Soto Gamboa.

I N D I C E

CAPITULO II

- A) La obligación preexistente o "prior-obligatio". 86
 - a) La ineficacia novativa por nulidad de la obligación originaria. 86
 - b) Efectos de la novación cuando se trata de una obligación originaria solidaria. 88
 - c) Destino de los privilegios, prenda e hipoteca de la relación obligatoria originaria, al producirse el efecto novativo y sus consecuencias en la nueva relación surgida. 91

- B) La nueva obligación surgida: la existencia del "aliquid novi" o elemento nuevo como requisito esencial. 92
 - a) Los cambios cualitativos en el objeto son aptos para provocar novación. 94
 - 1) Cambios en el objeto o título de la obligación. 94
 - b) Los cambios cuantitativos no son idóneos a comportar novación —ex art. 1231 C.C. ital. y 818 Cód. Civ. Costa Rica—. 96

- C) El elemento subjetivo: el "animus novandi" o intención novativa. 98

CAPITULO SEGUNDO

I. REQUISITOS NECESARIOS PARA LA CONFIGURACION DEL INSTITUTO NOVATIVO.

En la novación, la relación originaria se limita a realizar un cambio, sea en el sujeto, el objeto o el título. Por lo que un enfoque de los requisitos que configuran el instituto en su aspecto objetivo, necesita analizar cada uno de ellos en su individualidad: la relación originaria precedente o originaria, la nueva relación surgida con motivo de la extinción de la anterior por la inclusión de un elemento que la modifica sustancialmente y la intención novativa, supuestos todos sobre los que se basa el instituto en su estructura.

A) La obligación preexistente o "prior-obligatio".

En primer lugar, requiere el instituto, una obligación preexistente que se extinga. Es precisamente la "causa" de la nueva obligación que surgirá posteriormente (70) pues para que se entienda novada una relación obligatoria en cualquiera de sus formas, se necesita primordialmente la existencia de la "prior-obligatio", denominación romana, que alude a la antigüedad de la primera obligación (71). Su existencia jurídica resulta, por lo tanto, indispensable, pues si no existiera por vicios que afecten su esencia, no se produciría el efecto

novativo, ya que requiere como supuesto, la validez de tal relación obligatoria (72).

La "prior-obligatio" deberá tener los requisitos necesarios de toda obligación válidamente constituida: sujeto, objeto, y la causa que le dio origen (73), por lo que cualquier variación que deforme su estructura jurídica y por ende, impida su finalidad efectual, tendrá consecuencias en la producción del efecto novativo. Entonces, en relación al tema, haremos un comentario sobre los efectos de la nulidad de la obligación originaria en la realización de la novación.

a) La ineficacia novativa por nulidad de la obligación precedente.

La inexistencia de la obligación preexistente por vicios que produzcan su nulidad, provoca la ineficacia novativa, ya que el presupuesto de que es inextinguible una obligación que no existe, es valedero en tema de novación objetiva. Cosa distinta sucede en el caso de anulabilidad (la nulidad relativa de la legislación civil costarricense), en la que el efecto novativo se produce, siempre y cuando el deudor haya adquirido válidamente la nueva obligación, conociendo el vicio del título originario (74), no resultando extraña la afirmación de que la validez de la novación, depende de la validez de la obligación originaria que viene novada, invalidez que impide la producción del efecto extintivo-constitutivo (75).

- (70) BARASSI, op. cit., p. 231, considera que la obligación precedente es un presupuesto indispensable para que se produzca el nacimiento de la nueva, indicando que es innegable una relación consecuente entre extinción de la precedente y la formación de la nueva. Ibíd. TRIMARCHI, op. cit., p. 400.
- (71) Contrariamente a la tesis que sostiene que la causa de la nueva obligación es la originaria, opina DISTASO, op. cit., p. 319 que es el nacimiento de la nueva obligación el que tiene como efecto la extinción de la originaria. En el mismo sentido, PERSICO, op. cit., p. 222.
- (72) Al respecto opina MICCIO, op. cit., p. 300 que como premisa importante en el fenómeno novativo es la necesidad de la existencia de la obligación originaria, tal y como se desprende del artículo 1234 del Código Civil italiano, agregando posteriormente, que su nulidad es un obstáculo a la validez de la novación. DE CUPIS, Adriano, *Istituzioni di Diritto Privato*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 1975, p. 120, expresa que la nueva obligación no surge si no existe la originaria.
- (73) Según el art. 627 del Código Civil de C.R., es indispensable para hacer valer la obligación: 1.— Capacidad de parte de quien se obliga, 2.— Objeto o cosa cierta y posible que sirva de materia a la obligación y 3.— Causa justa. La legislación italiana prevé tales requisitos al hacer mención a los elementos necesarios del contrato (art. 1325 Cód. Civil italiano) haciéndose énfasis, en la necesidad de que exista causa y objeto, así como el acuerdo y la forma necesaria.
- (74) BRANCA, Giuseppe, *Istituzioni di Diritto Privato*, 6a. Ed., ZANICHELLI, 1975, p. 429. También TORRENTE, op. cit., p. 417, quien sostiene que habría falta de causa y por ello, se provoca la ineficacia. Sobre el particular, TRIMARCHI, op. cit., p. 417.
- (75) RESCIGNO, Manuale, op. cit., p. 548. El mismo autor hace la diferencia entre el negocio nulo y el anulable. Con respecto al último, afirma que la novación de la obligación derivada de un negocio anulable "se resuelve en sustancia en una convalidación del acto, del que nace la deuda", y continúa expresando, que si la novación mira una obligación naciente, no ya de un negocio anulable, sino de un contrato impugnado mediante la acción de rescisión o de resolución, ocurre igualmente al Juez, valorar si el comportamiento del deudor no importe renuncia a la impugnación y si la modificación no sea suficiente, para remover las razones de la ineficacia.

Según MICCIO, tal previsión se presta a la formulación de distintas hipótesis, entre ellas la de la nulidad del contrato novativo, explicando que un contrato de tal género, no podría ser nulo, y mucho menos inexistente, porque de cualquier manera, no podría tener un vigor jurídico inferior a la obligación originaria, pues un contrato novativo concluido sin conocer los vicios del título, del cual deriva la obligación novada, no puede ser autónomamente impugnado, pero sí ser privado retroactivamente de efectos, mediante la anulación de la "prior-obligatio" (76).

La novación resultará "sin efecto", es decir, nula, cualquiera que sea la razón de la inexistencia de la obligación por novar: es decir, es la hipótesis de la obligación que nunca haya surgido por vicios inherentes a su esencia, y por lo tanto, si se produce una novación teniendo por base una obligación que no existe, no realizaría un interés tutelado por el ordenamiento jurídico, por lo cual la novación carecería de una causa, y por ende, sin ninguna consecuencia (77).

Es el artículo 1234 del Código Civil italiano, el que prevé la hipótesis de la ineficacia novativa por inexistencia de la obligación originaria, expresándose en dicho artículo, que si no existía aquella, no se producen los efectos novativos. Pero, si la obligación originaria deriva de un título anulable,

la novación valdrá, si el deudor ha asumido válidamente la nueva deuda, conociendo el vicio del título originario (78). Este segundo párrafo plantea el caso de la anulabilidad de la obligación primitiva, que de acuerdo a la relación con el artículo 1444 de ese mismo cuerpo normativo, constituye un caso de convalidación, y la novación tendría efecto cuando el obligado, a sabiendas del vicio existente, asume la "nova-obligatio" (79).

Del artículo en examen, podríamos perfilar dos diferentes situaciones: la novación queda sin efecto, en tratándose de una obligación preexistente nula, mientras que en el segundo caso, se prevé la anulabilidad, que permite la producción del efecto novativo, ya que se resuelve, como se ha hecho mención, en un acto convalidable (80).

Se ha interpretado jurisprudencialmente que la nulidad de la obligación originaria, ataca también a la obligación nueva, y viceversa, expresándose que es también requisito de la novación, que se dé la subsistencia y validez de la obligación nueva, sin la cual la originaria no se extingue, reviviéndose esta por falta de causa (81).

La previsión de las consecuencias de la nulidad de la "prior-obligatio" en la novación, se da en los artículos 816 y 817 del Código Civil. En el primero de ellos se expresa que "*declarada la nulidad de la nueva obligación, subsistirá la originaria*" (82).

(76) MICCIO, op. cit., p. 302. Opina a la vez, que en tal caso el negocio sería anulable, aunque se replicara que así se admitiría la impugnación del contrato novativo a causa de los vicios del título del que deriva la obligación novada, mientras que sería más correcto sostener que la invalidez del contrato novativo, se concreta en el efecto reflejo ejercitado sobre la novación, por la anulación de la prior obligatio.

(77) BUCCISANO, op. cit., p. 12.

(78) Indica PERLINGIERI, op. cit., No. 30, p. 136 que en el Código Civil italiano derogado, no existía tracha de un artículo análogo, por lo que la jurisprudencia y la doctrina prevalectente, atribuyeron a la existencia de la obligación por novar, el rol de requisito fundamental "de presupuesto de la novación", sosteniéndose que la novación de una obligación anulable importa una convalidación de la obligación novada, a condición de que el deudor tuviera conocimiento de la causa de anulabilidad. En el mismo sentido, SCHLESINGER, op. cit., p. 12; ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, Tomo III, *Derecho de Obligaciones*, Vol. I, 3a. Ed., Bosch, Barcelona, 1975, p. 263, señala que la novación depende de la anulación o no de la obligación antigua o nueva.

(79) Art. 1444: "El contrato anulable puede ser convalidado por el contrayente al que corresponde la acción de anulación, mediante un acto que contenga la mención del contrato y del motivo de anulabilidad, y la declaración de que se intenta convalidar. El contrato es pues convalidado, si el contrayente al que correspondía la acción de anulación ha dado voluntariamente ejecución, conociendo el motivo de la anulabilidad. La convalidación no tiene efecto, si quien la cumple no está en condiciones de concluir válidamente el contrato".

(80) TORRENTE, op. cit., p. 417. *Ibid.* TRIMARCHI, op. cit., p. 206. DISTASO, op. cit., p. 530.

(81) Al respecto expresa una resolución italiana: "En el caso de un contrato nulo (en la especie, sustitución de la obligación de pagar el precio de una partida de tabaco, vendida violándose la Ley de Monopolio, con la obligación de dividir con el vendedor del tabaco), el precio que el comprador habría obtenido de la venta del mismo objeto, la nulidad que afecta la obligación originaria, ataca también la nueva". *Cass. Civ.* 30 Luglio 1950, No. 2209 —Carducci-De Santis— *Mass. Gurid. Ital.*, 1950, en p. 533, *Giurisp. Ital., Rep.*, 1950, Anno LII; No. 52. En el mismo sentido, *Cas.* 5 octubre 1959, No. 2681, Moretta c/Ferretti, en p. 1642, *Foro Ital., Rep.*, Vol. XXXII, 1959, No. 74. En el mismo sentido, *Cas.* 5 enero 1966, No. 115. Ditta Pascucci c/Ciarlantini, en p. 1873, *Foro It., Rep.*, Vol. LXXXIX, 1966, No. 531.

(82) *Vid. supra*, No. 81 que refiere a interpretaciones jurisprudenciales italianas, sobre el caso de la sobrevivencia de la obligación antigua, en el suceso de la nulidad de la nueva surgida.

En esta previsión, se hace referencia a la nulidad de la nueva obligación surgida, que traerá como consecuencia la revitalización de la originaria (83).

Fundamentalmente merece resaltar el caso del artículo 817 del Código Civil de C.R., que expresa "*Una obligación rescindible o anulable puede servir de objeto de novación, con tal que sea susceptible de ser confirmada y que el deudor tenga, al verificar la novación, conocimiento del vicio del que adolecía*" (84).

El principal criterio es el de que un acto anulable existe, mientras su nulidad no haya sido declarada, siendo revalidable por la persona que tendría derecho a pedir la nulidad en forma implícita o explícita. Es decir, nuestro ordenamiento jurídico reconoce la posibilidad del efecto novativo, en tratándose de una obligación anulable, siempre y cuando se realice la convalidación. Por otro lado, expresa que si se anula la obligación surgida, renace la originaria, pero no prevé expresamente el caso de la nulidad absoluta de la "prior-obligatio", razón que hace pensar, que debe deducirse por lo expresado en los dos artículos que se refieren a la nulidad y su consecuencia sobre la producción del efecto novativo. La validez de la obligación rescindible para producir novación, es similar al segundo párrafo del artículo 1234 de la legislación civil italiana (85).

b) Efectos de la novación cuando se trata de una obligación originaria solidaria.

Si el acreedor estipula con uno de los codeudores una obligación nueva, sustituyéndola a la precedente que era solidaria, ésta se extingue por entero (86), liberando a los otros codeudores, salvo que se haya querido limitar la novación a uno de los deudores; caso en el cual los otros son liberados sólo en la parte de este último. Este efecto, limitado por regla general, se produce entre el deudor y uno de los coacreedores, cada uno de los cuales puede actuar contra el deudor, deduciendo de la prestación colectiva, la parte del coacreedor que ha convenido la novación (87).

Según la legislación civil italiana, es posible la solidaridad desde el punto de vista activo y pasivo (88) siendo prevista desde esta doble perspectiva, la situación que se produce al realizarse el efecto novativo en una "prior-obligatio" con deudores o con acreedores solidarios.

Las consecuencias del efecto novativo en una obligación con pluralidad de sujetos activos, se resuelve en el hecho de que exista una convención entre uno de los acreedores solidarios y el deudor, realizándose la novación hacia los otros acreedores, sólo en la parte del primero (89).

La novación de una obligación solidaria, sea desde el punto de vista activo o pasivo, plantea el

- (83) Al respecto comenta, BRENES CORDOBA, op. cit., p. 213 que en todos los casos de novación, a pesar de que realmente la deuda antigua subsiste, puesto que no ha sido satisfecha en especie sino transformada, se considera extinguida mediante una ficción legal. La nueva obligación, aunque tiene origen en la anterior, es independiente de ella y conserva su propio modo de ser. Sin embargo, si fuere declarada nula por contener algún vicio que la invalide, renacerá la antigua, puesto que su desaparición, estaba subordinada a la existencia legal de la segunda en el momento de realizarse la transformación.
- (84) BRENES CORDOBA, op. cit., p. 213 comenta que no existen inconvenientes en que una obligación rescindible o anulable, sirva de base a otra que venga en su lugar, bajo la condición precisa de que el obligado, al ocurrir el hecho novador, tenga conocimiento del vicio que perjudicaba tal obligación, "razón que deja una decisión subjetiva al obligado, que tipifica una convalidación".
- (85) Por jurisprudencia italiana, se resolvió que en el caso de una venta de cosa afectada de vicios, cuando se haya producido una verdadera y propia novación, reconociendo el vendedor tales vicios, y habiendo asumido la obligación de resarcir al adquirente, los nuevos acuerdos se sustituyen a la disciplina legal de la acción redhibitoria, absorbiendo cualquier cuestión de términos y de caducidad (Ap. Torino, 23 Dic. 1957, Giust. Civile, Rep. 1958, No. 421, en *Rassegna di Giurisp. sul Codice Civile*, Dir. da Nicoló, Stella Richter, Giuffrè, 1965, p. 265).
- (86) Así se expresa en el artículo 1300 del Cód. Civ. ital.: "La novación entre el acreedor y uno de los deudores solidarios libera a los otros deudores. En el caso de que se haya querido limitar la novación a uno sólo de los deudores, los otros no se liberarán, sino en la parte de este último. Si convenida entre uno de los acreedores solidarios y el deudor, la novación tiene efecto hacia los otros acreedores solo por la parte del primero". Comenta tal disposición, BRANCA, op. cit., p. 308. Respecto a la solidaridad, véase en general LUCARELLI, Francesco, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, Jovene, 1970; DE FERA, Giampaolo, *Sulla contitolarità del rapporto obbligatorio*, Milano Giuffrè, 1967.
- (87) BARASSI, op. cit., p. 198. Al respecto, RUBINO, Domenico, *Delle Obbligazione*, Libro IV, Bologna, Zanichelli, 1968, 2da. ed., p. 261, opina que es posible tal novación sólo para una parte menor de la cuota del novante, de manera, que también el novante quede obligado a la parte restante de la obligación originaria. Y si la prestación de la obligación originaria es indivisible, no es posible una novación parcial. Ibid. ESPIN CANOVAS, op. cit. p. 103 y ss; DIEZ —PICAZO— GULLON, *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 1976, pp. 105 y sigtes.
- (88) Art. 1292, Cód. Civil italiano.
- (89) ANDREOLI, op. cit., p. 60 observa que la sustitución de una obligación por otra que se produce en la novación, introduce esencialmente una modificación en la modalidad de realización del crédito, realización que es más fácil y expedita en la obligación solidaria, pues cada uno de los participantes en la deuda o en el crédito, actúa como representante de los otros, legítimamente. Cree el mencionado autor, que la obligación así contraída, con un único objeto, sea activa o pasivamente de más personas, mientras formalmente se presenta como una obligación única.

problema del análisis de su estructura, sea como obligación formada por una única prestación, con pluralidad de relaciones individuales y responsabilidad conjunta, para entender así la proyección del efecto sobre los sujetos obligados. Teniendo en cuenta este perfil, servirá para enfocar el artículo 1300 de la ley italiana, que prevé que la novación realizada en favor de uno de los acreedores solidarios, tiene efecto hacia los otros, solo dentro del límite de la cuota del primero; mientras que en el caso de codeudores solidarios, el efecto es totalmente distinto (90), pues según los redactores del Código Civil italiano de 1942, en la solidaridad, no existe una comunicabilidad entre los actos que perjudican y los que constituyen ventajas, deduciéndose, que tanto en la novación como en la remisión, cuando afecten o no a un codeudor, deben considerarse ventajosas para los otros deudores solidarios y por lo tanto, extensibles también a ellos (91). Busnelli plantea, que aun desde el punto de vista de la estructura de la obligación solidaria, sea que se tome la tesis de la pluralidad de relaciones o de la unidad de la misma en el fenómeno de la solidaridad, no se encuentra una justificación exhaustiva, si se toma en cuenta el diferente relieve, que tanto la novación como otras figuras afines, adquieren cuando se trate de un acreedor o de un deudor (92).

Los efectos de la novación en las obligaciones solidarias, se prevé también en la normativa del artículo 1233 del cuerpo civil italiano, al expresarse que si la novación se realiza entre el acreedor

y uno de los deudores solidarios con efecto liberatorio para todos, los privilegios, prenda e hipoteca del crédito anterior, pueden observarse sólo sobre los bienes del deudor que hace la novación. Sobre la liberación de los codeudores, la jurisprudencia italiana ha dictado algunas resoluciones, enfatizando, que el efecto novativo es extensivo a todos los codeudores, en tratándose de la solidaridad pasiva (93).

En la legislación costarricense ocurre, en cierta forma cosa muy distinta, pues existe el principio de la no solidaridad desde el punto de vista activo, por lo cual, las consecuencias del efecto novativo, solo podrán encuadrarse dentro del esquema de la solidaridad pasiva (94).

En el artículo 820 de nuestro ordenamiento jurídico civil, se prevé que *"la novación hecha con el deudor principal libra a los fiadores; la hecha con uno de los deudores solidarios, libra a los codeudores respecto del acreedor"*. Pudiéndose notar, que el efecto liberatorio de la extinción de una obligación solidaria por efecto novativo, afectará tan solo a la parte deudora, pues según BRENES CORDOBA (95), si entre acreedor y uno de los coobligados solidarios hubiera convenio por el que se produzca la novación, los otros coobligados quedan libres de la responsabilidad para con el acreedor, porque se produce una ficción, al considerarse que es lo mismo, que el coobligado con quien se convino la novación, hubiera pagado efectivamente la deuda, con lo cual se operaría una especie de subrogación legal, que de acuerdo al

sustancialmente constituida por un agregado de tantas obligaciones separadas, cuantas sean las personas de los deudores o de los acreedores: cada acreedor, no puede exigir que su cuota, y así cada deudor es obligado sólo por su cuota. Sobre el particular, RUBINO, op. cit., p. 148, que tanto en la novación, como en la remisión, en tratándose de un sólo codeudor, se extiende a los otros, sólo si eso haya sido querido por el acreedor.

- (90) Sobre el tema de la solidaridad, considera BUSNELLI, Francesco D., *L'Obbligazione soggettivamente complessa*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 33 que la incerteza de la doctrina en el estudio de la naturaleza y estructura de las obligaciones solidarias, ha hecho que el instituto de la solidaridad, sea considerado como misterioso, por la peculiar síntesis, dada entre valores unitarios y pluralísticos. Expresa el autor, en p. 245 que en el caso de una codeuda solidaria, las mismas causas de la extinción de la obligación que miran a uno de los codeudores, tienen pleno efecto liberatorio frente a los otros, salvo deroga convencional.
- (91) Alude al punto, BUSNELLI, op. cit. p. 245 frente a la norma en examen, sobre la situación de los coacreedores, que solamente se benefician con la extinción de la obligación por novación pro-cuota, porque se ha considerado que les perjudica en su derecho de crédito.
- (92) BUSNELLI, op. cit. p. 250, expresa que mientras en la economía del crédito, la actuación, se identifica con el instrumento específico para obtener la ejecución de la obligación, en la economía de la deuda común, se releva solamente en cuanto provoque la extinción de la obligación y la consecuente liberación.
- (93) Sobre la liberación de los codeudores, expresa una resolución de la Sala de Apelación de Milano, 8 de junio de 1946, Giorgi c. Cotonificio dell'Acqua, TEMI, 1946, No. 553, en p. 744 *Il Foro Ital.*, Rep. Vol. LXIX, 1946, Roma: "La novación entre el acreedor y uno de los deudores solidarios, libera a los otros deudores y si del contrato novativo viene pronunciada una resolución. . . la relación jurídica precedente extinta, no puede revivir". Otra interpretación alude en el sentido de que "si una precedente obligación solidaria viene modificada con un sucesivo acuerdo novativo, realizado entre uno de los coobligados solidarios y el acreedor, los otros coobligados deben entenderse liberados de las obligaciones derivadas del precedente contrato. En particular, no puede ser pedida la restitución del precio pagado dependiente del primer contrato, porque en tal caso, se haría revivir una relación ya extinta por novación.
- (94) Art. 636, 1er. párrafo, Cód. Civil de Costa Rica: "No puede haber solidaridad entre acreedores".
- (95) BRENES CORDOBA, op. cit., p. 216.

artículo 793 de nuestro ordenamiento jurídico civil, daría un derecho de cobro contra los demás obligados, por la parte que cada uno tiene de contribuir en el pago de la deuda total.

La norma en estudio, es efectivamente clara, y la finalidad propuesta es desligar a los coobligados solidarios por el hecho de extinguirse por novación una deuda, con lo cual se libera a todos los coobligados, pues en la solidaridad pasiva cada deudor se encuentra comprometido directamente al pago de toda la deuda (96), y al producirse la extinción se extiende a todos los demás, por tratarse de una deuda con una prestación común.

En la doctrina italiana, se ha ilustrado el fenómeno de la solidaridad, expresado en el hecho de que existe con ella, una causa de garantía, que caracteriza la obligación de uno de los deudores (expresamente aquel que aparece como garante), frente a la obligación del otro, portador exclusivo del interés (97). Siguiendo tal línea de pensamiento, al operarse la novación y extinguirse la relación obligatoria precedente, es lógico, que al seguirse la teoría unitaria, o sea de la unidad de prestación, si desaparece el objeto de la relación jurídica, se afectará a todos los codeudores, librándolos igualmente frente al acreedor. Tal dirección es la que sigue nuestra legislación. Por ello, no resulta del todo valedera la posición de Brenes Córdoba, que considera como supuesto de la liberación de los codeudores, el operarse una subrogación legal, que según el artículo 793 de nuestro Código Civil (98) prevé una acción de regreso contra los coobligados y en favor del que paga la deuda a la que estaba obligado, con o por otros, mientras que en el caso de la novación, el mecanismo operado no es el de una subrogación, pues no es el sub-entro de un tercero que cumple la deuda, sino es la sustitución de una deuda por otra, lo que produce la extinción de la primera. Si bien tal razonamiento podría ser aplicable en tratándose de la novación subjetiva, por la variación de los sujetos obligados, no así en el campo de la

novación objetiva, en donde el elemento alterado es distinto: las partes permanecen inmutables, mientras que lo sustituido es el objeto o la causa. Es bastante diferente el mecanismo de la especie fáctica subrogatoria, pues la extinción de la obligación primitiva, se produce, cuando un tercero, ajeno a la relación obligatoria, cumple mediante el pago la obligación, satisfaciendo el interés del acreedor, que acepta, y teniendo a su favor, en el caso de una obligación contraída colectivamente, el derecho de ejercitar una acción de regreso, en cobro de lo que pro-cuota le correspondía en la deuda (99).

Un aspecto que merece comentarse sobre las dos figuras, es el hecho de que en la subrogación, el tercero que cumple, se convierte a su vez, en el nuevo acreedor del deudor original, mientras que en la novación subjetiva, el cambio subjetivo producido, afectará la parte pasiva de la relación jurídica, que permanecerá siempre en la misma condición de obligada. En la novación objetiva, por el contrario, se produce un fenómeno distinto: la extinción de la obligación, se realiza por la incompatibilidad objetiva, que existe entre la primera y la segunda obligación, especialmente debida a la introducción de un elemento nuevo, y un "animus novandi", que sin variar el aspecto subjetivo de la relación, introduce en el objeto un cambio que provocará la extinción de la relación originaria y los codeudores resultan beneficiados igualmente por tal extinción.

Siguiendo la idea de que las condiciones ventajosas se extiendan a los obligados por deuda solidaria, encontramos que en la novación, no existe ninguna acción de regreso, pues la extinción en el caso de la novación y de la subrogación es distinta: en uno satisface el crédito un tercero; en la segunda se extingue una anterior por el nacimiento de otra nueva, que satisfará posteriormente al acreedor; en la subrogación, el tercero adquirirá el derecho del acreedor, mientras que en la novación subjetiva por cambio de deudor, el cambio subje-

(96) BRENES CORDOBA, op. cit., p. 35.

(97) BUSNELLI, op. cit., ps. 45-6.

(98) Cód. Civil de Costa Rica, art. 793: "La subrogación legal o convencional en favor de uno de los coobligados, sólo le da derecho a cobrar de los demás coobligados, la parte por la cual cada uno de ellos, debe contribuir al pago de la deuda". En el 790, se dice: La subrogación se opera totalmente y de pleno derecho: 3.— En favor de aquel que paga una deuda a la cual estaba obligado con o por otros.

(99) Señala ESPIN CANOVAS, op. cit., p. 254, que tanto una u otra figura resultan distintas particularmente en sus efectos, pues con la subrogación, no se extinguen las garantías, (Vid. art. 791 Cód. Civ. C.R.) en el que se expresa que se traspasan al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y privilegios del antiguo, mientras que en la novación, se extinguen aquellas que acompañaban la primitiva obligación. Además, opina el autor, lo que se traspasa es el crédito primitivo, sin provocarse una nueva obligación. Asimismo, DISTASO, op. cit., p. 666 afirma que la transmisión del crédito en la subrogación, no determina la extinción del derecho del acreedor, transfiriéndolo, objetivamente invariable al "solvens".

tivo operado observará siempre la misma condición de obligado a cumplir una prestación.

- c) Destino de los privilegios, prenda e hipoteca de la relación obligatoria originaria, al producirse el efecto novativo y sus consecuencias en la nueva relación surgida.

Con la deuda antigua perecen también los derechos accesorios (privilegios, prenda e hipoteca) (100), al punto tal, que aun cuando se haya convenido la permanencia de ellos en la novación estipulada entre uno de los deudores solidarios y el acreedor, se extingue igualmente para todos los coobligados, salvo expresa reserva (101).

La norma civil italiana (art. 1232) prevé que si no existe con el nuevo acreedor, ningún convenio al respecto, los accesorios se extinguen con la relación originaria principal, al producirse el efecto novativo. Se ha encontrado el fundamento de tal extinción, en el hecho de que al desaparecer la relación obligatoria precedente y constituirse otra nueva, se da una absoluta autonomía entre ambas, especialmente dictada en caso de novación objetiva, la cual cumple el precepto de que los accesorios perecen con la relación principal (102).

No obstante, la máxima general de la extinción de los accesorios, la norma civil italiana prevé su permanencia, cuando exista una convención, que autorice la mantención de tales garantías en la obligación naciente.

El fundamento de las normas en examen, radica en el hecho de que los accesorios tienen una fuerza particular en virtud de su causa, sosteniéndose como lógico y natural, la pérdida de ellos, cuando desaparezca la obligación principal. Tal concepción es una influencia del Código Civil francés. Interpretándose entonces que la norma transcrita en el artículo 1274 del derogado Código Civil italiano de 1865, es la misma previsión que subsiste en el artículo 1232 de la legislación civil odierna, con la salvedad de que, convencionalmente, podrán pasar a la nueva obligación, tales privilegios, ya que constituyen relaciones típicas de derecho real o personal, las cuales respecto a la obligación principal, desempeñan una simple función accesorio, es decir, aseguran al acreedor la satisfacción de su crédito (103). Y por ello, la extinción tiene perfecta lógica jurídica, porque tanto la prenda como la hipoteca, constituyendo derechos accesorios, no tiene vida autónoma, es decir, no tienen posibilidad de sobrevivir, sin una obligación principal.

Anteriormente, se hizo mención al hecho de que si existe una convención expresa de las partes sobre la permanencia de las garantías, éstas subsisten con la deuda surgida (104).

Es el artículo 1233, del Cód. Civ. ital., el que expresa que tales garantías permanecerán sobre los bienes del deudor, si hubiere convención.

En la legislación civil costarricense, se prevé la

- (100) Art. 1232 del Código Civil italiano: "Los privilegios, la prenda y la hipoteca del crédito originario, se extinguen, si las partes no convienen expresamente en mantenerlas para el nuevo crédito". En relación a este artículo, el 1275 del Cód. Civil italiano sobre la extinción de las garantías en general. Sobre la extinción de la hipoteca por novación, el art. 2878 de ese cuerpo legal y art. 424 de la legislación civil costarricense.
- (101) El art. 1233 del cuerpo civil italiano, expresa que los privilegios, la prenda e hipoteca del crédito anterior, pueden ser reservados solo sobre los bienes del deudor que hace la novación. Al respecto de la extinción de los privilegios por novación, expresa DISTASO, Nicola, *Modificazione soggettive e oggettive dell'obbligazione, Banca Borsa e Titoli di Credito*, Milano, Giuffrè, 1967, Anno XXX, 1967, Part. I, p. 438 que la doctrina se ha dividido al respecto, pues expresa que Bigiavi sostiene que los privilegios generales se extinguen al liberarse el deudor, mientras que los especiales se conservan, mientras que para STOLFI, los privilegios especiales permanecen, cuando la cosa gravada no se transfiera, los privilegios generales se extinguen sólo si las partes se han interesado en novar la obligación, mientras que se mantienen, si la voluntad de los contrayentes era tan sólo, la sucesión a título particular. Señala Nicolo, en *Rassegna Giurisprudenziale sul Codice Civile*, Libro IV, Tomo I, arts. 1173-1320, Milano Giuffrè, 1970, p. 572, que el principio de la conservación de las garantías se ha puesto de manifiesto en Ap. Giuffrè, 1970, p. 572, que el principio de la conservación de las garantías se ha puesto de manifiesto en Ap. Palermo, 31 de marzo de 1944, *Foro Ital. Rep.*, 1943-5 No. 495, al expresar que: "a diferencia de la novación objetiva en que basta la expresa reserva del acreedor para la conservación de las garantías, en la subjetiva ocurre además, que el deudor liberado o los terceros que se la habían prestado consentían a conservarla".
- (102) MICCIO, op. cit., p. 304. De la misma manera opinan TRABUCCHI, op. cit., p. 574; DE CUPIS, op. cit., p. 120; BRANCA, op. cit., p. 429, Trimarchi, op. cit., p. 400.
- (103) ANDREOLI, op. cit., p. 65. El mismo autor considera que tales garantías, de hecho constituyen relaciones típicas de derecho, sea real o personal, que respecto a la obligación principal, cumplen la función de asegurar la satisfacción del interés crediticio. Al respecto, también BURDESE, Alberto, op. cit., p. 326.
- (104) Sobre el punto, PERLINGIERI, op. cit., p. 133 opina que en cuanto a la "prior-obbligatio", no se mantienen en vida, tales privilegios, salvo que no se haya expresamente establecido, pues la "limitación a los bienes del deudor novante, no excluye que otro entre los deudores solidarios que hayan concedido garantía sobre sus bienes, puedan consentir al mantenimiento en vida; no se trata en esta hipótesis, necesariamente de constitución de nuevas garantías, en cuanto que la novación consigue automáticamente y verdaderamente en la extinción que se obtiene mediante novación, excluidas las garantías prestadas por el deudor novante, que según la norma que se comenta, pueden ser mantenidas con reserva. Sobre el tema véase también BARBIERA, Lelio, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, Jovene, 1971, p. 303.

extinción de las garantías en el artículo 830, segundo párrafo (105), admitiéndose tal posibilidad, solamente en cuanto a la prenda e hipoteca, de que pasen a la nueva obligación, cuando el deudor y el dueño de la cosa dada en prenda o hipoteca en su caso, así lo consientan. Es decir, que en principio, tal premisa existente en la legislación italiana subsiste en la nuestra, posible influencia en ambas de la codificación napoleónica, con la diferencia siguiente: en la legislación civil costarricense, sólo pueden subsistir en la nueva obligación, las garantías prendarias e hipotecarias, cuando se consienta a mantenerlas, excluyéndose de tal hipótesis, a los privilegios, como figura accesoria autónoma. A diferencia de la norma francesa inspiradora, que adjudica la potestad sólo al acreedor para que tales garantías subsistan, tanto la ley civil costarricense como la italiana, expresan que formalmente, debe tratarse de una convención. Jurisprudencialmente, se ha emitido una interpretación sobre el particular, en tema de novación subjetiva, que bien podría ilustrar el principio en comentario, de que lo accesorio, parece con lo principal (106).

B) La nueva obligación surgida: la existencia del "aliquid novi" o elemento nuevo como requisito esencial.

La creación de una obligación nueva realiza la novación, es decir, es esta nueva constitución la que condiciona la extinción de la obligación preexistente, y si por cualquier causa, no llegara a existir (sea por nulidad de contrato), la obligación originaria renacerá (107).

La obligación sustitutiva deberá ser fundamentalmente nueva, en el sentido de diferir de la anterior en su esencialidad (108), y requerir existencia jurídica, para provocar el efecto extintivo sobre la obligación originaria.

La fisonomía propia de la nueva obligación está caracterizada por un elemento nuevo, que viene a constituir el punto en el cual la obligación preexistente y la nueva resultan incompatibles. Es en la novación objetiva, de la cual hemos venido tratando, en donde mejor se perfila el llamado por los romanos "aliquid novi", que se encontrará en los elementos objetivos de la novación en estudio, cuya introducción variara sustancialmente la relación originaria (109).

Según el artículo 1230, 1er. párrafo del C.C. ital., la obligación originaria se extingue, cuando las partes constituyen una obligación nueva con "objeto o título diverso". Tal diversidad que se encuentra en la base del instituto novativo, en su perfil objetivo, adquiere significado, en tanto en cuanto se produzca un cambio sustancial en el elemento objetivo: un cambio que dé como resultado un tipo de prestación diferente, por ejemplo, la sustitución de una obligación de hacer por una de dar, o en un tipo distinto de contrato (110).

Sobre la posición del "aliquid novi" en la estructura de la obligación, una posición sostiene que no se encuentra presente en la composición interna de la nueva obligación, ya que dicha situación se demuestra, ejemplificando, con la obligación condicional (111); pues bajo este matiz el efecto novativo se realiza justamente al verificarse

- (105) Cód. Civil, art. 820, segundo párrafo: "Los privilegios, prendas e hipotecas de la primera deuda, no pasan a la segunda, salvo que el deudor y el dueño de la cosa, en su caso lo consientan expresamente". Este artículo es casi una copia literal del 1278 del Code Napoléon, que dice "Los privilegios e hipotecas del antiguo crédito, no pasan a la sustituida, a menos que el acreedor no las haya expresamente reservado".
- (106) Dice tal resolución del Tribunal Superior Civil de San José, No. 624, de las 14 hrs., 3 setiembre de 1974. Ejecutivo prendario de F.D.G. c. M.A.S.F. Boletín Digesto de Jurisprudencia, No. 221, San José, Costa Rica, 1974-75, Año XIX y XX, No. 1985: "Si en el certificado de prenda, que sirve de fundamento a la demanda, el acreedor consintió expresamente la novación del deudor, de su crédito, aceptando como tal al codeudor del mismo y desligando de toda obligación al recurrente, se impone anular la resolución que previno a los demandados entregar al actor los semovientes rematados y adjudicados, pues en cuanto a él, no podrá el Juzgador con base en dicho certificado de prenda, enderezar juicio ejecutivo".
- (107) MARTY-RAYNAUD, op. cit., p. 841. A su vez, opinan dichos tratadistas que las partes podrían perfectamente convenir en extinguir la obligación sin reemplazarla, pero entonces no se trataría de una novación. En igual sentido ANDREOLI, op. cit., p. 45.
- (108) SCHLESINGER, op. cit., p. 33. Al respecto opina ANDREOLI, op. cit., p. 17 que requisitos indispensables de la novación en alguna de sus formas, es la necesidad de que se introduzca un elemento nuevo, frente a la obligación novada, porque de otra forma, si la primera reproduce exactamente la segunda en todos sus elementos, no se podría hablar de novación, sino de reconocimiento de deuda. Sobre el reconocimiento de deuda, véase MESSINEO, op. cit., p. 528.
- (109) TORRENTE, op. cit., p. 416.
- (110) BUCCISANO, op. cit., p. 32.
- (111) BUCCISANO, op. cit., p. 23. sostiene el autor que la doctrina del "aliquid novi" surgió en época pre-clásica, cuando a la extinción de la obligación preexistente se producía debido a la estipulación novativa, e independientemente del nacimiento de una nueva obligación, mientras que en la época clásica, el efecto extintivo venía unido al efecto constitutivo, perdiendo significado el elemento nuevo, por lo que para haberlo, debía incorporarse a la obligación nueva.

la condición, lo cual demuestra que dicho elemento no se encuentra sustancialmente en la nueva obligación. Esta posición, no es del todo justa, pues es inherente a la obligación surgida el tener en sí el elemento nuevo, que la hace incompatible con la originaria y que provoca la extinción, pues en la novación condicional, los efectos se realizan solamente desde que la condición suspensiva se cumpla, o la resolutoria deje de existir (112).

Observando de cerca el aspecto innovador que constituye el nacimiento de la obligación sustancialmente distinta a la primitiva, se puede decir que la novedad surgida del acto novativo, consiste en el interés que justifica, bajo el perfil axiológico, la constitución de una obligación nueva, en lugar de la originaria que desaparece (113).

Existen al respecto, dos soluciones doctrinales sobre el valor del elemento nuevo en la configuración de la novación. Una de ellas, sostiene que el "aliquid novi" no constituye un elemento necesario para la validez del acto novativo, sino que es la voluntad de las partes la suficiente para realizar el efecto novativo (114), mientras otra le da prevalencia al elemento nuevo, afirmando que para que la obligación presente signos de novedad, debe incluir un elemento nuevo, respecto a la obligación primitiva, pues de lo contrario no se configuraría la novación como fenómeno extintivo-constitutivo (115).

La noción de "aliquid novi" consiste entonces, en el objeto nuevo que sustituye a la prestación de la relación originaria, dando nacimiento a una nueva, que resulta totalmente distinta de la primera (116). Pues si no existiera como requisito

significativo, y se reprodujera exactamente la segunda, en todos sus elementos subjetivos y objetivos, no sería posible hablar entonces de novación, sino de un fenómeno diverso, o sea, estaríamos en el caso del reconocimiento de deuda (117).

En relación con la función desempeñada por el elemento nuevo en la estructura de la obligación naciente, es notable la diferencia que existe entre la novación objetiva expresa, en la cual las partes "expressis verbis" declaran su interés en novar la obligación, y la novación objetiva tácita, resultante de hechos concluyentes. En efecto, según Andreoli (118), en la novación expresa realmente no es necesario, que la obligación novante introduzca un cambio radical frente a la precedente, pudiendo bien tal mutación, mirar pura y simplemente elementos secundarios. Sin embargo, tal posición no es justa, porque tanto en la novación tácita objetiva, como en la expresa, se necesita para su configuración, una alteración que varíe sustancialmente el contenido de la relación jurídica, sea a través de una manifestación formal, o a través de ciertos hechos, que permitan considerar que se ha operado un verdadero cambio en la prestación, naciendo una obligación nueva, distinta de la primitiva. Es por eso, que al afectarse solamente los elementos accesorios, no se produce novación, pues es precisamente la esencialidad del objeto de la primera relación que debe ser variado, para provocarse el efecto novativo. Es por eso que jurisprudencialmente se ha interpretado que la variación de los accesorios, no supone la intención novativa (119) y lo que sería, es una modificación de la relación

(112) BRENES CORDOBA, op. cit., p. 214.

(113) BUCCISANO, op. cit., p. 20; MARTORANA, op. cit., p. 166.

(114) BUCCISANO, op. cit., p. 23.

(115) RESCIGNO, op. cit., p. 548; PERLINGIERI, *Il Fenomeno...* op. cit., p. 121.

(116) MESSINEO, op. cit., ps. 526-8.

(117) Sobre el particular, vid. TRABUCCHI, op. cit. p. 579; PERLINGIERI, op. cit., No. 30, ps. 98-99; ANDREOLI, op. cit., p. 17.

(118) ANDREOLI, op. cit., p. 17.

(119) Sobre la extinción de los accesorios, véase *supra*, A-c, de este capítulo. Sobre el particular BURDESE, op. cit., p. 326. La jurisprudencia italiana ha interpretado que cuando las partes regulan pura y simplemente las modalidades relativas a la ejecución de la obligación preexistente, sin alterar el objeto o el título, no se verifica alguna novación, en cuanto que dicha convención, confirma la voluntad de las partes de mantener con vida la obligación originaria, teniendo el nuevo negocio por objeto solamente modificaciones accesorias. Cas. 24 ottobre, 1970, No. 2133, Lucchese c. Lanif, Biagioli, *Il Foro Ital., Rep.*, 1955, Vol. XCIV, 1971, No. 70. También cita TORRENTE en NICOLO, en *Rassegna di Giurisprudenza sul Codice Civile (1954-64)*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 264, alguna jurisprudencia sobre el particular: Cas. 4 ottobre, 1958, No. 3111, No. 416; Cas. 23 maggio 1959, No. 284; Cas. 24 maggio 1960, No. 1324, *Giurisp. Sic.* 1960, 888; Cas. 18 luglio 1961, No. 1738, *Giust. Civ. Rep.*, 1961, No. 267, sentencias en las que se enfatiza la necesidad de que el cambio sea sustancial.

obligatoria, no el nacimiento de una nueva (120).

Si para Perlingieri, es fundamental la modificación del título, para Buccisano es la intención novativa que en sí encierra el "aliquid novi", pues si se valora cualquier otra circunstancia, la voluntad de extinguir la obligación preexistente no resulta en forma inequívoca, llegándose al extremo con Martorana, para quien, cualquier modificación por mínima que sea, producida en los elementos principales o accesorios, siempre que la voluntad de novar exista, producirán novación (121).

Consideramos que la simple manifestación de voluntad novativa no basta para realizar el efecto novativo, sino la alteración objetiva es esencial, así como a contrario sensu, no es valorable un "aliquid novi", sin "animus novandi", pues éste es expresión de aquel.

Valorando las direcciones doctrinales que ven en la necesidad de la mutación del objeto o título, la esencialidad de la novación como instituto, la jurisprudencia italiana ha interpretado al respecto, que no existe novación, si no ha habido una alteración sustancial, que determine la incompatibilidad de ambas obligaciones (122).

El objeto de una relación jurídica, puede sufrir una variación de dos distintas maneras: cuantitativamente o cualitativamente por voluntad de las partes. Según se verá, solamente los cambios cualitativos son capaces de producir una transformación que comporta novación, mientras que los cuantitativos, comportan tan solo una modifi-

cación objetiva que no altera la sustancia misma (123).

- a) Los cambios cualitativos en el objeto son aptos para provocar novación.

Se considera que tales cambios en la cualidad, son aquellos que transforman radicalmente la naturaleza, la esencia misma de la prestación sobre la que recae el vínculo obligatorio; es el cambio que se produce cuando se varía una obligación de hacer, en una de dar, o de no hacer, significando una mutación aportada por las partes al elemento objetivo de la relación misma, que la alteran esencialmente. Según algunos autores (124) solo este tipo de cambio es el que incide en la obligación misma, produciendo, aun en el silencio de las partes, la novación.

- 1) Cambios en el objeto o título de la obligación.

Una modificación del objeto, por ejemplo la sustitución de la cosa en las relaciones reales, no constituirá una simple alteración de la misma, sino que determinaría la desaparición de la relación existente, y en su sustitución por una nueva (125). El objeto inmediato de la obligación, consiste siempre en una prestación, que es variada, como variado es el campo de la actividad humana (126). Según el artículo 1230, primer párrafo, la obligación originaria se extingue, cuando las partes constituyen una nueva, con "objeto o título di-

- (120) Sobre la accesoriadad y su destino frente al efecto novativo, RUSCELLO, Francesco, "Pactum de non petendo e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio", en *Riv. Dir. Civ.*, Anno XXII, No. 2, marzo-abril, 1976. CEDAN, Padova, p. 206, expresa que en ciertos negocios reglamentarios, tanto la dilación como "el pactum de non petendo in perpetuum" incide en la reglamentación, sin alterar, por eso ni el objeto, ni el título de la relación. Pero a veces, un término, siendo un elemento accesorio, puede resultar esencial en la relación, en el sentido de que su cambio, incidiendo sobre el objeto o el título, la disciplina del acto modificativo, se relaciona con la de la novación.
- (121) PERLINGIERI, *Il fenomeno...* op. cit., p. 121, quien considera a la vez que para que opere la novación, se requiere una modificación funcional. BUCCISANO, op. cit., p. 32; MARTORANA, op. cit., p. 166.
- (122) Cas. Civ. 9 maggio 1958, No. 1524, Gravante c. d'Agostino, en p. 2508, *Giurispr. Ital., Rep.*, Vol. II, Anno LX.
- (123) SANTORO-PASSARELLI, op. cit., p. 102.
- (124) ANDREOLI, op. cit., ps. 32-35, PERLINGIERI, op. cit., No. 30, p. 71.
- (125) SANTORO-PASSARELLI, op. cit., p. 102.
- (126) ANDREOLI, op. cit., p. 31. Señala el autor como cambio sustancial en el objeto, el caso de transformación de una renta vitalicia en deuda de capital. Otro ejemplo es dado por MARTORANA, op. cit., p. 112, al señalar que "la obligación de dar cien botellas de vino, es cosa distinta de la obligación de construir una villa, de prestar que renta perpetua o vitalicia, de dar una cantidad de terreno y similar, para que la sustitución de una cosa a la otra pueda considerarse compatible, con la intención de persistir en la obligación precedente", ANDREOLI, op. cit., p. 54, la transformación de una obligación simple en una alternativa.

verso". Tal diversidad requerida, tiene un valor significativo, en el sentido dispuesto por la ley, en cuanto el cambio del objeto o del título de la obligación: la diversidad del objeto presupone entonces, un cambio en el tipo de prestación (127), una verdadera transformación, una modificación en el contenido de la obligación (128).

La novación se produce también, cuando existe una mutación en el título de la obligación originaria. Presupone tal alteración, que el tipo de prestación originariamente debida permanezca inmutable, al igual que los sujetos, mientras que lo que se produce es una variación causal del propio negocio jurídico, que da lugar a la obligación (129), no puede entenderse, sino como una sustitución de un nuevo tipo contractual del precedente: existiendo entonces una prestación idéntica, que si antes era debida por el deudor a título de compraventa, se encuentra ahora obligado a título de depósito. En este caso, aún en el silencio de las partes, se puede individualizar claramente la voluntad de efectuar la novación, pues pareciera decisiva la constatación, de que no sólo cambia la causa jurídica, la fuente de la obligación, sino que cambia además de la función práctica, el intento económico-jurídico (130).

Es por ello que el cambio en el título, por implícito querer de las partes, manifiestamente, que origina una variación fundamental en la naturaleza jurídica (131); o sea si la causa de la obli-

gación primitiva es un hecho jurídico diferente del contrato, la alteración causal por voluntad de las partes no puede configurar dicha forma, sino como una sustitución contractual, frente a la fuente de la cual se originaba la obligación primitiva. Es verdad también, que si todos los otros elementos de la obligación originaria permanecen incólumes, el cambio de causa, incide profundamente sobre la esencia de la obligación primitiva transformando radicalmente su típica configuración, de la cual surge la intención novativa de sustituir una obligación por otra: las partes han dirigido la obligación a una función práctica, a un intento económico-jurídico, causa material del contrato absolutamente extraña a las relaciones precedentemente existentes entre las partes (132).

El cambio que se prevé en el artículo 1230, atañe al título presuponiendo de hecho, que el tipo de prestación permanece sin variación alguna, mientras que lo que produce mutación, es en su naturaleza jurídica. Es lo que algunos tratadistas denominan "novación causal" (133).

La variación en el objeto o en el título, ha sido interpretada de variada manera por la jurisprudencia italiana, sea tomando en cuenta la sustancialidad del cambio operado (134) sobre la existencia de novación en el caso del acuerdo de partes para la extinción de una obligación cambiaria, atribuyendo al acreedor el derecho a percibir los cánones de locación de un fundo propiedad del deudor

(127) BUCCISANO, op. cit., p. 32. RESCIGNO, *Manuale*. . . , op. cit., p. 548.

(128) El Code Napoleón, art. 1271, no especifica como lo hace la legislación italiana, la consistencia de la variación producida, sino que solamente dice, que la novación se produce: 1) Cuando el deudor contrate con su acreedor una nueva deuda que es sustituida a la antigua, la cual se extingue.

(129) Por título, según RESCIGNO, Pietro, voz *Novación*, *Dir. Civ.*, en *Nov. Dig. Ital.*, Vol. XI, UTET, Torino, 1965, p. 43, se debe entender la fuente de la obligación en el sentido amplio del término, es decir, no solo en el de significado de hecho del cual deriva la obligación, sino como fuente de reglamentación de las modalidades del contrato. En el mismo sentido se expresa, DISTASO, Nicola, *Modificazioni soggettive e oggettive dell'obbligazione*, *Banca Borsa e titoli di credito*, Anno XXX, 1967, Milano, Giuffrè, p. 428, I.

(130) ANDREOLI, op. cit., p. 43.

(131) MARTORANA, op. cit., p. 118. Respecto a la diversidad de título, señala BUCCISANO, op. cit., p. 33 que presupone una mutación en el tipo de reglamento, y que por título de la obligación, se entiende la causa del acto del que deriva el doble efecto extintivo-constitutivo: el cambio de título en esta acepción, es una consecuencia natural y constante de la novación, en sentido efectual o global, al título de la obligación nueva y establece que se tiene novación, cuando la obligación, aisladamente considerada, asimila un tipo de reglamento nuevo y distinto del reglamento preexistente.

(132) ANDREOLI, op. cit., p. 42. En la doctrina española, ESPIN CANOVAS, op. cit., p. 158 define el cambio de causa diciendo: "Tiene lugar la alteración causal por mutación del propio negocio jurídico, que da lugar a la obligación, cuando el precio debido en virtud de una compraventa o de un arrendamiento, se conviene que se adeude en concepto de préstamo. Al respecto, SANCHO REBULLIDA, op. cit., p. 381.

(133) BUCCISANO, op. cit., p. 135. Sobre la novación causal, PERLINGIERI, op. cit., No. 30, ps. 73-75, expresa que para los fines de la determinación del "aliquid novi", el cambio de título de la obligación asume una posición en sí, al punto que contraponiéndose la novación por cambio de objeto, a la novación por cambio de título, más de un autor ha querido definir verdadera novación, solo a una de las dos, propiamente a la segunda, la llamada novación "causal".

(134) Ap. Génova, 7 junio de 1957, G.R.A. —Ditta Ranzi— Giust. Civ. Mass., 1957, *Giurisp. Ital.*, *Rep.*, Anno LIX, Vol. II, 1957, Torino, UTET, 1958, No. 6.

cambiarlo, hasta la concurrencia del crédito originario (135).

La modificación de la obligación relativa a la naturaleza jurídica y al objeto de la prestación, debe transformar la obligación nueva en incompatible con la originaria, pues de lo contrario, se interpretaría como un interés de las partes en que permanezca (136).

La legislación costarricense en el artículo 814, inc. 1 expresa que la novación objetiva se realiza cuando por cambio de objeto o cambio de causa, se contrae una nueva deuda en sustitución de la antigua, que se extingue. Este artículo es similar al existente en la legislación italiana, aunque el cambio en la naturaleza jurídica es denominado en nuestra legislación "cambio de causa". BRENES CORDOBA sostiene que la mutación se produce cuando, la cosa cierta y determinada que forma la materia de la prestación, se reemplaza por otra en virtud de convenio, y a la vez cita el ejemplo, de que si el deudor se obliga a satisfacer su deuda con trabajo personal y posteriormente se estipulara que el pago se hiciera en dinero, se habría operado aquí, un cambio completo en cuanto a una de las condiciones esenciales (137) del pacto primitivo. En cuanto al cambio de título o "mudanza de causa" (138) sostiene el comentarista, que existe cuando se realiza una transformación completa del

convenio; que provoca diferentes derechos y obligaciones, dependiendo del título de la obligación sustituida. Sobre la esencialidad del cambio en el objeto o causa jurídica, la jurisprudencia costarricense ha señalado solamente la necesidad de que exista la alteración, como uno de los requisitos esenciales para la eficacia novativa (139).

b) Los cambios cuantitativos no son idóneos a comportar novación —ex art. 1231 C.C. ital. y 818 Cód. Civ. Costa Rica—.

Si el cambio en el objeto se refiere al "quantum", o sea al aumento o disminución de la prestación, dejando cualitativamente "íntegra" o inalterada la esencialidad de la obligación, tales variaciones no son idóneas a comportar la desaparición de la obligación precedente, pues no alteran sustancialmente su esencia (140).

Es por ello que, las modificaciones producidas en la prestación en cuanto a la cantidad, o a las modalidades de las prestaciones, no constituyen presupuestos aptos para novar el objeto o el título, pues, según Andreoli, tales cambios, que se presentan con frecuencia en las obligaciones de dar, pudiéndose configurar también, en las de hacer o no hacer, por ejemplo, en una obligación de hacer, en que las partes sucesivamente establecen que la obra o el servicio originario, se deba ejecutar den-

- (135) Cass. Civ. 12 maggio 1948, No. 699 —Banca di Lucania c. D'Enrico— Riv. Dir. Com., en *Giurisp. Italiana, Rep.* 1949, p. 1586, No. 61.
- (136) Ap. Roma, 28 de junio de 1972, *Meliorconsorzio c. Nicolini, Temi Romana*, 1972, 626. Banca Borsa, 1973, II, 267, en p. 1758, *Il Foro Ital., Rep.*, Vol. XCVI-1976. Sobre la que se sostiene en la Cas. 15 mayo 1971, No. 1407, Mancusso c. Fall Botta, en p. 1055, *Il Foro Ital., Rep.*, Vol. XCIV, 1971, que en un contrato de compraventa si ha habido una simple modificación del precio, quedando inalterados la causa y el objeto, no subsiste novación. También sobre el particular, Cas. 4 ottobre 1958, No. 3111, Rughetti c. Rughetti, en p. 1738, *Il Foro Ital. Rep.*, Vol. LXXXI, 1958, Cas. Civil, 9 mayo 1958, No. 1524, Gravanti c. D'Agostino, en p. 2508, *Giurisp. Italiana, Rep.*, Vol. II, 1958, Cas. 6 abril 1974, No. 999. Cosentini c. Del Fante, en p. 1955, *Il Foro Italiano*, Vol. XCIV, 1971 No. 69.
- (137) BRENES CORDOBA, op. cit., p. 212. Al respecto CARRO ZUÑIGA, Carlos, "Los factores condicionantes del *ius variandi*", Rev. Coleg. de Abogados San José, 1964, p. 24: "El distingo entre condiciones principales y relativos al objeto, la causa o las condiciones principales, como las realizadas sobre la modalidad de la obligación y sus elementos accidentales, no producen la extinción de una deuda y el nacimiento de otra.
- (138) BRENES CORDOBA, op. cit., p. 212.
- (139) Las siguientes sentencias de la Corte de Casación hacen mención a lo anotado: Cas. 5, 1957, I Sem., Tomo Unico, p. 90-Lara Fernández c. Registro Público, *Colec. Sentencias*. Corte Sup. de Justicia, Imp. Nacional., San José, 1957; Cas. 14:10 hrs. del 26 de marzo de 1943, I Sem., Tomo Unico, p. 108, *Colec. Sent. Corte Sup. de Justicia*, Imp. Nal., San José, 1943.; Cas. 14 hrs. del 14 de enero de 1944, I Sem. Tomo Unico, p. 105, Rodríguez Martínez vs. Suc. Guillén Montenegro. *Colec. Sent. Corte Sup. de Justicia*, Imp. Nal., 1944.
- (140) ANDREOLI, op. cit., p. 38; *ibid.* PERLINGIERI, op. cit., No. 30, p. 71. MICCIO, op. cit., p. 300, señala que los cambios accesorios que no afectan la sustancia de la relación, no demuestran el "animus novandi". La misma expedición de un documento, no produce la novación, mientras el animus novandi, no resulte de manera inequívoca. Sobre la alteración accesoria que no comporta novación, MESSINEO, op. cit., p. 526.

Sobre el particular, no existen resoluciones, frente a una gran cantidad de interpretaciones jurisprudenciales italianas.

C) El elemento subjetivo: el "animus novandi" o intención novativa.

Para Pugliatti, el concepto general del "animus", está inmerso en una compleja problemática, que permite considerarlo, no solo como un conjunto de puntuales especificaciones, que en sí convergen, sino también como un aspecto del cual se desmembran las más significativas indicaciones concernientes a dicha problemática (147). El término "animus" está adoptado, en las fuentes romanas con significados varios, razón por la cual, alrededor de las distintas figuras jurídicas, existe una gama extensa del animus, requerido como elemento integrante de su propia estructura. Por ello nuestro estudio incluye dentro de la novación, el enfoque del "animus novandi", cual requisito esencial, sin el que la novación no se podría configurar (148).

El "animus novandi" es una expresión subjetiva que por sí misma, no puede ser idónea a representar un elemento constante del esquema novativo, ni a constituir un coelemento capaz de enriquecer el contenido escogido, sino que actúa en el sentido de adaptar el esquema comercial típico o atípico, al desarrollo de una función diversa de aquella normalmente dirigida a producir el efecto

novativo (149). es decir, que el efecto típico novativo extintivo-constitutivo tiene necesidad para su configuración, de un acto volitivo de las partes, por lo que, según la opinión de PERLINGIERI, la doctrina tradicional, sufriendo la influencia de la concepción voluntarista de la teoría del negocio, ha exagerado al exaltar el elemento subjetivo, al punto de sostener que la voluntad de las partes, por sí sola, podría novar una relación, aun en ausencia de un cambio de objeto o título, y al contrario, pudiendo excluirse la novación en presencia de ciertos cambios, si no existiera la intención novativa (150), con lo cual se le daría un valor al animus, que sin poseer una autonomía ontológica, se constituirá en el fundamento estructural del negocio novatorio. Insiste el autor que en la novación, se debe realizar la función novativa y el "animus novandi" es determinado como el perfil subjetivo de la "causa novandi", constituyendo esta última, la que caracteriza la especie fáctica novativa, siendo inútil darle al elemento intencional la preeminencia sobre el elemento nuevo (151). Según esta corriente, la intención novativa no basta, para extinguir y sustituir la obligación primitiva, si falta el elemento objetivo de la modificación de la relación obligatoria, dándosele una gran relevancia al "aliquid novi" dentro de la estructura novativa (152).

No obstante las nuevas corrientes que dan supremacía al elemento objetivo, o sea al cambio

- (147) PUGLIATTI, Salvatore, *Voce Animus*, en *Enciclopedia del Diritto*, II, Milano, Giuffrè, 1958, p. 437. También el autor incluye, los distintos tipos de animus, referentes a variadas figuras jurídicas, como animus iniuriandi, animus decipiendi; animus nocendi; animus possidendi etc. En cuanto al concepto de "animus", según BROISE, Sergio, *Animus Donandi, concetto romano e i suoi riflessi nella dogmatica odierna*, Pacini, Pisa, 1977, Parte Generale I, p. 39, significa intención, y como término jurídico, indica la intención subjetiva calificativa de un acto o un comportamiento del sujeto mismo, asumiendo entonces, el valor de elemento característico de la voluntad, que preside aquel acto o comportamiento.
- (148) Sobre la evolución del "animus novandi", vid. *supra*, Cap. I, Sección A.
- (149) PERLINGIERI, op. cit., No. 30, p. 80.
- (150) PERLINGIERI, op. cit., p. 78. Según el autor, con considerar el "animus novandi" aspecto estructural y caracterizante de la novación, se le identifica con "la función novativa".
- (151) PERLINGIERI, op. cit., p. 80. Del mismo criterio es RESCIGNO, *voce Novazione*, op. cit., p. 435, quien expresa que tal elemento es demasiado vago e incierto para que se le considere el centro de la novación, dándosele un gran valor, considerando aceptable la tesis de algunos doctrinistas y ciertos pronunciamientos jurisprudenciales que han retenido que el animus novandi, es de gran relevancia, sobre todo en el caso de la novación tácita objetiva. CARIOTA-FERRARA, Luigi, *Il negozio Giuridico nel diritto Privato Italiano*, Napoli, Morano, op. cit., p. 47, sigue la directriz que da preeminencia al elemento nuevo, frente al meramente volitivo.
- (152) RESCIGNO, *voz Novación*, op. cit., ps. 434-5, continúa afirmando que el elemento intencional en la novación es irrelevante, si falta la modificación objetiva, y el animus novandi se convierte, en necesario sólo si tratándose de modificaciones esenciales, la relación creada con la nueva declaración, coexistiría con la obligación originaria. En condiciones como las realizadas sobre "la modalidad de la obligación y sus elementos accidentales, no producen la extinción de una deuda y el nacimiento de otra, es decir por regla general, no provocan la novación de una deuda y el nacimiento de otra. Tal es el caso de prestar o cancelar una garantía, incluir una cláusula penal, aumentar o disminuir el plazo, señalar un lugar distinto para el pago".

tras la sustitución de la primitiva obligación no provoque el surgimiento de la nueva, por incorporación de un elemento nuevo que la diferencie sustancialmente de la precedente; asimismo, tal novedad introducida debe ser querida por los sujetos de la relación obligatoria, que la expresan sea manifiesta o tácitamente, por lo que se podría afirmar que el carácter negocial de la novación objetiva, determina que sea la intención de las partes la que desenvuelve un papel decisivo, incluyendo en sí misma la alteración objetiva o causal, que diferencia las dos relaciones: la precedente y la nacida a posteriori.

El artículo 1230 de la legislación civil italiana, en su segundo párrafo, prescribe que *"la voluntad de extinguir la obligación precedente debe resultar de modo no equívoco"*. Dicha norma requiere la voluntad común de extinguir la obligación originaria, intención que debe tener como característica esencial, el de ser inequívoca, o sea, no dejar lugar a dudas de la dirección volitiva de los sujetos obligados. Señala por ello BETTI, que en el caso de una formulación ambigua, oscura del precepto contractual, es al Juez a quien corresponde interpretar el intento novativo, con criterios objetivos (162).

En principio, la manera no equívoca, equivale a la prohibición de presumir la voluntad novativa,

no obstante, que se precisa que en la novación objetiva tácita, el *"animus novandi"* es implícito, (163) resultante de la no compatibilidad de las dos obligaciones. La exclusión de la presunción del elemento intencional, significa que en la duda, se tiene por inexistente la novación (164).

Tal rigor en dicha disposición, es dictado especialmente por la gravedad de las consecuencias de la novación objetiva, que debe ser claramente querida (165).

En otros casos, interpretó la jurisprudencia italiana, que el *"animus novandi"* se concreta en la voluntad de crear una obligación distinta de la anterior, individualizada exactamente por el criterio de incompatibilidad objetiva de la nueva deuda con la antigua (166).

Otra dirección se inclina por sostener, que debiendo el *"animus novandi"* resultar de modo no equívoco, debe retenerse como implícito, cuando sea modificada la causa o el objeto de la obligación (167), o al contrario, la sustitución del objeto de la obligación, no importa novación, si falta el *"animus novandi"*.

El *"animus novandi"* debe ser probado por quien invoca la novación, en vista de su no presunción (168), y su existencia o no depende de la apreciación del Juez de mérito (169).

El Código Civil costarricense, en su artículo

- (162) BETTI, op. cit., p. 126. Vid. *supra*, Cap. I, III-B.
- (163) Por jurisprudencia italiana se interpretó, que la voluntad de extinguir la relación preexistente y de crear una nueva, además de expresa, puede ser tácita y en tal caso, debe resultar en modo preciso y no equívoco: es necesario que entre la nueva relación propuesta por las partes y la voluntad de mantener en vida la obligación originaria, sean incompatibles (Ap. Ancona, 17 dic. 1956, Novelli-Bovara, Giust. Civile, Mass. Ap. Ancona, 1956, 41 en p. 2358, *Giurisp. Ital.*, Año LIX, Vol. II, 1957. En otra resolución, se puso de manifiesto que en el caso de novación tácita, el *"animus novandi"* debe resultar de hechos no equívocos, del no interés en mantener en vida la obligación originaria, Cas. Civ. 16 abril de 1945, No. 253, Alampi-Ripepi, en p. 1683, *Giurisp. Ital.*, No. 52, Año, XLVI-XLIX, 1947; no obstante el requisito de que el *"animus novandi"* sea expresado en modo no equívoco, no se excluye que se pueda deducir implícitamente de hechos conclusivos, Cas. 3 de octubre de 1967, No. 2259, Scogina c. Del Fante, *Il Foro Ital., Rep.*, Vol. XC, 1967, No. 350. En el mismo sentido, Cas. 10 julio de 1952, No. 2133, Maltese c. Morimia, p. 1631, *Il Foro Italiano*, Vol. LXXV, 1952, No. 518.
- (164) ANDREOLI, op. cit., p. 15. *Ibid.* MESSINEO, op. cit., p. 523. Jurisprudencialmente, Cas. 10 oct. 1967, No. 2394, Soc. Vender c. Soc. Associated Industrial Advises, p. 1670, *Il Foro Ital. Rep.*, Vol. XC, 1967, No. 349; Cas. 30 nov. 1945, No. 814, Mercuri c. Alessandri ed altri, en p. 1683, *Giurisp. Ital., Rep.*, Anni XLVI-XLIV, No. 526.
- (165) Branca, op. cit., p. 429.
- (166) App. Bari, 3 nov. 1949, *Il Foro Italiano, Rep.*, 1951, No. 548 (cit., por DISTASO, op. cit., p. 529). En el mismo sentido, Cas. 6 abril, 1971, No. 999, Cosentini c. Del Fante, en p. 1955, *Il Foro Ital., Rep.*, Vol. XCIV, 1971; Ap. l'Aquila, 6 set. 1950, Di Tommaso, Contento, Riv. Giurid. Abr.: Ap. Genova, 13 nov. 1953, Eterni c. Ghiron, *Il Foro Ital., Rep.*, Vol. LXXVI, p. 1632, 1953, No. 474.
- (167) App. Napoli, 11 oct. 1945, *Foro Ital., Rep.*, 1946; App. Genova, 21 abril 1959, Mobil Oil Ital. c. Bafici ed altri, en p. 2468, *Giurisp. Ital., Rep.*, Año LXI, Vol. II, 1959, No. 76; Cas. 4 julio 1952, No. 202, Benzion c. Pozzi, en p. 1631, *Foro Ital., Rep.*, Vol. LXXV, 1952, No. 522; App. Perugia, 22 nov. 1956, Piermorini c. Piermorini, en p. 1902, *Il Foro Ital., Rep.*, Vol. LXXXIX, No. 533; Cas. 15 enero 1952, Pepini c. Poggi (ined.) en p. 1631, *Foro Ital., Rep.*, 1952, Vol. LXXV; Cas. 6 julio de 1950, No. 1788, Bucciolli Di Piero, p. 1785, *Giurisp. Ital., Rep.*, Anno LII, 1950, No. 51, Ap. Genova, 7 febrero de 1950, Eredi-Penne, en p. 1785, *Giurisp. Ital.*, Anno 1950.
- (168) App. Milano, 8 marzo de 1955, Albertinelli c. Laresi, *Foro Ital., Rep.*, Vol. LXXXVIII, 1955, p. 1609; Cas. 16 abril 1945, No. 253 Alampi-Ripepi, No. 523 en p. 1683, *Giurisp. Ital., Rep.*, Anni XLVI-XLIX, 1947; Cas. 6 abril 1955, No. 982, Remondino-Olivieri, 1955, *Giurisp. Ital., Rep.*, Anno LVII, II Vol.
- (169) Cass. Civil 6 julio 1950, No. 1788, Buceroli c. Di Piero, en p. 1785, *Giurisp. Ital., Rep.*, Anno LII, 1950, 51 bis; Cas. 12 mayo 1948, Banca Lucania c. D'Enrico, en p. 967, *Foro Ital., Rep.*, Vol. LXXXI, 1948, No. 61; Cas. 8 oct.

815, expresa que la "novación no se presume", sino que es preciso que la voluntad de hacerla resulte claramente de los términos del nuevo contrato, o de los hechos acaecidos entre las partes (170). Para nuestro comentarista patrio, la razón de la no presunción de la novación, es la necesidad de que conste de manera indudable la intención del acreedor, de prescindir de la ventaja que le otorgaría la obligación primitiva: basta con que se comprenda sin esfuerzo que se ha pretendido reemplazar una prestación con otra (171).

Jurisprudencialmente, en Costa Rica se ha interpretado el "animus novandi", como la volun-

tad y acuerdo de extinguir una obligación antigua (172); expresándose en otra resolución, que no resulta comprobado el "animus" al recibirse unos pagarés, como parte del precio de una compraventa, ya que no consta que tales títulos hubieran sido reputados como dinero efectivo (173). La no presunción de la intención de novar significa, que dicho acto volitivo debe desprenderse con claridad del documento respectivo o de las circunstancias que rodean la contratación, sin que exista duda alguna, porque si existiera esta última, por leve que fuere, excluye de hecho la novación (174).

1969, No. 3235 —Seever— Hofer, en p. 1806, *Foro Ital., Rep.*, Vol. XCII, 1969; Cas. 29 nov., 1952, No. 3095, *Coppola c. Sanesi*, en p. 1631, *Foro Ital., Rep.*, Vol. LXXV, 1952; Cas. 20 mayo, 1963, No. 1302, *Bottigelli c. German*, en p. 1847, *Foro Ital., Rep.*, Vol. LXXXVI, 1963, No. 407.

- (170) El artículo en comentario, sigue el modelo del 1273 del Code Napoleón, que expresa que la novación no se presume, y necesita que la voluntad de operarla resulte claramente del acto.
- (171) BRENES CORDOBA, op. cit., p. 215, al comparar la novación con la renuncia de un derecho adquirido, considera que debe constar de manera indudable la intención novativa.
- (172) Cas. 14:10 hrs., 26 marzo 1943, *Royo Golcher vs. Orozco Vargas*, I Sem., Tomo Unico, 1943, p. 108, *Colección de Sentencias*, Corte Suprema de Justicia, Imp. Nacional, San José.
- (173) Sala 2da. Civil, San José, 14:15 hrs. 6 abril de 1973, No. 69. Ordinario U.R.S.A. c. E.X.Ch.; *Boletín del Digesto de Jurisprudencia*, San José, Agosto 1973, Año XVIII.
- (174) También insiste en la necesidad de la prueba de voluntad de novar, la resolución Sala 1a. Civil, No. 265; 9:05 hrs. del 7 de setiembre de 1973; Ordinario R.S.R. c. S.H. Limitada. *Boletín Digesto de Jurisprudencia*, No. 214, San José, oct. 1973, No. 656, Año XVIII.



ANÁLISIS PARA LA COMPRENSIÓN DE LA TEORÍA Y LA PRÁCTICA DE LA PRIMERA ETAPA DEL PROCESO PENAL: LA INSTRUCCIÓN

Dr. Luis Herrera G.

SUMARIO

1. Planteamiento del problema.	104
2. El proceso penal mixto. Caracteres.	104
3. Ejercicio de las acciones.	105
a) Acción popular.	105
b) Acción pública.	105
c) Acción privada.	106
4. Concepto de sumario e instrucción.	106
5. ¿Cómo se inicia el proceso penal en el procedimiento de instrucción formal?	106
6. La prórroga ordinaria.	108
7. La prórroga extraordinaria.	108
a) Fundamento.	108
b) Órgano que la dicta.	108
c) Oportunidad para dictarla.	108
d) Efectos.	109
e) Valor del sobreseimiento obligatorio frente al principio "non bis in idem" y a la prescripción.	110
8. Mérito instructorio de la imputación. Procesamiento.	111
a) Concepto.	111
b) Procedencia.	111
c) Requisitos.	111
d) Caracteres.	112
9. Valor provisional del procesamiento.	112
10. Falta de mérito.	112
11. Período crítico de la instrucción.	113
12. Facultades del Ministerio Público al contestar la audiencia del artículo 338 del C.P.P.	113
13. Discrepancia entre el juez instructor y el Ministerio Público.	113
14. Oposición de la defensa a la elevación a juicio.	114
15. Clausura del sumario.	114

ANÁLISIS PARA LA COMPRENSIÓN DE LA TEORÍA Y LA PRÁCTICA DE LA PRIMERA ETAPA DEL PROCESO PENAL: INSTRUCCIÓN

1. **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:** Al leer el articulado del Código de Procedimientos Penales en lo que se refiere a la "Instrucción Judicial" (arts. 184 a 200) así como del llamado auto de procesamiento (art. 286 C.P.P.), de la falta de mérito (art. 289 C.P.P.), la prórroga extraordinaria (arts. 325 a 327) y el período de clausura y elevación a juicio (arts. 338 a 348), nos damos cuenta que surgen a la hora de su aplicación en la vida de los hechos, una serie de problemas de no muy fácil solución, lo que nos obliga a hacer un análisis general (1) de la estructura jurídico-procesal de la "instrucción". Por ejemplo, me he preguntado si ¿es posible decretar el sobreseimiento sin antes concretar la imputación en el auto de procesamiento?, o ¿se puede revocar el auto de procesamiento cuando con posterioridad se dicta una prórroga extraordinaria?, o ¿son compatibles ambas resoluciones a pesar de que una ordena la prisión y la otra la libertad inmediata del imputado?, o que cuando decretada la falta de mérito para procesar, ¿subsiste ésta hasta la expiración del plazo de duración de la instrucción?, o ¿debe ser sustituida la falta de mérito por una prórroga extraordinaria?, ¿por cuántas veces es posible decretar la prórroga extraordinaria, o decretada ésta de oficio y revocada posteriormente ante la aparición de nuevos datos, puede el agente fiscal pedirla de nuevo al contestar la audiencia del artículo 339 inc. 2 del C.P.P.?, o ¿puede reabrirse la causa después de haberse dictado un sobreseimiento obligatorio?; ¿qué clase de sobreseimiento es: total, parcial o provisional?, igualmente, al surgir una disconformidad entre el Agente Fiscal y el Juez Instructor por haber solicitado aquél la prórroga extraordinaria o el sobreseimiento, ¿podría directamente el Fiscal de Juicio formular la requisitoria de elevación a juicio?

Todas esas interrogantes son las que evidencian la compleja naturaleza del Derecho Procesal Penal, y la búsqueda de las respuestas a la luz de la

doctrina científica y legal, así como del examen minucioso del articulado, nos darán una visión más clara de esta importante etapa del proceso, y que sin duda alguna nos servirá para una mejor comprensión de una legislación relativamente nueva.

Muchos de los problemas que actualmente presenta la vigencia del C.P.P. son el producto de una falta de maduración de las ideas, así como el producto de copiar legislaciones extranjeras sin antes adoptar los patrones esenciales que servirán para adaptar las nuevas instituciones a nuestra legislación a nuestro medio social, político y económico.

Es nuestro deseo, pero más que todo es un deseo sincero de un aficionado al Derecho, de exponer algunas reflexiones que he hecho en mis estudios doctrinales, así como lo percibido durante mi corta carrera de juez, para tratar de aportar algo, a la aplicación eficaz de nuestra legislación procesal penal, y en especial, esperando despierte alguna polémica, muy necesaria en nuestro reducido medio.

2. **EL PROCESO PENAL MIXTO. CARACTERES.** Para una mejor ubicación en los problemas que luego abordaremos, se hace necesario exponer brevemente los caracteres más sobresalientes del sistema del proceso penal mixto, que es el que ha adoptado nuestra nueva legislación procesal penal (2).

Son los siguientes:

a) La jurisdicción es ejercida: durante la instrucción por un juez instructor (arts. 18 a 20 de la Ley 5711 de 27 junio de 1975) cuando se tratare de delitos de instrucción formal, y en los de investigación por el procedimiento de Citación Directa, corresponderá a los Agentes Fiscales (arts. 14 y 15 ibídem y 404 del C.P.P.), o bien a la Policía Judicial, la que puede realizar la información de prevención (arts. 161 ss., 404 y 187 C.P.P.); y, duran-

(1) Me refiero a un examen muy general que abarque todo el panorama de la instrucción judicial, por cuanto posteriormente en un libro que estoy preparando, haré un examen minucioso de cada artículo del Código de Procedimientos Penales.

(2) No vamos a entrar en detalles sobre los demás sistemas existentes: acusatorio e inquisitivo, pues no forma parte de nuestro estudio. Sobre los alcances de éstos puede consultarse la obra de VELEZ MARICONDE, *Derecho Procesal Penal*, Lerner, Buenos Aires, 1969, t. I, ps. 19 ss.

te el plenario o fase de juicio oral y público —debate—, el ejercicio corresponde a un tribunal colegiado (art. 32 inc. 2, Ley 5711);

b) La acción penal es ejercida por el Estado, ejercicio que le es atribuido en la mayoría de los casos al llamado Ministerio Público (arts. 5 y 39 C.P.P.) o por la Procuraduría General de la República en cierta clase de delitos (3). En algunos países también se concede la facultad al ofendido de presentar querrela (4), mientras que en nuestra legislación solamente se le concede la facultad a las víctimas del delito para ejercer la acción civil resarcitoria (arts. 9 y 56 ss. C.P.P.);

c) La situación de los sujetos procesales varía de una etapa a otra: durante la instrucción, ésta es dirigida por el juez, con una muy sutil participación del agente fiscal y las demás partes, quienes en la mayoría de los casos solamente se les concede la facultad de asistir a la realización de los actos de instrucción (arts. 190, 191 y 193 del C.P.P.), pero, su participación queda muy limitada (art. 194 C.P.P.); y, la facultad de proponer pruebas (art. 196);

d) En cuanto a la valoración de la prueba rige el sistema de libre convicción salvo en lo relativo al estado civil (art. 198), sea, que los jueces tienen libertad para apreciar el valor probatorio; apreciación que queda únicamente restringida por el uso de las reglas de la sana crítica (art. 393 párr. 2) (5);

e) El procedimiento varía sustancialmente en las dos etapas del proceso: durante la instrucción el trámite es en su mayor parte escrito, limitadamente público y limitadamente contradictorio

(arts. 91 ss., 195 y 200 C.P.P.); durante el Debate prevalece la oralidad y la publicidad (arts. 95 y 359 C.P.P.), la continuidad (art. 361) y la contradicción (arts. 349, 351, 371, 383 y 389 C.P.P.).

3. EJERCICIO DE LAS ACCIONES: (6) Básicamente son tres los tipos de acción que se reconocen en la doctrina científica: la acción penal pública, la acción privada y la acción popular. Examinaremos brevemente cada una de ellas.

a) **ACCION POPULAR:** En síntesis, la acción popular, es un antecedente de la "actio popularis" del derecho romano, en virtud de la cual cualquier ciudadano de la colectividad puede ejercerla a nombre de la sociedad, por cuanto la violación de las normas jurídicas afecta no solamente el interés particular sino el de la colectividad, en vista de que las leyes se dan para la protección de ésta (7);

b) **ACCION PENAL PUBLICA:** La acción penal pública es la que se inicia de oficio sin intervención de los perjudicados, pero a cargo de un órgano estatal al que se le atribuye el ejercicio de la acción en forma exclusiva (8), o bien de oficio por los tribunales encargados de la instrucción o mediante acusación del particular agraviado o por denuncia de cualquier persona con capacidad legal para denunciar (9). En nuestro Código, la acción penal pública siempre debe ser ejercida por un órgano estatal (el Ministerio Público dependiente del Poder Judicial o por el Ministerio de Justicia,

(3) Ver Ley No. 5712 que reformó el art. 5 del C.P.P.

(4) Por ejemplo en Venezuela en que la acción puede ser ejercida por el M. Público (art. 80 Cód. Enj. Crim.) o por el ofendido (art. 100).

(5) En un principio la jurisprudencia de las Salas de Casación sostuvo el criterio de que la "fijación de los hechos" quedó reservada de modo exclusivo a los tribunales de instancia (sentencias números 17, 21, 22, 24 de 1976, 24 y 25 de 1977, todas de la Sala 2da. Penal). Posteriormente se varía el criterio, y se dice que en Casación se puede atacar la falta de aplicación de las reglas de la sana crítica, pues lo que no se puede en esta vía es controlar la valoración personal de los jueces del Tribunal (sentencias de la S. 1a. Penal, de las 17 hrs. del 5 de octubre y de las 15:30 hrs. del 11 de nov. de 1977); la Sala de Casación puede revisar la sentencia cuando el Tribunal ha apreciado las reglas en forma absurda (S. 2da. P., números 10-F, 6-F y 7-F de 1977).

(6) Esta no es la oportunidad para hacer un examen sobre la acción, pues para ésto se requiere un trabajo exclusivo. Sin embargo, puede consultarse: VELEZ MARICONDE, ob. cit., t. I., ps. 271 ss.; COLIN SANCHEZ, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, Editorial Porrúa S.A., 1977, ps. 227 ss.; LEONE, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, EJEPA, 1963, t. I., ps. 113 ss.; CARNELUTTI, "Cuestiones sobre el proceso penal", Trad. Sentís Melendo, EJEPA, Bs. As. 1961, ps. 133 ss.; ERNST BELING, *Derecho Procesal Penal*, trad. de Miguel Fenech, Editorial Labor S.A. 1943, ps. 51 ss.

(7) Existe en Inglaterra; en el Perú (art. 76 C.P.P.), donde también puede iniciarse de oficio (art. 75 C.P.P.).

(8) Art. 5 del C.P.P. de Costa Rica. En los Estados Unidos el "attorney General" es el encargado de perseguir los crímenes y delitos contra las leyes federales, quien a la vez ejerce autoridad sobre los Fiscales de los E.U. ("United States Attorney") quienes ejercen su función en cada Tribunal de Distrito (ANDRE TUNC, "El Derecho en los Estados Unidos", Oikos-tau S.A., 1971, p. 62). En Cuba el único que puede acusar es el Fiscal (art. 260 L.P.P.).

(9) Este sistema mixto rigió en el anterior C.P.P. de 1941 (arts. 144, 145 y 164); rige actualmente en Guatemala (arts. 331, 343 y 354 C.P.P.); en Venezuela, la acción también puede iniciarse por denuncia o querrela o bien por acusación del Ministerio Público (arts. 80, 90 y 100); en el Perú se puede iniciar por medio de denuncia, de oficio o mediante el ejercicio de la acción popular (arts. 75 y 76 C.P.P.).

dependiente del Poder Ejecutivo), porque son los órganos legalmente competentes para requerir la elevación a juicio (arts. 5, 39 y 339 inc. 2 C.P.P.). Sin embargo, en algunos delitos, como son los previstos por el art. 81 bis del Código Penal, no puede iniciarse la investigación sino en virtud de "instancia privada", es decir, en virtud de una denuncia formulada por el ofendido o sus representantes (párr. 2 del art. 81 bis C.P. y 6 C.P.P.);

c) **ACCION PRIVADA:** Finalmente, la acción privada es aquella que solo puede intentarse y proseguirse a instancia directa del ofendido o sus mandatarios. Son delitos de acción privada los enumerados por el art. 81 del C.P. Esta acción se ejercerá por medio de querrela (arts. 6 párr. final y 428 del C.P.P.), y es desistible por el querellante tácita o expresamente (arts. 433 y 434 C.P.P.).

4. CONCEPTO DE SUMARIO E INSTRUCCION: Para continuar con nuestro análisis se hace necesario precisar los conceptos de "sumario" e "instrucción", pues en la mayoría de los casos se tiende a confundirlos; confusión que si bien no resulta grave para la práctica jurídico-procesal nos obliga en una buena técnica jurídica a aclarar los alcances de cada concepto.

Así por ejemplo, se habla de "sumario de instrucción" o "de instrucción del sumario". Por esta razón, Humberto Rodríguez, al comentar el Código colombiano ha dicho que en sentido estricto "el sumario es la reunión de diligencias propias para comprobar el delito y sus autores, con sus circunstancias como lo define el artículo 309 del C. de P.P. en tanto que la instrucción es la acción de indagación o búsqueda de pruebas de cargo como de descargo. Por eso al funcionario que realiza esa acción se le llama instructor" (10). Esta distinción

que nos resulta bastante clara ha sido acogida en las diversas legislaciones (11).

La realidad es que ambos conceptos tienen una misma finalidad, por lo que diríamos que son dos caras de una misma moneda, con la única diferencia de que "instrucción" significa acción, indagación o búsqueda de pruebas, mientras que el "sumario" representa el resultado, la suma de lo recopilado o indagado.

5. ¿COMO SE INICIA EL PROCESO EN EL PROCEDIMIENTO DE INSTRUCCION FORMAL?: De acuerdo con el artículo 187 del C.P.P. la "instrucción será iniciada" de dos formas:

- a) Mediante la presentación de un Requerimiento de Instrucción Formal a cargo del Ministerio Público (arts. 167, 170 C.P.P.); y
- b) Mediante una información o prevención policial a cargo de la Policía Judicial (art. 166).

Se hace necesario aclarar los alcances de dichas disposiciones, pues aparentemente la instrucción de un asunto de instrucción formal puede iniciarse con una simple prevención policial. Esto nos obliga a plantearnos dos problemas: ¿se inicia directamente la instrucción con la sola presentación de la prevención policial sin necesidad del respectivo requerimiento y del avocamiento por la autoridad instructora? En caso de que la respuesta fuese afirmativa, ¿en qué situación queda el Ministerio Público a quien la ley le asigna en forma exclusiva el ejercicio de la acción penal pública? Nosotros creemos que la etapa instructoria puede iniciarse de las siguientes formas:

- a) Si es en virtud de una denuncia presentada ante el juez instructor, éste debe poner las diligencias inmediatamente en conocimiento del Agente Fiscal, el cual puede en las veinticuatro horas siguientes, requerir la instrucción formal o bien

(10) RODRIGUEZ, Humberto, "Nuevo Procedimiento Penal Colombiano", Ediciones de Cultura Contemporánea, Bogotá, 1976, p. 345.

(11) El art. 30 del C.P.P. de Guatemala dice: "Constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio, practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos, con todas las circunstancias que pueden influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes. . ."; en el mismo sentido el art. 209 Ley Enj. Crim. de España, 71 Cód. Enj. Crim. de Venezuela. En el C.P.P. de Costa Rica de 1941, hoy derogado, se denomina al Título II del Libro Segundo "De la instrucción", pese a que en las diferentes normas tiende a confundirse con el concepto de sumario (arts. 166 a 169). En Cuba se le llama fase preparatoria, que constituye "las diligencias previas a la apertura del juicio oral dirigidas a averiguar y comprobar la existencia del delito y sus circunstancias, recoger y conservar los instrumentos y pruebas materiales de éste y practicar cualquier otra diligencia que no admita dilación, de modo que permitan hacer la calificación legal del hecho y determinar la participación o no participación de los presuntos culpables y, en caso afirmativo, el grado de ésta, así como asegurar, en su caso, la persona de éstos" (art. 104 L.P.P.). El Dr. Aldo Prieto Morales, de la Universidad de La Habana, comentando dicha disposición dice: "¿A cargo de quién está? De la policía, dirigida y asesorada por el fiscal, y en casos excepcionales (artículos 259-2 y 262 L.P.P.) 'en que los hechos investigados, por su gravedad y complejidad, lo hacen necesario' de un juez instructor designado por el tribunal, el que podrá formar parte del propio tribunal o de otro subordinado (artículo 262 L.P.P.). Estos son los sujetos principales de la fase preparatoria: la policía, el fiscal y el instructor y, en última instancia, el tribunal" (Derecho Procesal Penal, Segunda Parte, Editorial Orbe, La Habana 1977, p. 12).

pedir que se desestime la denuncia, en cuyo caso surge una discrepancia que se resuelve conforme al trámite previsto en el artículo 347 (arts. 152 y 158 C.P.P.);

b) Estándose en la misma situación anterior, si se trata de un delito investigable por el procedimiento de citación directa, el Agente Fiscal puede: o bien continuar con la información (que en el fondo es una instrucción a su cargo) la que servirá de base para requerir la citación a juicio, o bien pedir que se desestime la misma conforme antes se dijo (arts. 152, 158 y 404 C.P.P.);

c) Si la denuncia se presenta en la Agencia Fiscal, el Agente procederá a confeccionar el respectivo requerimiento si se trata de delitos investigables por el procedimiento de instrucción formal o bien continuar la información hasta la citación a juicio; también si no existen elementos suficientes, puede pedir que se desestime la misma y entonces se actuará conforme antes se dijo en los incisos a y b; (12).

d) Si la denuncia se presenta ante la Policía Judicial (art. 161) ésta debe informar inmediatamente al Agente Fiscal (si se trata de citación directa) o al juez instructor (si se trata de instrucción formal) (art. 166 C.P.P.), y cuando no intervengan de inmediato *"el juez o el agente fiscal, según corresponda instrucción o citación directa, dichos oficiales realizarán una investigación preliminar"* (art. 166 párr. 2). Creemos que esta "investigación preliminar" se presta a muchas confusiones, por lo que es necesario aclarar su alcance. Esta investigación es la misma "prevención o información policial" a que se refiere el artículo 187. En consecuencia, y así damos respuesta a las preguntas que antes nos formulamos, en los asuntos de instrucción formal, la prevención o información policial no es un sustituto del Requerimiento Fiscal de instrucción, sino que dicha información al ser puesta en conocimiento del Agente Fiscal, puede o bien requerir la instrucción, en cuyo caso, si el juez instructor se avoca al conocimiento, puede aceptar plenamente dicha información como eficaz para procesar y posteriormente para pasar al período

crítico, siempre y cuando se hayan cumplido las normas de la instrucción; caso de que éste no haya ocurrido, el juez podrá volver a repetir las diligencias;

e) Finalmente, la última situación es a la que se refiere el artículo 186, sea, cuando el juez llega a tener noticia directa de la comisión de un delito. En estos casos debe inmediatamente proceder a hacer la investigación, sin que se pueda por éste considerar que se trata de actos de instrucción, pues aún no se ha iniciado el proceso propiamente, sino hasta que ponga en conocimiento del agente fiscal las investigaciones realizadas, para que éste confeccione el respectivo requerimiento o bien continúe con la información si se trata de delitos investigables por el procedimiento de citación directa. No debemos pensar que en estos casos el juez instruye sin necesidad de requerimiento, porque sería actuar "ex officio", violando los principios que informan el presente sistema.

No presentándose ninguna discrepancia entre el agente fiscal y el juez instructor (arts. 158 y 347 C.P.P.) el juez debe avocarse a la instrucción, dictando la respectiva resolución, con lo cual se inicia formalmente la instrucción (13).

Además, el juez al iniciar la instrucción, con lo cual se inicia el proceso penal en una de sus etapas importantes, debe hacer un análisis de los presupuestos procesales (iniciativa legal del Ministerio Público, legítima constitución del juez, capacidad de las partes en lo que se refiere a la intervención, asistencia y representación; y, competencia del tribunal); de las "condiciones objetivas de punibilidad" que en cierta forma son equivalentes a lo que en doctrina se denominan cuestiones prejudiciales (14); y, los requisitos de procedibilidad (la querrela, la denuncia de los ofendidos en caso de instancia privada, los obstáculos fundados en privilegio constitucional) (15).

6. LA PRORROGA ORDINARIA. En nuestra legislación procesal penal existen dos prórrogas de la instrucción: la ordinaria a que se refiere el artículo 199 y la extraordinaria (arts. 325 a 328).

(12) Hay que tener presente el caso de los Alcaldes que ejercen la función de Ministerio Público por disposición de la ley, en cuyo caso, reuniendo en forma simultánea las funciones requirentes y de instrucción no están obligados a hacer el respectivo Requerimiento, por razones legales (arts. 14 al 7 Ley 5711). Esta situación es anómala y creemos debe ser solucionada pues desvirtúa los principios que rigen en el sistema actual.

(13) En Venezuela al auto inicial se le llama "auto de proceder" (art. 90 Cód. Enj. Crim.); en Guatemala, "apertura" o "cuerda pública" (art. 315 C.P.P.); en México, "radicación del asunto", "avocamiento", "auto de inicio" o "cabeza de proceso" (COLIN SANCHEZ, ob. cit., ps. 264-5), en Cuba "prisión provisional" (art. 503 L.P.P.).

(14) Por ejemplo la declaratoria de quiebra para investigar la comisión del delito de quiebra fraudulenta o culposa (arts. 231 y 232 C.P.).

(15) No entraremos en detalle sobre estos conceptos, los cuales examinaré en el libro que estoy preparando sobre el nuevo C.P.P. Sobre presupuestos procesales, tuve la oportunidad de hacer un amplio examen en mi tesis doctoral

La instrucción debe estar concluida en el término de dos meses contados a partir de la declaración del procesado y si fueren varios, a partir de la última, pues es la única forma de garantizar la unidad del proceso y la indivisibilidad de la acción penal. No obstante, el artículo mencionado permite una nueva prórroga (que es siempre ordinaria) de hasta cuatro meses. Debemos dejar claro, que el procesamiento o la falta de mérito para procesar, son pronunciamientos que deben dictarse dentro de los seis días siguientes a partir de la declaración del imputado (o de la rendida por el último imputado si fueren varios), y que los mismos no alteran el curso de la instrucción, la que debe continuar luego durante el resto del plazo ordinario, sea el mes y veinticuatro días y aun durante dos o cuatro meses más, si se han concedido las prórrogas.

7. PRORROGA EXTRAORDINARIA:

a) **FUNDAMENTO:** El fundamento de la prórroga extraordinaria es similar al que corresponde al viejo sobreseimiento provisional regulado en el derogado C.P.P. de 1941 (16) y que se origina en la legislación española, aunque sus efectos jurídicos y resultados prácticos hayan resultado opuestos. En el Código procesal vigente, la procedencia de la prórroga depende de dos supuestos: "que no correspondiere sobreseer" ni que las "pruebas fueren suficientes para disponer la elevación a juicio" (art. 325 C.P.P.). Se manifiesta pues este instituto procesal, como una prolongación temporal de la prórroga ordinaria, con la finalidad de que se recojan nuevos elementos de prueba suficientes para ordenar el sobreseimiento o la elevación a juicio. Como ha dicho Clariá Olmedo, "procede cuando no obstante haberse agotado las investigaciones en general, falten suficientes elementos para alcanzar los fines específicos de la etapa instructoria; elevar la causa a juicio o sobreseer. . . Se justifica frente a una situación de duda que autoriza a pensar que, si prosiguen las investi-

gaciones, puede modificarse la situación obtenida hasta ese momento" (17):

b) **ORGANO QUE LA DICTA:** En nuestro ordenamiento, corresponde al juez instructor dictar la prórroga extraordinaria, el que puede hacerlo a petición de parte o bien de oficio (18) de conformidad con el artículo 325 del C.P.P., si bien dicha resolución puede ser recurrida por el Ministerio Público o por el imputado ante el Tribunal de Apelaciones.

c) **OPORTUNIDAD PARA DICTARLA:** Por cuestiones de seguridad jurídica y garantizar una efectiva defensa del imputado, la prórroga extraordinaria solamente puede dictarse una vez, ya sea que se haya dictado de oficio o a gestión de parte (19). En nuestro ordenamiento jurídico-procesal son tres las oportunidades en que se puede dictar la prórroga extraordinaria:

a') "Si vencido el término prescrito por el artículo 199, incluida la prórroga allí prevista, no correspondiere sobreseer ni las pruebas fueren suficientes para disponer la elevación a juicio, el juez ordenará por auto fundado, aun de oficio, la prórroga extraordinaria de la instrucción por un término que fijará en seis meses si la pena del delito fuera de un año; y de un año si la pena fuere mayor" (art. 325 C.P.P.). La única duda que nos surge es saber con certeza cuál es el plazo a que se refiere el artículo, si es al de cuatro o seis meses. Nosotros estamos de acuerdo en que se trata de los seis meses, por cuanto da mayor margen para que el juez investigue la comisión del delito y sus participantes, y luego, porque en el artículo 199 se autoriza solamente una prórroga de la instrucción, que puede ser de dos o cuatro meses.

La prórroga extraordinaria que se puede dictar de oficio o bien a solicitud de parte, vencidos los seis meses de duración máxima de la instrucción, puede producirse incluso existiendo un procesa-

"Presupuestos y Excepciones Procesales", Madrid 1976. Puede además consultarse COLIN SANCHEZ, ob. cit., ps. 238 ss.; ERNST BELING, ob. cit., ps. 123 ss.; MIGUEL FENECH, ob. cit., ps. 321 ss.; y LEONE G. ob. cit., t. I, ps. 233 ss.

- (16) El art. 363 del C.P.P. de 1941 dispone: "Será provisional: 1) Cuando los medios de justificación acumulados en el proceso no sean suficientes para comprobar la perpetración del delito; y 2) Cuando comprobado el delito no haya motivo suficiente para proceder contra determinada persona".
- (17) CLARIA OLMEDO, "Tratado de Derecho Procesal Penal", Ediar S.A. 1967, tomo VI, ps. 120-121.
- (18) No obstante que consideramos que lo correcto es que sea el juez instructor el encargado de dictar la prórroga extraordinaria, en otras legislaciones, como el Código de la Provincia de Córdoba, Argentina, dicha facultad compete al Tribunal de Juicio, quien la ejerce a solicitud del juez instructor (art. 309 C.P.P.).
- (19) CLARIA OLMEDO, ob. cit., t. VI, p. 125.

miento o una falta de mérito (20), cuyos pronunciamientos se dictan como luego veremos en detalle, en el primer caso, para declarar provisionalmente la imputación (en sus elementos objetivos y subjetivos) ante la posibilidad de que el imputado sea el probable partícipe en su comisión; y en el segundo caso, sea en la falta de mérito, el pronunciamiento surge ante la falta de elementos probatorios para procesar o bien para liberarlo en forma definitiva del proceso. La falta de mérito debe mantenerse durante todo el tiempo que dure la instrucción, sea durante los dos o cuatro meses, según se haya concedido o no la prórroga; vencido éste, debe transformarse necesariamente en una prórroga extraordinaria.

Queremos insistir sobre lo anterior, en el sentido de que es posible decretar la prórroga extraordinaria aun existiendo previamente un procesamiento, pues muchos abogados creen que el procesamiento implica necesariamente la elevación a juicio. Nada más equivocado. El procesamiento se dicta como ya se dijo, para concretar la imputación y darle la oportunidad de defensa al imputado, y éste debe dictarse dentro de un término muy corto (seis días), pero la instrucción debe proseguirse hasta completarla, ya sea para sobreseer o bien para pasar al período crítico con la finalidad de que se eleve la causa a juicio.

b') Si el juez instructor considera que la instrucción está completa, y habiéndose ordenado en su oportunidad el correspondiente procesamiento, se pasa entonces al período crítico de la instrucción, con lo cual se impulsa la causa hacia la acusación, y en consecuencia el juez instructor, debe hacer una valoración (crítica) de los datos recogidos en la instrucción para determinar si concede o no la audiencia al Agente Fiscal (art. 338 C.P.P.). En este momento procesal el juez prácticamente inculpa al imputado, pues llega a la convicción de que es probable que haya cometido el delito, por lo que debe ser elevada la causa a juicio. En esta audiencia el Ministerio Público entre otras cosas, formula el requerimiento dubitativo, sea, pide la prórroga extraordinaria por considerar que no hay suficientes elementos probatorios para sobreseer ni tampoco que ameriten la elevación a

juicio. Pero recordemos, que si ya el juez había dictado dicha prórroga de oficio, no puede el Agente Fiscal pedirla nuevamente, por lo que se vería obligado a instar el sobreseimiento o la elevación a juicio, únicamente.

c') Finalmente, la tercera oportunidad para dictar la prórroga extraordinaria es cuando requerida la elevación a juicio por el Ministerio Público, se le notifican las conclusiones (del Requerimiento de Elevación a Juicio) al defensor del imputado (21), éste puede entre otras cosas instar una prórroga extraordinaria (art. 342 inc. 2 C.P.P.), pronunciamiento que lógicamente puede apelar el Ministerio Público si no está conforme (art. 328 C.P.P.).

d. EFECTOS: Entre los efectos principales que se derivan de la prórroga extraordinaria están los siguientes:

a') No cierra la instrucción ni definitiva ni provisionalmente, sino que produce una paralización de la investigación a la espera de que nuevas pruebas que conduzcan a:

a'') Alcanzar los fines de la instrucción: sobreseimiento o elevación a juicio (arts. 318, 319, 320 inc. 1 y 339 inc. 1 C.P.P.);

b'') Y al vencer ésta, cierre total de la instrucción con respecto al imputado, lo que obliga al juez a dictar un sobreseimiento "obligatorio" (art. 327 C.P.P.; véase infra e, p. 16).

b') Otro de los efectos de la prórroga extraordinaria es la libertad inmediata del imputado (art. 326 párr. 1). En este punto surge un interrogante: si se mantiene vigente el procesamiento cuyo efecto es la prisión del imputado (en los casos en que procede), se debe revocar éste en forma expresa, o bien la prórroga extraordinaria implica una revocatoria implícita del procesamiento? En relación con estos problemas, Clariá Olmedo ha dicho que "*Si está resuelto el procesamiento de éste, la prórroga extraordinaria debería implicar su revocación puesto que se afirma la duda sobre su fundamentación, y la consecuencia ha de ser la inmediata libertad de los detenidos que hubiere*" (22). No comparto esta opinión pues creemos es equivocada y contradictoria. Creemos que el procesamiento tie-

(20) Véase infra b'), p. 13.

(21) Hay que dejar claro que si el imputado es defendido por dos defensores, basta con notificar a uno solo las conclusiones (art. 81 C.P.P.).

(22) CLARIA OLMEDO, ob. cit., t. VI, p. 121.

ne una finalidad específica (afirmar provisionalmente la imputación), pero no tiene como finalidad inmediata la elevación a juicio, pues incluso, como lo ha dicho el referido autor, el procesamiento puede fundamentarse con pruebas que aunque no sean suficientes, pero que conjuntamente con otras eventuales podrán fundamentar la elevación a juicio (23). Esto quiere decir que cada pronunciamiento tiene una finalidad concreta, y que cuando con posterioridad se dicta la prórroga extraordinaria, sin necesidad de revocar expresamente el procesamiento, se ordena la libertad del acusado, lo que se hace por una cuestión de seguridad jurídica, ya que la duda surgida va a persistir, pues no hay elementos suficientes para decretar la elevación a juicio, y sería arbitrario e inconveniente que el imputado guardase prisión preventiva por seis meses o un año, cuando eventualmente podría ser sobreseído en forma obligatoria;

c') Otro efecto derivado de la prórroga extraordinaria es el relacionado con la duración del término y la posibilidad de ofrecimiento y evacuación de la prueba. Sobre este punto han surgido constantes discrepancias entre los abogados, por lo que damos nuestra opinión. Pueden presentarse tres situaciones:

a') El juez puede de oficio o bien a gestión de parte iniciar la recepción de pruebas antes del vencimiento del plazo (de seis meses o un año) y aun continuar su evacuación después de vencido. Si varía la situación que motivó la prórroga el juez puede o bien ordenar el procesamiento si este no se dictó, o conceder nueva audiencia al Agente Fiscal si se está en la fase crítica (arts. 338 y 339) (24).

b'') Las partes pueden ofrecer pruebas antes del vencimiento de dichos plazos, y evacuarse la misma fuera de ellos, y si varía la situación que motivó la prórroga extraordinaria, procederse en la forma anteriormente expuesta; y

c'') Si vencen los plazos sin variar la situación del imputado, el juez obligatoriamente debe dictar un sobreseimiento, el que es consultable (art. 323)

y apelable (25), pudiendo el Tribunal: o bien anularlo por falta de formalidades sancionadas bajo pena de nulidad, confirmarlo o aprobarlo según el caso, o bien revocarlo, si en el criterio de los jueces del tribunal, los elementos constitutivos del sumario son suficientes para sostener un procesamiento o una elevación a juicio. Si la ley concede estos recursos es porque se pretende que el Tribunal de Apelaciones controle la actividad del juez instructor, y lógicamente el criterio de éste no puede ser vinculante para aquél (26).

e) VALOR DEL SOBRESEIMIENTO OBLIGATORIO FRENTE AL PRINCIPIO "NON BIS IN IDEM" Y A LA PRESCRIPCIÓN: De extraordinaria importancia resulta plantearse la cuestión de si el sobreseimiento obligatorio que se dicta al vencer los plazos de la prórroga (seis meses o un año), reviste las características de un sobreseimiento definitivo o provisional. En otras palabras, nos preguntamos, si puede reabrirse la causa contra el imputado si a favor de éste se ha dictado un "sobreseimiento obligatorio" cuando aún no ha prescrito la acción penal conforme al artículo 82 del C. Penal. El punto no está suficientemente claro, y al no estarse en ninguno de los supuestos que restringen la interpretación del derecho procesal penal (art. 3 C.P.P.), creemos que se trata de un sobreseimiento no definitivo, pues en el artículo 320 no se enumera la causal en estudio, sea la que en forma separada regula el artículo 327 del C.P.P. En consecuencia no se trata de un sobreseimiento que produce el cierre definitivo del proceso, por lo que perfectamente es posible reabrir la causa contra el imputado, si nuevos elementos probatorios aparecen durante el período posterior al vencimiento, sin que se viole en modo alguno el principio "non bis in idem", pues aún no se ha sometido al procesado a un juicio, ya que éste constituye la fase oral y pública (debate). La reapertura procede siempre y cuando la acción no haya prescrito. No obstante lo dicho, lo más correcto es que la Asamblea Legislativa haga una

(23) *Ibidem*, pág. 115.

(24) Este criterio lo sostuvo el Tribunal Superior de Limón en resolución No. 306 de las 10:20 hrs. del 8 de abril de 1978.

(25) Si bien no se concede este recurso en forma expresa, creemos que como dicha resolución perjudica los intereses del Ministerio Público, éste puede ejercer el mismo de conformidad con el art. 463 C.P.P. Igualmente creemos, que este sobreseimiento tiene consulta, aplicando por analogía el artículo 323, aun cuando en el artículo 320 no se enumera como causal de sobreseimiento, el vencimiento de la prórroga extraordinaria. De todas formas, como luego veremos (*infra e*, p. 17) el punto es bastante controversial, lo que obliga a que se haga una interpretación auténtica.

(26) Este criterio lo sostuvo el Tribunal Superior de Limón en resoluciones Nos. 425, 502, 959 y 1010 de 1978.

interpretación auténtica del artículo y se defina en forma clara qué tipo de sobreseimiento es el que se regula en el artículo 327 y si el mismo tiene consulta o no. También creemos que si en la interpretación auténtica se determinase que se trata de un sobreseimiento total, se amplíen los plazos del artículo 325, pues no es posible que se cierre definitivamente la posibilidad de llevar a juicio a una persona cuando el delito investigado es homicidio calificado, con el solo transcurso de un año seis meses.

8. MERITO INSTRUCTORIO DE LA IMPUTACION: PROCESAMIENTO. Nos queda por hacer un análisis del mérito de la instrucción, toda vez que de ésta depende el impulso del proceso hacia el período crítico y de la eventual posibilidad de elevar la causa a juicio. El examen de este instituto procesal resulta necesario, por cuanto nace a la vida jurídica durante la etapa de la instrucción, sea, en los seis días siguientes a la declaración del imputado (art. 286) y cuando fueren varios imputados, el término se computará a partir de la última declaración (o abstención a declarar) (art. *ibídem* en relación con el 274 párr. final).

a. CONCEPTO: Como ha dicho Clariá Olmedo, el procesamiento consiste en la declaración jurisdiccional que haciendo mérito de las constancias reunidas en los primeros momentos de la investigación sumarial, acepta provisionalmente la imputación ante la posibilidad de que aquél contra quien va dirigida sea penalmente responsable del delito que se investiga (27).

El procesamiento en la forma que actualmente lo regula nuestro Código, corresponde al auto de enjuiciamiento y prisión que regulaba el C.P.P. de 1941 (28).

El procesamiento debe dictarse en un término bastante corto, que en nuestro país es de seis días, para así no causarle perjuicios al imputado ni restringirle su libertad sin una imputación concreta que le garantice una eficaz defensa. Con la imputación que equivale a una incriminación provisional, se delimita en forma también provisional la

responsabilidad penal del imputado, tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo, pudiendo éste en consecuencia preparar su defensa. En cierta medida, el procesamiento fija provisionalmente el objeto del proceso, determinando el ámbito subjetivo de la imputación.

b. PROCEDENCIA: Considerando la especial naturaleza del procesamiento, se requieren varios supuestos fáctico-jurídicos para que el juez instructor pueda emitir este pronunciamiento:

a') *"que hubiere elementos de convicción suficientes para estimar que existe un hecho delictuoso y que aquél es culpable como partícipe del mismo"* (art. 286 párr. 1). Significa ésto, que con los elementos que se han podido recopilar en los primeros seis días, el juez debe hacer una valoración, de la cual se desprenda la probabilidad de que el hecho investigado pueda ser constitutivo de delito penal y que éste sea perseguible (29). Esto último conduce al segundo supuesto;

b') Que esté excluida cualquier causal de sobreseimiento (art. 320).

c. REQUISITOS. En cuanto a los requisitos formales, están expresamente enumerados en el artículo 287, y su incumplimiento está sancionado en forma expresa bajo nulidad. Son los siguientes:

a') Datos personales del imputado o si se ignoraren, los que sirvan para identificarlo. Sin este requisito no puede ordenarse el procesamiento, pues la delimitación subjetiva es esencial y no puede hacerse en abstracto. La imputación requiere como presupuesto esencial la identificación del imputado;

b') Una sucinta enunciación de los hechos. Lógicamente la enunciación de los hechos resulta del producto de los datos probatorios recogidos durante esos primeros seis días, cuando éstos dan mérito suficiente para procesar, sea, porque manifiestan la probabilidad de que se haya cometido el delito requerido por el Ministerio Público;

c') Los fundamentos del procesamiento. De conformidad con el artículo 106 deben fundamentarse todos los autos, omisión que se sanciona bajo

(27) CLARIA OLMEDO, ob. cit., t. IV, p. 351.

(28) Es lo que en el derecho colombiano se llama "auto de proceder" (Humberto Rodríguez, ob. cit., p. 396); en el derecho mejicano "auto de formal prisión" (Colín Sánchez, ob. cit., p. 265); en España "prisión provisional" (arts. 502, Ley Enj. Crim.); en Perú "Detención definitiva" (art. 84 C.P.P.); en Guatemala "prisión provisional" (arts. 541, 544 y 545 C.P.P.).

(29) El Tribunal Superior de Limón en resolución No. 124 de las 15 hrs. del 5 de febrero de 1979, mantiene el criterio de que el procesamiento puede fundamentarse incluso con la sola declaración del procesado, sin que sea necesario decretar la nulidad de dos declaraciones testimoniales que le habían servido de fundamento, por cuanto éstas pueden ser repetidas con posterioridad al pronunciamiento.

pena de nulidad. En esta fundamentación el juez debe hacer un juicio (que no es definitivo) que conduzca a una conclusión lógica de que existe la probabilidad de la comisión del delito y de la participación del o de los imputados en algunos de los grados de desarrollo del delito;

d') Calificación legal del hecho investigado y la cita del texto legal donde se define el tipo penal; y

e') Parte dispositiva. Esta incluye tres pronunciamientos: el procesamiento propiamente dicho, la prisión en los casos en que procede (art. 291) y el embargo (art. 525).

d. CARACTERES. (30). Son los siguientes:

a') El procesamiento debe dictarse por medio de un auto (arts. 106 y 288);

b') Es una resolución instructoria por cuanto se dicta durante la etapa de la instrucción dentro de los seis días siguientes a la declaración del imputado (art. 286);

c') Es una resolución ineludible en los delitos investigables por el trámite de instrucción formal, lo mismo que en aquellos casos donde se ha decretado la conversión judicial (arts. 286 y 402 inc. 1);

d') Es provisional. Significa ésto que puede revocarse en cualquier momento durante la instrucción o modificarse por el cambio de las circunstancias;

e') Decide sobre el fondo (provisionalmente) con un carácter inculpativo e impulsando el proceso hacia la acusación;

f') No es vinculante para el Tribunal, el que puede en sentencia variar la calificación legal del hecho; igualmente no es vinculante para el Ministerio Público, quien sin alterar el núcleo fáctico puede dar una calificación diferente en el Requerimiento de Elevación a Juicio (art. 397).

9. VALOR PROVISIONAL DEL PROCESAMIENTO. Hemos indicado como una de las características del procesamiento su valor provisional, en el sentido de que puede ser revocado en cualquier momento por el juez que lo dictó o bien modificarse si aparecen nuevas circunstancias que lo exijan. Así, por ejemplo, si apareciere un nuevo participante en el hecho después del procesamiento, se podrían presentar las siguientes situaciones:

a) Para ampliar el procesamiento por un nuevo hecho diferente al que es objeto de la imputación, se requiere un nuevo Requerimiento de Instrucción formal o una ampliación del original, porque éste es el que delimita la investigación sumarial de un delito. De no procederse así, se violarían las normas que regulan el ejercicio de la acción penal de parte del Ministerio Público, a quien en forma exclusiva la ley le ha encargado dicha función en los delitos de acción pública. Se presentaría un vicio por ejercicio ilegal de la acción o inicio ilegal de la misma, lo que constituye uno de los supuestos para el ejercicio de la excepción procesal que contempla el artículo 329 inc. 2);

b) Si apareciere un nuevo autor del hecho, no se requiere ampliación del Requerimiento, pues la acción penal es indivisible y en consecuencia podría ampliarse el procesamiento. Esto resulta de la situación de que la omisión de requisitos formales del Requerimiento Fiscal de Instrucción formal no se sanciona en forma expresa bajo pena de nulidad (art. 170), y además porque el Requerimiento constituye el acto procesal que da inicio al ejercicio de la acción, la cual, como hemos dicho, es indivisible;

c) La calificación legal del hecho punible es modificable si aparecen nuevas circunstancias que lo justifiquen;

d) Como ya lo hemos dicho con anterioridad, la calificación dada en el procesamiento no es vinculante para el Ministerio Público, el que puede variarla a la hora de presentar su acusación formal.

10. FALTA DE MERITO. No nos vamos a extender en el análisis de la falta de mérito, por cuanto no ofrece mayores problemas. Bástenos con decir que significa, que provisionalmente no existe fundamento (o mérito) para procesar al imputado ni tampoco para liberarlo en forma definitiva del proceso, porque no concurre ninguna causa de sobreseimiento de las que enumera el artículo 320 del C.P.P.

Entre sus características principales se encuentran: a) es ineludible si no procede el procesamiento o el sobreseimiento, y debe decretarse en el mismo término a que se refiere el artículo 286; b) es revocable. Si aparecen nuevos elementos de prueba, puede procesarse o sobreseerse al imputado; c) es un auto, y como tal debe estar fundamentado; d)

(30) Sobre la explicación de cada uno, puede consultarse la obra citada de CLARIA OLMEDO, t. IV, ps. 353 a 355.

no produce los efectos de la cosa juzgada por lo que no puede invocarse el principio "non bis in idem"; e) impide la detención del imputado, por lo que debe ordenarse la libertad en forma inmediata y f), la causa se mantiene abierta.

Si no surgen nuevos datos durante el desarrollo de la instrucción, y vence la prórroga ordinaria que se hubiere concedido, no le queda al juez más que dos posibilidades: a) dictar un sobreseimiento o b) decretar una prórroga extraordinaria.

11. PERIODO CRITICO DE LA INSTRUCCION.

Nosotros entendemos por este momento procesal, aquel en el cual el juez instructor hace un análisis crítico y objetivo de los datos del sumario y decide impulsar el proceso hacia la acusación, lo cual hace concediendo al Ministerio Público una audiencia (art. 338) para que éste se pronuncie obligatoriamente sobre cualquiera de las peticiones que enumera el artículo 339. Es necesario aclarar, que para llegar a este estadio, puede ocurrir de varias formas, las cuales procedemos a enumerar nuevamente para sistetizar y entender mejor la mecánica de este período procesal:

¿Cuándo se desarrolla normalmente la instrucción? a) Ocurre esto cuando el juez ha dictado auto de procesamiento y antes de que venza el término de la instrucción o la prórroga ordinaria que se hubiere decretado, decide que hay suficientes elementos probatorios para fundamentar la elevación a juicio;

b) Cuando se ha dictado falta de mérito durante la instrucción y antes de vencer el plazo de duración de ésta, aparecen nuevos elementos probatorios que sí dan mérito suficiente para procesar y pasar enseguida al trámite de audiencia del artículo 338;

c) Cuando dictada una prórroga extraordinaria, aparecen nuevos datos que hacen variar la situación, debe revocarse aquella y en su lugar ordenarse el procesamiento (si es que no se hubiere dictado con anterioridad) para enseguida pasar al período crítico o trámite de audiencia.

12. FACULTADES DEL MINISTERIO PUBLICO AL CONTESTAR LA AUDIENCIA DEL ARTICULO 338. El Agente Fiscal debe durante la

audiencia que le concede el juez instructor pronunciarse sobre los siguientes cuatro puntos:

a) Si estima que la instrucción no está completa, solicitará la realización de las diligencias que estime omitidas, las cuales una vez evacuadas, debe pronunciarse necesariamente sobre los siguientes;

b) Si estima que se ha configurado alguna de las causales que enumera el artículo 320, puede pedir el respectivo sobreseimiento (total o parcial según sea para uno o todos los imputados);

c) Si estima que no hay suficientes pruebas para sobreseer ni para requerir la elevación a juicio, puede solicitar una prórroga extraordinaria, la que únicamente puede decretarse por una vez, aun cuando hubiere sido decretada de oficio por el juez instructor. Esta instancia es lo que se llama "requisitoria dubitativa", pues se funda en la duda del Ministerio Público; y

d) No estándose en ninguno de los tres casos anteriores, el Ministerio Público forzosamente debe hacer la requisitoria inculpativa o Requerimiento de Elevación a Juicio (o acusación); este acto es donde verdaderamente el Ministerio Público concreta su facultad exclusiva de acusar.

13. DISCREPANCIAS ENTRE EL JUEZ INSTRUCTOR Y EL MINISTERIO PUBLICO:

Cuando el Ministerio Público solicita el sobreseimiento o bien la prórroga extraordinaria, si el juez está de acuerdo se pronuncia decretando cualquiera de esas peticiones, según lo haya pedido el Ministerio Público. En la primera situación, el sobreseimiento debe someterse a consulta (art. 323), pudiendo eventualmente ser revocado por el Tribunal de Apelaciones, en cuyo caso debe concederse nueva vista al Agente Fiscal, quien únicamente puede solicitar la prórroga extraordinaria (si no se hubiere dictado con anterioridad) o la elevación a juicio. No existe la posibilidad de solicitar el sobreseimiento fundamentado en la misma causa que lo motivó la primera vez, pues en el fondo el Fiscal de Juicio ha sustituido al Agente Fiscal discrepando con éste y por esa razón ha autorizado al Tribunal de Juicio a examinar el sobreseimiento (art. 323 párr. 2) (31).

En el segundo caso, cuando el juez se pronuncia a favor de la prórroga extraordinaria, habrá

(31) Hay que aclarar que en el caso de que el Tribunal revoque el sobreseimiento dictado por el juez instructor a solicitud del Agente Fiscal, el Código no establece el procedimiento a seguir, por lo que el Tribunal Superior de Limón en resolución No. 418 del 6 de mayo de 1978 resolvió que se aplicaba por analogía el trámite previsto por el art. 347, aunque personalmente considero que debería reformarse el párrafo 2 de este artículo para que sea directamente el Fiscal de Juicio quien requiera la elevación a juicio.

que esperar a que nuevos datos probatorios varíen la situación y justifiquen una nueva audiencia al Agente Fiscal, quien solamente podrá pedir sobreseimiento o la elevación a juicio.

Pero, también puede ocurrir que el juez instructor discrepe del criterio del Agente Fiscal, estimando que la causa debe elevarse a juicio, y en consecuencia por auto fundado se pronuncie negativamente por el sobreseimiento o la prórroga extraordinaria; en este último caso el juez debe remitir las actuaciones al Fiscal de Juicio, quien dictaminará conforme al artículo 39 C.P.P. Pueden presentarse dos situaciones:

a) Si el Fiscal está de acuerdo con el sobreseimiento o la prórroga extraordinaria, el juez obligatoriamente debe hacer tales pronunciamientos. No existe otra posibilidad jurídica, ya que el juez "ne procedat ex officio". Solamente el Ministerio Público tiene la facultad en forma exclusiva de pedir la elevación a juicio; y

b) Dispone el artículo 347 párrafo segundo que *"en caso contrario se correrá vista del sumario a otro Agente Fiscal, el que formulará requerimiento de elevación a juicio de conformidad con los fundamentos del superior"*. No estamos de acuerdo con esta disposición porque violenta los principios de libertad de actuación de los funcionarios judiciales, máxime cuando no existe una Ley Orgánica del Ministerio Público, que regule en forma más explícita las relaciones de jerarquía entre los diversos funcionarios. Creemos que lo más acertado sería que el Fiscal de Juicio directamente requiriera la elevación a juicio.

14. OPOSICION DE LA DEFENSA: En general se conocen tres sistemas que regulan el paso de la instrucción al plenario o debate, dándose una o mayor participación a la defensa. Son los siguientes:

a) **Imperativo:** Existe una cámara de acusación que decide si la causa debe ser llevada a juicio o no;

b) **Facultativa:** Se le concede una participación facultativa al defensor, quien podría oponerse a la elevación a juicio. Es el sistema que adoptó nuestro Código (art. 342); y

c) **Negativo o ausencia de contralor:** No se le da participación a la defensa para oponerse al paso de la causa al plenario, aunque a veces pueden realizarse ciertos actos impugnativos, como la presentación de excepciones. Por ejemplo, en España, se

le concede esta participación cuando ya la causa ha sido elevada a juicio, para que por medio de conclusiones manifieste su conformidad o inconformidad con el escrito de calificación del delito (art. 652 Ley Enj. Crim.).

En nuestra legislación el defensor tiene la posibilidad de oponerse a la elevación a juicio solicitando al juez instructor:

- a) Un sobreseimiento;
- b) Una prórroga extraordinaria, o
- c) Deducir excepciones (dilatatorias o perentorias) que no hubiere opuesto con anterioridad.

Si el juez se pronuncia por cualquiera de las dos primeras solicitudes y el Ministerio Público está en desacuerdo, puede ejercer los recursos que la ley le concede (arts. 322 y 328). Si el juez discrepa de lo pedido por el defensor, mediante auto fundado ordena la elevación a juicio, resolución que es apelable por el defensor (art. 345). Si es necesario aclarar que la audiencia que se le concede al defensor, o sea la notificación de las conclusiones, solamente se concede por una vez, de tal forma que si el Tribunal revoca el sobreseimiento o la prórroga extraordinaria decretada por el juez instructor, debe ordenar la elevación a juicio.

Nosotros estamos de acuerdo con la participación (en contradictorio) que se le concede al defensor, pues de lo contrario, se le colocaría en una situación de evidente desventaja, ya que sería dejar el paso de esta etapa al juicio oral y público en manos de los otros dos sujetos del proceso: el juez y el Ministerio Público, sin la posibilidad de que el defensor participe como un contralor en la correcta elevación a juicio, y que esta no sea arbitraria o infundada.

15. CLAUSURA DEL SUMARIO: El artículo 348 párrafo 1 dispone que la *"instrucción quedará clausurada cuando el juez dicte el auto de elevación a juicio o quede firme la providencia que lo ordene"*. Aquí debemos entender que la firmeza se requiere tanto para el auto como para la providencia, pues hasta tanto no precluya este momento procesal, la instrucción no ha concluido, y aún el juez instructor continúa siendo competente.

Se conocen dos sistemas principales en relación con el cierre del sumario:

a) **Clausura automática:** Se da cuando la instrucción queda cerrada sin necesidad de que una

resolución jurisdiccional lo disponga formalmente (32).

b) **Clausura formal:** Este sistema se sigue en

legislaciones antiguas, y en virtud de éste el juez debe dictar en forma expresa una resolución ordenando el cierre del sumario (33).

CONCLUSIONES :

Al terminar este breve análisis, quedo satisfecho de haber cumplido con un deber que me impone la profesión de abogado, cual es contribuir en algo, al correcto entendimiento del nuevo Código de Procedimientos Penales. Digo nuevo, pese a que ya tiene más de tres años de vigencia, por cuanto aún están ajustándose las disposiciones legales a nuestra realidad, produciéndose muchas veces contradicciones muy profundas entre los pronunciamientos de los tribunales del país. Todo ello se debe a que resulta difícil superar la vigencia de una serie de principios que inspiraron el derogado Código de Procedimientos Penales.

Lo importante es, avocarse al análisis del articulado del Código para detectar sus errores esenciales, para en un futuro ser corregidos, sin introducir doctrinas extrañas y complejas, muy ajenas a veces de nuestra realidad socio-cultural. Si bien esta legislación responde a una copia de una ley extranjera, es nuestro deber, impregnar a nuestra ley, de su realidad; es decir, hacerla viviente en nuestro contexto histórico y cultural.

En consecuencia, de lo expuesto en nuestro trabajo, hemos extraído a manera de conclusiones, lo siguiente:

a) Promover una interpretación auténtica del artículo 327, o bien una reforma general del artículo, para que se concrete cuál es la naturaleza del sobreseimiento que se llama "obligatorio". Debe determinarse con certeza si éste cierra "irre-

vocable y definitivamente el proceso con relación al imputado a cuyo favor se dicta" (art. 319 C.P.P.). Caso afirmativo;

b) Ampliar la enumeración del artículo 320, incluyendo como causal de sobreseimiento, el vencimiento de la prórroga extraordinaria.

c) Igualmente si se llegase a determinar que dicho sobreseimiento es definitivo, deberían ampliarse los plazos de la prórroga extraordinaria regulados en el artículo 325, porque no es posible que se cierre definitivamente el proceso con respecto al imputado, por el sólo vencimiento de los seis meses o el año, cuando aún no se le ha sometido a un verdadero juicio, ni ha prescrito la acción;

d) Debe concederse en forma expresa el recurso de apelación del llamado sobreseimiento obligatorio, por cuanto afecta en forma esencial los intereses del Ministerio Público; y

e) En el caso de la "disconformidad" regulada en el artículo 347 del C.P.P., cuando el Fiscal de Juicio discrepa de la solicitud del Agente Fiscal, debe reformarse el párrafo segundo, en el sentido de que sea el Fiscal de Juicio quien directamente formule el Requerimiento de Elevación a Juicio, a menos que se emita una Ley Orgánica del Ministerio Público, que en forma expresa regule las relaciones de jerarquía entre el Agente Fiscal y el Fiscal de Juicio, aparentemente su superior inmediato.

(32) Es el sistema que se sigue en nuestro país (arts. 339, 342 y 348 C.P.P.), en el Perú (arts. 196 y 197 C.P.P.), en Cuba (arts. 260 de la Ley de Procedimiento Penal vigente).

(33) Este sistema se sigue en Venezuela (art. 204 C. Eni. Cr.: "El Tribunal de la causa revisará el expediente, y si no encontrare faltas declarará concluido el sumario por auto expreso"). También en España (arts. 622. L. Enj. Cr.).

BREVE HISTORIA DEL DERECHO DE LA AVIACION

Lic. Carlos Eduardo Boza Mora.

Antes de iniciar el primero de una serie de artículos, que tengo en mente tratar a través de las publicaciones que se pueden hacer gracias a la Revista Judicial y sus editores, quiero antes que nada, dar mi imperecedero agradecimiento a todas aquellas personas, que con su ayuda desinteresada, han hecho posible el que diera mis primeros pasos en la vasta Ciencia del Derecho Aeronáutico y Espacial, entre las cuales se encuentra la Compañía Líneas Aéreas Costarricenses S.A., a través de la persona de su Gerente señor Otto Escalante, así como a la Corte Suprema de Justicia por permitirme asistir a Conferencias y Congresos a nivel Internacional, donde he podido constatar la importancia y dinámica de esta rama del Derecho moderno por así llamarlo, pero que como veremos data de épocas bastantes remotas a nuestro tiempo, Derecho del que muy pocas personas se preocupan en nuestro medio por estudiar y que dirige, regula y protege tanto a las empresas que a la aviación se dedican, como a sus pasajeros y a terceros que puedan verse afectados por los riesgos que entraña la empresa aviatoria. Veremos en este primer artículo en una forma muy general y breve la Historia del Derecho de la Aviación y poco a poco iré desarrollando, si me lo permiten, otros temas de gran interés, no sólo para los profesionales en Derecho, sino para el público en general, factor sumamente importante del Derecho Aéreo, pues son ellos los consumidores por así llamarlos, de los beneficios que la aviación da no a una nación, sino al Universo entero.

La navegación aérea, es por su naturaleza, tan diferente a lo que la imaginación podría creer, tan poderosa por su rapidez de acción y por su inde-

pendencia, que hace necesario que los estudiosos de la misma, se esfuercen por mantenerse al día, como el Médico con la Ciencia Médica.

Así, fue necesario estudiar, elaborar y aplicar normas exclusivamente de tipo aeronáutico a esta clase de transporte, tal y como se ha hecho con el transporte marítimo por muchos años. Y estas leyes que se han creado, han tenido que irse complementando con otras nuevas para concretar y precisar, tanto los derechos como los deberes, de quienes utilizan el más moderno medio de locomoción, alcanzado por el hombre en los últimos cien años, "la aeronave". Así se hubo de estipular entre los Estados, convenciones especiales para responder a las mismas necesidades. (Normatividad del Derecho Aéreo). Dichas leyes y convenciones deben de tener en la mayoría de los casos, carácter internacional, ya que hoy día una aeronave puede pasar en un sólo vuelo por territorios diferentes, por lo que el viajero aéreo debería de someterse a legislaciones diferentes en cuanto a transporte aéreo se refiere de no ser así. Así pues el legislador de la materia aérea deberá legislar, de forma que, su legislación vaya dirigida a un nivel internacional en base a sus propias reglamentaciones.

La historia de la aviación se divide en dos grandes períodos, el primero se inicia con los primeros aviones de tipo rudimentario que se construyeron y termina en el año de 1914, y el segundo empieza con el armisticio de 1918 hasta nuestros días, durante estos cuatro años, entre uno y otro período, los estudiosos del Derecho Aéreo ven que es necesario hacer pronto y con carácter de urgencia, una reglamentación en el vuelo de las aeronaves; la guerra aérea les ha aportado grandes ense-

ñanzas. La primera de ellas, que nos encontramos frente a un invento, cuya energía potencial es tal, que no hay fuerza en el mundo, que pueda detener su evolución, ya que el hombre puede dirigirse de un punto a otro del hemisferio sin tener que hacer nuevas vías de comunicación, puesto que el nuevo vehículo lo transportará a través del aire a su antojo y voluntad y al lugar que éste elija. La segunda, que la nación, que domine el espacio aéreo, dominará desde él todas las rutas tanto marítimas como terrestres, ejerciendo así un tremendo poderío sobre el mundo, lo cual desde todo punto de vista sería catastrófico para la civilización entera.

Empezaremos por saber qué sucedió en los comienzos de la Aviación e iniciaremos ésta, con la invención de los hermanos Montgolfier, los cuales lanzan por primera vez al aire un globo inflado con aire caliente (vapor), o bien con el primer viaje aéreo que se tiene noticia, realizado por Pilatre de Rozier y el Marqués de Aelandes.

A raíz de estas primeras ascensiones, en Francia se promulga una ordenanza en 1784 en la cual, se prohíbe este tipo de ascensiones sin previa autorización. Más adelante se prohíbe el uso de estos globos y especialmente toda clase de experimentos aéreos, antes de recoger las cosechas, pues los habitantes de muchas regiones habían protestado a causa de los daños ocurridos en sus plantaciones. Y a esta ordenanza le sigue otra dictada en 1819 en la cual se mantiene la prohibición anterior pero únicamente para los globos, pues agrega que para los otros tipos de aeróstatos deberá de usarse obligatoriamente, paracaídas.

En 1844, concretamente el 9 de agosto, los capitanes Carlos Renard y Krebs se elevan en un punto determinado en Francia, para dirigirse a otro que anteriormente había sido elegido como punto de destino, cosa que no se había podido lograr anteriormente, puesto que los globos no se podían manejar a entera voluntad del hombre, puesto que debía de tenerse en cuenta los cambios atmosféricos, pero con este viaje, el globo ya había podido ser dirigido a voluntad por el hombre.

En el año 1889, se efectúa en París, el Congreso Internacional de Aeronáutica, con motivo de la celebración de la Exposición Internacional, y en ese Congreso se tratan temas muy importantes relacionados con la oportunidad de la creación de normas especiales sobre responsabilidad aeronáutica, desaparición de aeronautas, normas a aplicar en caso de accidentes, creándose así, la Comisión Permanente de Aeronáutica Civil.

En 1897 Clément Ader experimentó con gran éxito, el primer aeroplano de motor. En 1900, se realizaron diversos congresos en París, 1906, en Milán, 1907, en Bruselas, y en Nancy en 1909 en los cuales se trataron diversos problemas aeronáuticos incluyendo algunos de carácter jurídico enteramente y con la elaboración de estas primeras normas, fue surgiendo una corriente doctrinaria de juristas que se interesaron y preocuparon por los problemas derivados del hecho aviatorio; y en ese mismo año de 1909, se creó en París, el Comité Jurídico Internacional de la Aviación el cual se reunió sucesivamente en París, en 1911, Ginebra 1912 y Francfort en 1913.

En 1908 Wilbur Wright con sus experimentos convence hasta los más incrédulos y en 1909, un año después, Bleriot, atraviesa el Canal de La Mancha y es en este preciso momento cuando la técnica de la aviación empieza su curva ascendente, sin detenerse un solo instante hasta nuestros días.

Casualmente, a raíz de ese desarrollo de la aviación en el Congreso realizado en el año de 1909, se llega a la conclusión de que hay que buscar una pronta solución a los problemas planteados con los recientes inventos, problemas tales como, reglamentación a los conflictos entre la circulación aérea, derechos de aterrizaje nacionalidad y matrícula de los aparatos, derechos y deberes de los aeronautas con relación a los pasajeros etc., etc. Y en ese congreso se declara que el mejor medio de asegurar la eficacia de una reglamentación liberal, es el reconocimiento de la matrícula de la aeronave.

En 1910 se efectúa en Verona el Congreso Jurídico Internacional para la Navegación Aérea, y en él se aprobaron importantes principios sobre nacionalidad, aterrizaje y régimen jurídico de la atmósfera. En 1912, una institución de carácter privado denominada "International Law Association", estudió en sus reuniones de París en ese año y en Madrid de 1913, diversos asuntos jurídicos específicos de la actividad aeronáutica.

Mientras tanto, los gobiernos de varias naciones no se mantenían al margen de los acontecimientos pues vemos que entre ellos, Alemania, aprueba en 1910, la Ordenanza de Branderburgo, Francia dicta en 1911 y 1913 sus primeros reglamentos sobre Navegación Aérea, Italia lo hace en 1914, Inglaterra aprueba también sus primeras normas en 1911 y 1913, y en los Estados Unidos, varios de sus Estados aprueban también sus primeras reglamentaciones a partir de 1911, contándose

entre ellos, California, Pensilvania, Connecticut y otros más. Además en esa época aparecen los primeros acuerdos bilaterales entre los que podemos destacar los firmados por Estados Unidos y el Canadá en 1910, y el de Francia y Alemania en 1913.

Llegamos así al año de 1919, año en el que se celebra la Convención de París, donde se crea la Comisión Internacional de Navegación Aérea (CINA) Comisión que fue propuesta en el año de 1910 durante la Convención de París. Esta Comisión Internacional estaba integrada por representantes de los Estados adheridos a la Convención de París y entre sus atribuciones tenía la de modificar el Convenio de 1910, poderes reglamentarios para la reglamentación de la misma y poderes jurisdiccionales para resolver las controversias presentadas por dos o más Estados, además de recibir, proposiciones, enmiendas, modificaciones a la Convención de París asimismo emitía dictámenes o daba opiniones sobre consultas hechas por los asociados relativas al tráfico aéreo internacional. En esta Convención se logra la unificación de las normas directrices del Derecho Aéreo Internacional Público y en el año de 1925 se vuelven a reunir en París con el objeto de estudiar un proyecto de convención, para entrar en el estudio del Derecho Internacional Privado, para llegar a una unificación de las normas que lo regulan y esta convención llega a realizarse un año después (1926), en París nuevamente, con el nombre de Comité International Technique d'Experts Juridiques Aériens, (C.I.T.E.J.A.), la que a diferencia de la C.I.N.A., no poseía facultades de reglamentación, ya que su principal objeto era el estudio y elaboración de proyectos de convenciones internacionales sobre materias de Derecho Privado como dijimos anteriormente. Una de las más importantes lo es el Convenio de Varsovia de 1929. Posteriormente C.I.T.E.J.A. desaparece y aparece en su lugar la O.A.C.I. (Organización de la Aviación Civil Int.).

En ese mismo año de 1926 se realiza un Congreso en Madrid donde se crea la Comisión Iberoamericana de Navegación Aérea (C.I.A.N.A.), y en

el cual se llega a la conclusión después de grandes deliberaciones, que era necesaria la modificación de los artículos 5 y 34, de la Convención de París.

En el año de 1928 se lleva a cabo la VI Conferencia Panamericana sobre Aviación Comercial, en La Habana, Cuba; ésta toma como guía la Convención de París de 1919, e introduce como variante de aquélla, la palabra "comercial"; la misma fue el resultado de intereses norteamericanos, puesto que Estados Unidos no había ratificado la Convención del '19, por lo que se encontraba fuera de los convenios además de que no poseía un título legal para dar empuje a su desarrollo aeronáutico en el campo comercial. Se dispuso además en esta Convención que cada Estado asegurara en su medida la uniformidad de las leyes aeronáuticas y sus reglamentos además, se crea la Comisión Americana Permanente de Aeronáutica (C.A.P.A.).

Paralelamente a los congresos y convenciones citadas, van apareciendo diversas normas orgánicas aeronáuticas nacionales entre ellas la "Air Navigation Act" de Inglaterra (1926), el Decreto Real Italiano de 1922, la Ley Francesa de Navegación Aérea (1924), la "Air Commerce Act" de los Estados Unidos (1926), el Código Brasileiro del Aire (1938), la Ley de Aeronáutica Civil de los Estados Unidos (1936) el Código de Legislación Aeronáutica de Uruguay (1942), etc. (1).

Luego en el año de 1944, viene la convención, en la cual se pretende la rectificación de los principios de la Convención de París de 1919; la aviación desarrollada por los Estados contratantes, se ve, en la imperiosa necesidad de adoptar un nuevo instrumento legal para las máquinas aéreas, las cuales a la luz de la segunda guerra habían progresado vertiginosamente (2). Surgió aquí el núcleo de la primera organización efectiva a nivel mundial de la aviación comercial y el sistema universalmente aceptado para lograr la seguridad del vuelo, la uniformidad en las prácticas de la aeronavegación y las bases para los futuros entendimientos en materia de otorgamientos de derechos de tráfico, que fueron completados por las cláusulas del Convenio de Bermúdas firmado en 1946 entre los Estados

(1) BAUZA ARAUJO, Alvaro, *Derecho Aeronáutico*. Tomo I. Ediciones Jurídicas, Amalio M. Fernández, Montevideo. BOZA MORA, Carlos E., *La responsabilidad en el transporte aéreo de las personas*. Tesis de grado. 1976.

(2) BOZA MORA, op. cit., supra 1.

Unidos e Inglaterra, las cuales sirvieron a su vez de modelo para numerosos convenios bilaterales posteriores (3). En esa Convención de Chicago se suscriben los siguientes documentos:

- a) Acta final de la Conferencia;
- b) Acuerdo Interino sobre Aviación Civil Internacional. (Acuerdo interino de Chicago).
- c) Convención relativa a la Aviación Civil Internacional. (Convención de Chicago).
- d) Acuerdo relativo al tránsito de los servicios aéreos internacionales. (Acuerdo de Tránsito de Chicago).
- e) Acuerdo relativo al transporte aéreo internacional. (Acuerdo de Transporte de Chicago).

El acuerdo interino de Chicago estableció un organismo internacional de carácter consultivo y técnico que se denominó "Organización Internacional Provisional de la Aviación Civil" (O.P.A.C.I.). Este organismo funcionó hasta abril de 1947, fecha en que entró en vigor la Convención de Chicago, al lograr este instrumento 26 ratificaciones requeridas por su artículo 91, inciso b). El Convenio de Chicago creó la Organización Internacional de la Aviación Civil (O.A.C.I.) (4). En esta Convención de Chicago, se llega a acuerdos realmente importantes entre ellos, una mayor liberalidad en relación al paso por los territorios de cada Estado en vuelos internacionales regulares; se reconoce la soberanía plena y exclusiva que cada Estado tiene sobre su territorio, establece el principio de la actividad de comercialización libre de la aviación, además de los privilegios de volar sobre el territorio, de otro país sin aterrizar, y de aterrizar sin miras comerciales, desembarcar pasajeros y cargas de un Estado contratante en otro Estado contratante, siempre que el transporte fuere realizado por una aeronave perteneciente a otro Estado contratante (5). Así, a través de los años, tenemos infinidad de convenciones además de las citadas entre las cuales enumeraremos las siguientes: Con-

vención de Roma de 1933, referente a la responsabilidad por daños ocasionados a terceros en la superficie, y en ese mismo año en Roma también el Convenio sobre la unificación de ciertas reglas relativas al embargo conservatorio de aeronaves (6). Por este acuerdo quedan exentas de embargo "conservatorio":

- 1) Las aeronaves afectadas al servicio del Estado, con excepción de las que se dedican al tráfico comercial.
- 2) Las aeronaves de una línea regular de transporte público; y
- 3) Las aeronaves consignadas al transporte remunerado de personas o cosas, cuando estén por iniciar el viaje, salvo que se trate de una deuda contraída por motivo del viaje que se esté por comenzar o de un crédito nacido en el curso del viaje (7).

Esta Convención o Convenio de Roma de 1933, trata esencialmente de los daños provenientes de aquellos accidentes que voluntariamente o involuntariamente pueda causar una aeronave en la superficie de los Estados, al caer ésta sobre personas o propiedades ajenas a la explotación aérea, el título completo de esta Convención es el de "Convención de Roma de 1933, para la unificación de ciertas reglas relativas a los daños causados por las aeronaves a terceros situados en la superficie". En esta Convención se establece un límite máximo en cuanto a indemnizaciones se refiere por este tipo de accidentes (8).

Tenemos también que en Bruselas en el año de 1938, se firmó un Convenio sobre asistencia y salvamento en el mar, en la que se imponía al comandante de una aeronave, la obligación de ayudar y prestar asistencia a cualquier persona que estuviese en el mar con peligro de perderse, siempre y cuando la maniobra por aquél realizada no pusiera en peligro la aeronave y sus pasajeros, igual obligación se impone a los navegantes marinos. Todo tipo de ayuda debería luego de ser indemnizada por los gastos efectuados y justificados (9).

(3) BAUZA ARAUJO, op. cit., supra 1, págs. 21 y 22.

(4) DELASCIO, Víctor José, *Manual de Derecho Aéreo*, págs 34 y 35. Editora Grafos, C.A. Caracas, Venezuela, 1959.

(5) BOZA MORA, op. cit., supra 1, págs. 10 y 11.

(6) VIDELA ESCALADA, Federico, *Derecho Aeronáutico*. Tomo I, pág. 107. Víctor P. de Zavalia, Editor, Argentina, 1969.

(7) DELASCIO, Víctor J., op. cit., pág. 24. Abeledo y Perrot. Buenos Aires, 1976.

(8) DELASCIO, Víctor J., op. cit., págs. 50 y 51.

(9) DELASCIO, Víctor J., op. cit., pág. 51. FOGLIA, op. cit., pág. 24. VIDELA ESCALADA, op. cit., pág. 107.

Le sigue el Convenio de Ginebra de 1948, sobre reconocimiento de derechos sobre aeronaves, convención que resultó ser la primera relativa al Derecho Privado de la Aviación, en virtud de este convenio, los Estados contratantes se obligaban a reconocer los derechos existentes sobre una aeronave (propiedad, locación, hipoteca, etc., etc.), siempre que tales derechos hayan sido constituidos de acuerdo con las leyes del Estado contratante en que la aeronave esté matriculada y que dichos derechos se hallen debidamente inscritos en los registros de dicho Estado. El principio madre de este convenio se encuentra en el artículo 1 del mismo, el cual expresa: "*Los Estados contratantes se comprometen a reconocer: a) el derecho de propiedad sobre aeronaves; b) el derecho acordado al tenedor de una aeronave a adquirir su propiedad por compra; c) el derecho de tenencia de una aeronave originado por un contrato de arrendamiento de seis meses como mínimo; d) la hipoteca "mortgage" y derechos similares sobre una aeronave, creados convencionalmente en garantía del pago de una deuda. . . además los Estados contratantes se obligan a no reconocer otros derechos con preferencia a los enumerados en el convenio. Este convenio no alcanza la perfección deseada, pero constituye un instrumento útil para resolver uno de los problemas más arduos originados por la internacionalidad de la materia y la movilización de las aeronaves*" (10).

En 1952, en Roma se suscribe un nuevo convenio, que llevó por nombre "Convenio de Roma de 1952, sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras". En este convenio se estipulan los principios de responsabilidad extensión de la responsabilidad, garantías de responsabilidad del operador, procedimiento y prescripción de acciones y aplicación del convenio y disposiciones generales, además incorporó al acta final diversos modelos de certificados de seguros, de fianzas, de depósitos y de garantía de gobierno.

Debemos ahora retroceder en el tiempo y analizar el Convenio de Varsovia de 1929, convenio éste de tipo privado, firmado propiamente el día 12 de octubre de ese año. Este convenio es el primero de los convenios de carácter internacional celebrado para la unificación del Derecho Privado

de la Aviación.) Su título completo es: "Convención para la Unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional". Consta de 41 artículos y dos protocolos adicionales como veremos luego. Los principios de la Convención de Varsovia pueden resumirse del siguiente modo:

- 1) Responsabilidad contractual del transportador aéreo.
- 2) Limitación de la responsabilidad.
- 3) Nulidad de las cláusulas que eximen de la responsabilidad al transportador o bien fijan un límite inferior al de la Convención (11).

Esta convención fue ratificada muy pronto por muchos países ya que el contenido de la misma venía a dar un gran empuje al Derecho Aéreo, y en especial marcó un rumbo tendente a la uniformidad del mismo, puesto que vino a llenar un vacío existente dentro de la determinación de las condiciones jurídicas del transporte aéreo. En cuanto a la responsabilidad de los transportadores el Convenio de Varsovia, elige una responsabilidad contractual, con inversión de la prueba, que queda a su cargo y como compensación equitativa, la limitación cuantitativa de la indemnización. "*El régimen instituido se integra con la prohibición de cláusulas convencionales eximentes o que reduzcan la responsabilidad del transportador, la pérdida del beneficio de la limitación como sanción en caso de dolo o culpa de aquél y la admisión como exención de la demostración de haber tomado, tanto el operador como sus dependientes, todas las medidas tendientes a evitar el daño o no haber podido tomarlas, a la que agrega la falta náutica en el transporte de mercaderías*". A estas normas principales se añaden otras complementarias que tratan temas variados (como, por ejemplo, el de los transportes combinados), y que estructuran una solución amplia y muy valiosa (12).

Sin embargo al poco tiempo de vigencia del Convenio de Varsovia, éste presentó defectos visibles en su continua aplicación, por lo que primero el CITEJA y luego la OACI, estudiaron sus posibles mejoras, y el estudio realizado se presentó en la Conferencia Internacional de Derecho Privado Aéreo, la cual se reunió en La Haya en el año de 1955 y fue allí donde se suscribió el "Protocolo

(10) DELASCIO, Víctor J., op. cit., pág. 51. VIDELA ESCALADA, op. cit., págs. 117, 118 y 119. FOGLIA, op. cit., págs. 24 y 25.

(11) DELASCIO, op. cit., pág. 49. Para mayor información del tema en cuanto al Convenio de Varsovia, ver BOZA MORA, op. cit., FOGLIA, op. cit., págs. 23 y 24.

(12) BAUZA ARAUJO, op. cit., pág. 100 y VIDELA ESCALADA, op. cit., pág. 110.

que modifica el Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional firmado en Varsovia el 12 de octubre de 1929". Las modificaciones más trascendentales que sufrió el Convenio de Varsovia por el Protocolo de La Haya, fueron las siguientes:

a) Dobló el límite de responsabilidad del transportador con respecto a cada pasajero.

b) Sustituyó la cláusula que imponía responsabilidad ilimitada en caso de dolo por parte del Transportador; por una nueva cláusula en virtud de la cual no se aplicarán los límites si se prueba que el daño es resultado de una acción u omisión del transportador o de sus dependientes con intención de causar daño o con temeridad y sabiendo que probablemente causará daño.

c) Simplificó la documentación del transporte.

d) Estableció para los usuarios del transporte aéreo un aviso más preciso y simple en los documentos del transporte que el previsto en el Convenio de Varsovia (13). Pero las modificaciones hechas a Varsovia por el Protocolo de La Haya, no duran mucho tiempo inalterables, ya que una vez puestas éstas en práctica, empieza Estados Unidos a manifestar su disconformidad con los límites de la responsabilidad adoptados e inclusive amenazó con la renuncia del Convenio, por lo que en el año de 1966, la OACI convocó a una reunión especial que se efectuó en Montreal en ese año, en la cual un cierto número de empresas de aviación se pusieron de acuerdo en aumentar los límites de responsabilidad hasta un máximo de 75.000 dólares por pasajero fallecido incluyendo gastos judiciales y honorarios de abogado o de 58.000 dólares si éstos no estuvieren involucrados en el monto de la indemnización y se estimasen por separado. *"Este acuerdo implicó la renuncia de las empresas a ampararse en la causal de exención de responsabilidad establecida por el artículo 20 de la Convención de Varsovia, consistente en la demostración de que el transportador o sus dependientes habían tomado todas las medidas necesarias para evitar el daño o que les fue imposible adoptarla. A este acuerdo también se le conoce con el nombre de*

Acuerdo de la IATA, y opera, cuando el contrato de transporte incluya un punto de partida, de destino, o de escala en el territorio de los Estados Unidos"(14).

La firma de este Acuerdo o Convenio de Montreal impide que los Estados Unidos mantengan su decisión de renuncia al Convenio de Varsovia.

Posteriormente, en el año de 1971, nuevamente se reúnen en Guatemala, el 9 de febrero bajo el auspicio de la OACI, a la cual asistieron Plenipotenciarios de 55 países y observadores de la Asociación Internacional de Transporte Aéreo (IATA), y el Instituto Internacional para la Unificación de Derecho Privado, firmándose el día 8 de marzo de ese mismo año, el Protocolo que modifica el Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional firmado el 12 de octubre de 1929 modificado por el Protocolo hecho en La Haya el 28 de setiembre de 1955; en el que para las partes firmantes se denominará "Convenio de Varsovia, modificado en La Haya en 1955 y en la Ciudad de Guatemala en 1971". El Protocolo suprimió y sustituyó los artículos 3, 4, 17, 18, 20, 21, 22, 24, 25 y 25 A, del Convenio, añadió en el 28 un nuevo segundo párrafo pasando el anterior a formar parte de un tercero y después de los artículos 30, 35 y 41 agregó los números 30"A", 35"A" y 42 (15).

El Protocolo de Guatemala viene a simplificar aún más los documentos relacionados con el transporte aéreo de personas y equipaje, eleva el límite de responsabilidad en caso de fallecimiento de personas a cien mil dólares. Asimismo se aprueba un sistema de "complemento de indemnización" como lo llama el Dr. Bauzá Araujo, de carácter voluntario, por medio del cual las empresas que así lo desearan podían aceptar límites superiores en cuanto a la misma, dentro de ciertas condiciones, para el caso de fallecimiento a lesiones del pasajero (16). También el Protocolo en referencia viene a establecer la responsabilidad del transportista en cuanto al viajero, si las lesiones o la muerte de éste se producen a bordo de la aeronave o en la operac-

(13) BOZA MORA, op. cit., supra 1.

(14) BAUZA ARAUJO, op. cit., pág. 101. BOZA MORA, op. cit., pág. 61. BAUZA ARAUJO, Alvaro, *Del accidente aviatorio y su problemática jurídica*, Uruguay - Montevideo, 1973; citado por BOZA MORA, en *Tesis de grado*, págs. 61 y 62.

(15) CHAVEZ RIOS, Rubén, *Del Derecho Privado Aéreo; El Convenio de Varsovia*, pág. 84.

(16) BAUZA ARAUJO, op. cit., nota 1, pág. 102.

ción de embarque o desembarque de la misma, claro está, si la salud de aquél se encontraba en perfectas condiciones al emprender el viaje. Este mismo criterio es seguido en cuanto al equipaje del viajero todo el tiempo que éste permanezca bajo la custodia del transportista.

Además de los convenios y tratados anteriormente relatados tenemos dos más de gran importancia dentro del Derecho Aéreo, cuales son el Convenio de Guadalajara del año de 1961, referente a la responsabilidad aplicable al transportador aéreo no contractual; y el Convenio relativo a infracciones y ciertos actos cometidos a bordo de las aeronaves, firmado en Tokio en el año de 1963.

En cuanto al primero, diremos que se aplicará en aquellos casos en que el transportador que realiza el transporte, no es la empresa que contrató originalmente sino otro. Este convenio es aplicable a los Estados que han puesto en vigencia el Convenio de Varsovia y el Protocolo de Guatemala, y se da esta clase de transporte cuando el transportador original concede autorización a otro para que ejecute el transporte querido por el contratador, pero no debemos de confundir este caso de transportador de hecho, que así se le dice, con el transporte sucesivo, que sí está debidamente regulado por el Convenio de Varsovia, en su artículo 30. Tenemos así entonces que el transportador original, sea el contractual responde por la totalidad de la responsabilidad que éste tuviere ante el contratador y el transportador de hecho o tercero en la relación lo será de la parte que éste ejecutó, todo de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2 de la Convención de Guadalajara. Asimismo en este convenio, como medio de protección se le dio al usuario el derecho de demandar a cualquiera de los transportadores que han intervenido en el negocio. Vemos así entonces que este convenio viene a servir de complemento al de Varsovia que no había previsto esta clase de transporte y de servicio (17).

Por último veremos el Convenio de Tokio, el cual tuvo su origen en la necesidad de proporcionar un régimen adecuado de seguridad a la navegación en relación con ciertos actos ilícitos que pue-

dan afectar la regularidad y seguridad de la navegación aérea, así como proporcionar al comandante de la aeronave poderes suficientes para poder actuar en esos casos, adoptando las medidas necesarias para solucionar los problemas que eventualmente se le pudiesen presentar, además proporcionar a la vez una jurisdicción adecuada para el castigo del delincuente. Esta convención no es aplicable a naves militares, de policía ni de aduana. El contexto del mismo es bastante complejo, y es considerado como uno de los convenios multilaterales más moderno, y es complejo por cuanto su texto no es de orden puramente penal, sino que ha tenido que enfocar otros tópicos para así cumplir o tratar de cumplir con su función primordial, pero podemos concluir diciendo que es un aporte muy valioso para el avance del Derecho Aeronáutico Internacional (18).

Me parece también oportuno el incluir en este trabajo, las fechas más importantes en la historia de la aviación, y es entonces así, como tenemos las siguientes:

1505. Las Primeras Ideas del Mecanismo del Vuelo, por Leonardo Da Vinci.

1783. El globo de aire caliente inventado por Joseph Montgolfier, de Francia.

1783. La primera ascensión de un hombre, Pilatre de Rozier y Marqués d'Arlandez en un globo. Durante la época de 1783—1903 hubo un desarrollo constante de globos libres y globos equipados con métodos para controlar la dirección del viento, es decir, dirigibles.

1809. El inglés Sir George Cayley, publicó la primera teoría realística de los principios del avión.

1852. El primer vuelo impulsado por motor, efectuado por el francés Henri Giffard, en un globo dirigible.

1796 a 1896. Varios modelos de aviones fueron construidos en Europa y los Estados Unidos, con motores y hélices, que volaban sin tripulación.

1891. El nacimiento de la aviación moderna, con el primer vuelo de un avión tripulado equipado con motor. El 17 de diciembre, Orville Wright,

(17) BAUZA ARAUJO, op. cit., nota 1, págs. 102 y 103. VIDELA ESCALADA, op. cit., págs. 120 y 121; Tomo I.
 (18) (Ver VIDELA ESCALADA, op. cit., págs. 121 y 122). FOLCHI, Mario, *Delitos a bordo de aeronaves*, págs. 59 a 90. Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1964.

de los Estados Unidos, voló 30 metros en 12 segundos.

1906. El primer vuelo en Europa por el brasileño Santos Dumond, quien construyó su avión independientemente de los hermanos Wright.

1909. El primer vuelo sobre el mar de un país a otro, cuando el francés Luis Bleriot cruzó el Canal de La Mancha. Los aviones de esta época podían alcanzar una velocidad de 77 k.p.h., una altura de 800 metros y una distancia de 88 kilómetros.

1911. El primer vuelo que cruzó los Estados Unidos: tiempo 59 días.

1914. Hubo un desarrollo rápido de todos los aviones y motores, debido a la primera guerra mundial. En 1914 habían unos trescientos aviones; en 1918 habían más de 30.000, en 1918 los aviones de caza alcanzaban velocidades de 300 k.p.h. y los bombarderos podían llevar cargas de una y media toneladas a distancias de 2.000 kmts.

1918. El primer servicio de correo entre Washington y Nueva York.

1919. El primer vuelo de transporte entre Londres y otras ciudades europeas.

1919. El primer vuelo trasatlántico, el 14 de junio los ingleses Alcock y Brown, volaban de Canadá a Irlanda, una distancia de 3.100 kmts. en 16 horas y 12 minutos.

El mismo año se hizo el primer vuelo de Inglaterra a Australia, de 17.960 kmts. en 28 días.

1923. El primer vuelo de un autogiro, inventado por Juan de la Cierva, de España.

1924. El primer vuelo alrededor del mundo, con un equipo de aviones norteamericanos en 15 y medio días.

1926. El primer vuelo panamericano con escalas en los países de Centro y Sur América. Cinco aviones volaron de Texas a Chile, regresando para completar un vuelo de 32.000 kmts.

1927. El primer vuelo solo, por Charles Linbergh, de Nueva York a París en treinta y tres horas y media.

1927. El primer transpacífico de California a Honolulu, de 3840 kmts. en 26 horas.

1929. El primer servicio de transporte aéreo de Miami a Centro y Sur América.

1933. El primer vuelo alrededor del mundo, en un solo avión de un motor, Post y Gatty volaban 24.800 kmts., en 8 días 15 horas.

1930-1939. Las líneas aéreas de transporte aéreo fueron establecidas en todos los países del mundo.

1935. El primer avión de servicio moderno, el Douglas DC-3, inició su servicio este año y por su seguridad y eficiencia, avanzó la aviación comercial más que cualquier avión antes construido, llevaba 21 pasajeros a 290 k.p.h. Todavía está en uso.

1936. El primer servicio transpacífico.

1939. El primer servicio trasatlántico.

1939. El primer vuelo de un avión a propulsión a chorro, o retropropulsión, el 29 de agosto, siendo el avión Heikel-178 de Alemania. El desarrollo de este motor fue abandonado y en 1941 el inglés Frank Whittle produjo su motor de retropropulsión.

1940. El primer vuelo de un helicóptero, diseñado por Igor Sikorsky.

1929-1945. Durante la segunda guerra mundial, la aviación tuvo un desarrollo muy acelerado, aviones cada vez más veloces y más poderosos fueron producidos, pero el acontecimiento de más importancia fue el uso del motor a retropropulsión, el "Jet", que por su enorme potencia abría nuevos horizontes para la aviación.

1948. El primer avión que rompiera la barrera del sonido, el "Jet" de Havilland.

1952. El primer servicio comercial "Jet" de Havilland Comet, entre Londres y Africa del Sur.

1958. El primer servicio comercial "Jet" trasatlántico, con el Boeing 707, tomando 7 horas de Nueva York a París.

1958 a 1969. Tanto en el tiempo de Leonardo Da Vinci como hoy día, el desarrollo de la aviación ha dependido de los motores disponibles. Los motores "Jet" son cada día más poderosos y los aviones que usan estos motores son cada día más versátiles (19).

B I B L I O G R A F I A

- ARAUJO BAUZA, Alvaro, *Tratado de Derecho Aeronáutico*, Tomo I, Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo, Uruguay, 1976.
- ARAUJO BAUZA, Alvaro, *Del accidente aviatorio y su problemática jurídica*. Impreso en los Talleres de Imprenta Letras S.A., Montevideo, 1973.
- DELASCIO, Víctor José, *Manual del Derecho de la Aviación*, Editoria Grafos, C.A., Caracas, Venezuela, 1959.
- FOLCHI, Mario O., *Delitos a bordo de aeronaves*, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1964.
- FOGLIA-MERCADO, *Derecho aeronáutico*, Edit. Abeledo-Perrot, 1976, Buenos Aires, Argentina.
- VIDELA ESCALADA, Federico, *Derecho aeronáutico*. Editor, Víctor P. De Zavalía, Buenos Aires, Argentina, 1969.
- REVISTA AEREA, Guatemala, 1971.
- BOZA MORA, Carlos Eduardo, *La responsabilidad en el transporte aéreo*, TESIS DE GRADO, Universidad de Costa Rica, 1976.



LA JURISDICCION ESPECIAL AGRARIA DE MEXICO

RESEÑA LEGISLATIVA EXTRANJERA.

Dr. Ricardo Zeledón. Profesor de Derecho Agrario, Universidad de Costa Rica.

SUMARIO:

1. Premisa.	128
2. El Derecho agrario mexicano y la revolución de 1910. La reforma agraria y la Ley del 6 de enero de 1915. La reforma agraria y el sistema constitucional agrario.	128
3. Los tribunales agrarios como posición revolucionaria del Plan de Ayala.	130
4. La creación de la jurisdicción agraria especial.	130
5. Los órganos agrarios y su competencia.	131
6. Los procesos agrarios.	133
a) El proceso ejidal.	136
b) El amparo agrario.	137
c) El proceso laboral agrario.	138
d) El proceso de suspensión y privación de derechos agrarios.	139
e) El proceso de conflicto por límite de bienes comunales.	139
7. El derecho social, el proceso social agrario y los principios inspiradores del sistema: la escritura, el principio inquisitivo y la asistencia técnica gratuita.	139

1. El sistema procesal iberoamericano se inicia históricamente con la jurisdicción especial creada en México en 1915 en virtud de la cual órganos especiales comenzaron a conocer de un conjunto de acciones referidas al naciente Derecho agrario, como modo de tutelar los derechos concedidos a los campesinos en virtud del proceso de reforma agraria.

En el caso mexicano coinciden históricamente un complejo institucional de grandes magnitudes con influencia constante en el resto del continente: la primera ley de reforma agraria latinoamericana es de México, en ese país precisamente se consagró por primera vez todo un sistema constitucional agrario, y también en México se instauró por primera vez una jurisdicción agraria.

El presente ensayo tiene como objetivo principal reportar la problemática agraria en virtud de la cual nació el complejo institucional del Derecho agrario mexicano, haciendo especial énfasis en los grandes filones marcados en el proceso agrario pues a partir de éste se puede explicar la estructura general evolutiva del sistema procesal agrario latinoamericano.

2. El Derecho agrario mexicano nace con la Revolución de 1910, de la que se nutre y explica históricamente, pues ésta fue un movimiento social y político de raigambre agraria forjada por grandes luchas campesinas, cuyo objetivo fundamental es la repartición de las tierras entre las masas pobres y desposeídas del agro.

El origen de la revolución se encuentra en una época considerablemente anterior pues el germen del problema agrario mexicano nace del dominio español y la serie de contradicciones que ocasionó en el sistema indígena precolonial existente en el territorio mexicano, esto, a su vez, evidenció una

gravísima situación social motivadora más tarde de la independencia de España por la que se buscó en un principio satisfacer las necesidades de los campesinos cuyos anhelos frustró la misma oligarquía detentadora por aquél entonces del poder.

En la colonia, el dominio español unió las diversas culturas indígenas bajo la égide de un virrey al constituir el Virreinato de Nueva España para así cambiar radicalmente el sistema político tanto de los reinos como de los cacicazgos indígenas (1), y paralelamente, introducir modificaciones sustanciales en la forma de ejercicio de la propiedad en la estructura agraria, recurriendo a tres instituciones fundamentales: a) las *mercedes reales* (2) para repartir grandes extensiones de tierras entre los conquistadores, y en menor medida entre los colonos, incluidos indígenas suficientes para la explotación de la tierra con la única obligación de convertirlos a la religión católica; b) la *restitución de tierras* (3), la "*primera gran institución del Derecho agrario mexicano*" (4), utilizada como instrumento para restituir a los indígenas las tierras usurpadas por españoles con ocasión de los abusos cometidos por los colonos sobre las personas y propiedades de aquellos (5); y, c) la *dotación de tierras* (6) por la que se confirió a indios y pueblos la posesión de las tierras que trabajaban y se otorgó a quienes carecían de ellas las necesarias para su sostenimiento, ésta, se afirma, es la segunda institución del Derecho agrario mexicano (7).

La distribución de la tierra hecha por los españoles se topó frente al modelo indígena cuyo futuro era incierto, sobre todo porque las adjudicaciones hechas a indios y pueblos tendían a implantar otro sistema. Empero, algunas formas de producción y propiedad indígenas se mantuvieron, tal es el caso del "ejido" cuya existencia proviene de los *Calpullis* indígenas (8), o el instituto del

- (1) MENDIETA Y NUÑEZ, L., *Síntesis del Derecho agrario* (Universidad Nacional Autónoma de México, 2a. ed., México, 1971) p. 11.
- (2) Cfr. MENDIETA Y NUÑEZ, L., *El problema agrario en México* (Porrúa, 14a. ed., México, 1977) p. 42.
- (3) Véase *infra*, dentro del acápite "a) El proceso ejidal", La noción y normativa fundamental sobre la restitución de tierras, aguas y bosques.
- (4) MENDIETA Y NUÑEZ, L., *Síntesis del Derecho Agrario*, *supra*, nota 1, p. 12.
- (5) Disposición contenida en la Real Cédula del 31 de mayo de 1535.
- (6) Véase *infra*, dentro del acápite "a) El proceso ejidal", la noción y normativa fundamental sobre la dotación de tierras, aguas y bosques.
- (7) MENDIETA Y NUÑEZ, L., *Síntesis del Derecho agrario*, *supra* nota 1, p. 12.
- (8) "El ejido es una institución que se generó en el México prehispánico, cuando la tribu mexicana se acentó en Tenochtitlán y la tierra se dividió en cuatro *calpullis*, cuya propiedad correspondió a cada uno de los cuatro grandes clanes familiares, cada uno regido por un *calpulteteo* o dios familiar, núcleos de población gobernados por el *calpulleque* o *chinancalli*, cabeza o pariente mayor, quien repartió la tierra en parcelas llamadas *calpulli*, a cada cabeza de familia residente del barrio, manejando un concepto de propiedad con función social, pues el titular del *calpulli* debía trabajarla personal y constantemente, siendo amonestado si dejaba de cultivar su parcela un año y suspendido definitivamente en sus derechos si la abandonaba más de dos años". CHAVEZ PADRON, M., *El Derecho agrario en México* (Porrúa, 4a. ed., México, 1977) p. 420.

“cultivo obligatorio de la tierra” de ascendencia precolonial según el cual quien no cultivara la parcela que posee por dos años consecutivos pierde su derecho (9). Aún cuando el dominio español fue férreo su control ideológico no logró introducirse en los modelos indígenas de producción y tenencia de la tierra en forma absoluta, con ello se está en permanente contradicción institucional.

Al distribuirse injustamente, los pocos obtienen las más y mejores tierras, en tanto que los más las pequeñas y de peor calidad: aparece el fenómeno minifundio-latifundio con características alarmantes sobre todo en las zonas de producción más importantes y en los grandes centros de población. Pronto la situación se agravó en toda la Nueva España ocasionando la guerra por la independencia de la metrópoli. No obstante el logro mismo de la independencia, cuyo móvil fundamental fue agrario, las oligarquías que se sucedieron en el poder no solucionaron satisfactoriamente este problema (10).

Con el Plan de San Luis proclamado por Francisco Madero el 5 de octubre de 1910, para la sucesión presidencial, se planteó la restitución de las tierras a los campesinos y éstos los apoyaron masivamente, como lo hizo el líder agrarista EMILIANO ZAPATA. Madero triunfó pero en 1911 firmó el Convenio de Ciudad Juárez para licenciar las tropas revolucionarias sin cumplir con la restitución. Empezaron grandes divergencias con Zapata que al mando de la Revolución Agrarista del Sur presionó continuamente al Gobierno, luchando por los derechos sociales. Con el Plan de Ayala del 28 de noviembre de 1911, Zapata se sublevó contra Madero exigiendo cambios revolucionarios de carácter socio-económico, buscando “el cambio de sistemas, de estructuras económicas en el régimen de tenencia y explotación de la tierra” (11). Asesinado el Presidente Madero subió al

poder el Gobernador del Estado de Coahuila, Venustiano Carranza, y con el Plan de Veracruz del 12 de diciembre de 1914 retornó al orden constitucional poniendo en práctica el Plan de Ayala al dictar luego la Ley del 5 de enero de 1915, considerada la primera ley de reforma agraria de México y América Latina.

Esta Ley de 1915 —inspirada en el discurso de Luis Cabrera, del 3 de diciembre de 1912, ante la Cámara de Diputados (12)— declara (13):

- Nulidad de las enajenaciones hechas por las autoridades de los Estados de tierras comunales de indios contrarias a lo dispuesto por la Ley del 25 de junio de 1856.
- Nulidad de las composiciones, concesiones y ventas de tierras hechas desde el 1 de diciembre de 1870 por la autoridad federal.
- Nulidad del apeo y deslinde anteriores al 1 de diciembre de 1870 en que se hubiere invadido ilegalmente las pertenencias comunales de los pueblos, rancherías, congregaciones o comunidades indígenas.

Para darle efectividad a las disposiciones positivas se establece la facultad de los Jefes militares para dotar o restituir (véase infra, n. 6) ejidos con carácter provisional a los pueblos que lo soliciten conforme a un procedimiento establecido.

Históricamente se ha declarado esta normativa de 1915 como la primera ley de reforma agraria (14) porque a través de ella el Estado introduce modificaciones en la estructura agraria en cuanto al uso y distribución de la tierra agraria, además elabora una concepción nueva respecto al modelo propietario anterior, de inspiración española.

En el plano científico la reforma agraria mexicana se estudia desde hace más de medio siglo —desde todos los ángulos: político, sociológico, agronómico, jurídico, etc.— por la originalidad y

(9) MENDIETA Y NUÑEZ, L., *Síntesis del Derecho agrario*, supra nota 1, p. 13.

(10) Una vez lograda la Independencia de España, los gobiernos independentistas como respuesta política dictaron una serie de leyes de Colonización entre las cuales se pueden citar el Decreto del 4 de enero de 1823, el Decreto del 14 de octubre de 1823, la Ley de Colonización del 18 de agosto de 1824, la Ley de Colonización del 6 de abril de 1830, el Reglamento de Colonización de 4 de diciembre de 1846, la Ley de Colonización de 16 de febrero de 1854 (para un estudio de estas normas véase MENDIETA Y NUÑEZ, L., *El problema agrario en México*, supra nota 2, p. 101-06) y después, en la Época de la Reforma y restauración de la República, se encuentran la Ley de Colonización del 31 de mayo de 1875, la Ley de Colonización del 15 de diciembre de 1883 (para todo, MENDIETA Y NUÑEZ, L., *ibid.*, ps. 133-40).

(11) CHAVEZ PADRON, M., *El Derecho agrario en México*, supra nota 8, p. 278.

(12) Véase los extremos de este interesante discurso en CHAVEZ PADRON, M., *ibid.*, ps. 286-89.

(13) En MENDIETA Y NUÑEZ, L., *El problema agrario en México*, supra nota 2, ps. 189-91.

(14) En este sentido SILVA HERZOG, J., *Breve historia de la revolución mexicana* (Fondo de Cultura Económica, 7a. ed., México, 1970) II, p. 169.

trascendencia del proceso y sus instituciones (15).

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 5 de febrero de 1917, aprobada en Querétaro, en su artículo 27 le dio valor constitucional a la Ley del 6 de enero de 1915, e innova algunos aspectos como modo de fijar con el carácter de principio fundamental la redistribución del suelo agrario de México y el equilibrio de la propiedad rústica.

El artículo 27 de la Constitución crea un verdadero sistema agrario constitucional (16): Se declara la pertenencia originaria de las tierras y aguas comprendidas dentro del territorio a la Nación, la cual tiene el derecho de transmitir el dominio de ella a los particulares para constituir la propiedad privada —con las modalidades que señala la ley—; se crea —por primera vez en un ordenamiento constitucional— el concepto de la función social de la propiedad dándole a ésta un carácter más dinámico, sujeto a las modalidades del interés público para la tutela del pequeño propietario, de la familia, de la producción nacional, pero condicionado al dominio originario del Estado para vigilar, tutelar y distribuir equitativamente entre los ciudadanos; se proscribió el latifundio y se limitó la mediana propiedad para garantizar individual y socialmente la pequeña propiedad y el ejido; la expropiación solo puede verificarse por causa de utilidad pública mediante indemnización, es decir no necesariamente debe ser previa; permaneciendo, también, en lo sustancial toda la normativa de la Ley del 6 de enero de 1915.

3. Tanto en el artículo 27 constitucional como en su Ley inspiradora de 1915 se hace referencia concreta al proceso agrario. Este, más que una posición jurídica, es reflejo de una posición revolucionaria.

En efecto el primer acontecimiento revolucionario de importancia fue el Plan de Ayala, verdadero elemento de ruptura del sistema jurídico anterior a 1910, cuya parte central es la exigencia de crear tribunales especializados para el conocimiento de todos los asuntos relacionados con la materia jurídica agraria.

El Plan de Ayala es revolucionario, y al promover el rompimiento legislativo, declara la inversión del procedimiento pues el criterio consiste en que los pueblos deben entrar en posesión inmediata de las tierras usurpadas y los particulares con pretensión de dueños sobre ellas deberían recurrir a los tribunales a exigir sus derechos (17). Sea, se invierte la carga de la prueba en favor de la clase desposeída con incidencias importantes en el derecho sustantivo y procesal.

En la nueva jurisdicción agraria, con la nueva legislación revolucionaria, deberían enfrentarse la legalidad oligárquica y la legalidad revolucionaria.

4. La creación del proceso agrario —establecido solo una vez logrado el triunfo de la revolución, como lo preveía el Plan de Ayala (18)— correspondió a la ley del 6 de enero de 1915.

En esta ley, las acciones principales son la restitutoria y la dotatoria cuya ejecución corres-

(15) Para todo véase, entre la inmensa bibliografía existente, GUTELMAN, M., *La reforma agraria in America Latina. El caso del Messico* (Mazzotta ed., Milano, 1973); AGUILERA GOMEZ, M., *La reforma agraria en el desarrollo económico de México* (Instituto Mexicano de Investigaciones Económicas, México, 1969); NUNÉZ, L., *Cuatro etapas en la reforma agraria de México* (Academia de Derecho Agrario de la Asociación Nacional de Abogados, México, 1969); STAVERNENHAGEN, R., *Marginalidad y participación en la reforma agraria mexicana*, publicado en *Revista Latinoamericana de Sociología*, 1969 ps. 249-75; CRUZ CASTELLANOS, F., *El sistema cooperativista de explotación de la tierra*, publicado en *Revista de México Agrario*, 1968, ps. 19-105; DURAN, M. A., *El agrarismo mexicano* (Siglo XXI, México, 1967); ESTEVANTE TORRES, H., *La reforma agraria integral mexicana* publicado en la *Revista Mexicana de Sociología*, 1966, ps. 665-76; ARREDONDO, A., *Estudio comparativo de las reformas agrarias en América Latina: México, Venezuela, Cuba* (Instituto Agrario Nacional, Caracas, 1965); DURAN, M.A., *Las funciones de la propiedad de la tierra en la reforma agraria mexicana*, publicado en *El Trimestre Económico*, 1964, ps. 228-42; PENA, M.T. de la, *El pueblo y su tierra: mito y realidad de la reforma agraria en México* (Cuadernos americanos, México, 1964); TAMAYO, J.L., *El problema fundamental de la agricultura mexicana* (Instituto Mexicano de Investigaciones Económicas, México, 1964); ROMERO ESPINOZA, E., *La reforma agraria en México: a medio siglo de iniciada* (Cuadernos americanos, México, 1963); HEREDIA CARRERO, H., *Reforma agraria y desarrollo económico* (Cuadernos americanos, 1964); MAC LEAN Y ESTENOS, R., *La revolución de 1910 y el problema económico* (U.N.A.M., México, 1959); SILVA HERZOG, J., *El agrarismo mexicano y la reforma agraria: exposición y crítica* (Fondo de Cultura Económica, México, 1959).

(16) Véase, en este sentido la interesante obra MENDIETA Y NUNÉZ, L., *El sistema agrario constitucional* (Porrúa, 4a. ed., 1975).

(17) En efecto, como sostiene CHAVEZ PADRON, "cuando los campesinos pidieron tribunales especiales para el tratamiento de los problemas agrarios, estaban implicando el rompimiento legislativo y total revolución; aún más, al invertir el procedimiento señalado que los pueblos entrarían en posesión inmediata y total revolución; aún más, estaban invirtiendo la carga de la prueba en favor de una categoría económica inferior, y modificando no solo el derecho sustantivo, sino el Derecho procesal, y aún más, estaban proponiendo el establecimiento del Derecho social", CHAVEZ PADRON, M., *El Derecho agrario en México*, supra nota 8, ps. 278-79.

(18) PINCHON, E., *Zapata L'invincibile* (Feltrinelli, 2a. ed., Milano, 1974) p. 222.

pondió a la Comisión nacional agraria, a las comisiones agrarias creadas en todos los Estados territorios del país, y los comités particulares ejecutivos. El procedimiento establecido consiste en línea de máximas en lo siguiente: en primera instancia los campesinos pertenecientes a un pueblo accionante nombran un comité para ejercer la representación y solicitar al Gobernador del Estado —o bien al jefe militar correspondiente, por el estado de guerra civil que vivía el país— la dotación o restitución correspondiente, éste resuelve y en caso de hacerlo favorablemente corresponde a los comités ejecutivos entregar provisionalmente las tierras reivindicadas o concedidas al pueblo solicitante; hay una segunda instancia obligatoria, en ella la Comisión nacional agraria, cuya función es la de revisar el trámite seguido, y dictaminar para que el Presidente de la República dicte la resolución para darle el carácter de definitiva a la primera resolución y a la entrega realizada; por su parte, los propietarios afectados tenían el único derecho de reclamar dentro de un año sobre posibles vicios de procedimiento y discutir el valor de las tierras pues no lograban readquirirlas, si no accionaban dentro del año perdían todo derecho.

Con posterioridad el artículo 27 de la Constitución Política introduce algunas modificaciones, así como toda la normativa dictada con posterioridad que fue conformando la legislación de reforma agraria, es decir, el Código agrario del 22 de marzo de 1934, el Código agrario del 23 de setiembre de 1940, el Código agrario del 31 de diciembre de 1942, y la actualmente vigente Ley Federal de Reforma Agraria del 16 de abril de 1971.

El sistema procesal agrario creado a través de la Ley de 1915 —no obstante no encontrarse regido por las disposiciones del Poder Judicial— se encuentra investido con la iuris dictio, de ahí que se trate de una verdadera jurisdicción (19). Naturalmente, por no ser los órganos decisorios parte del Poder Judicial, no tener esos mismos órganos una competencia específica distinta y autónoma

de la de los tribunales comunes, y al regirse por el procedimiento ordinario con sus principios informadores, esa jurisdicción tiene el carácter de especial, muy a pesar de regirse por el principio de la legalidad procesal originada en sus leyes reguladoras (20).

Resulta impropia la nomenclatura para el caso mexicano de jurisdicción agraria administrativa (21), peor si se le refiere como jurisdicción especializada agraria (22), porque no es —en estricto sentido— ni una ni otra, se trata de una jurisdicción especial.

En la actualidad, conforme a la Ley Federal Agraria del 16 de abril de 1971 (23), en el Capítulo V: "Procedimientos agrarios", los procedimientos fundamentales siguen siendo la restitución y dotación de tierras, aguas y bosques, pero también hay otros siempre referidos al régimen ejidal tales como la ampliación de ejido, la creación de nuevos centros de población, el conflicto por límite de bienes comunales, la privación y nueva adjudicación de derechos agrarios (llamados también "acomodo"), las acciones de inafectabilidad, la confirmación y titulación o reconocimiento de bienes comunales, la expropiación de bienes agrarios, la fusión de ejidos, la división de ejidos, las permutas ejidales, los parcelamientos ejidales, la creación de zonas urbanas, las sucesiones ejidales, introduciendo la Ley Federal del '71 algunos nuevos procedimientos como el de nulidad de actos y documentos que contravengan las leyes agrarias, la nulidad de contratos y concesiones (a que hace referencia el artículo 27 de la Constitución Política), la nulidad y cancelación de certificados de inafectabilidad, la suspensión temporal de derechos agrarios, el procedimiento de conflictos sobre posesión y goce de las nulidades de dotación y el disfrute de los bienes de uso común, y, la reposición de actuaciones. Estos procedimientos son denominados procesos ejidales.

5. Los órganos del sistema procesal agrario mexi-

(19) LIEBMAN, E.T., *Manuale di Diritto processuale civile* (Giuffrè, Milano, 1973) I, p. 16.

(20) En Europa la mayoría de las jurisdicciones agrarias son de carácter especial, confiada a jueces laicos. (Véase, al respecto, ZELEDON, R., *Estado y evolución de la jurisdicción agraria en América Latina*, en *Revista Judicial*, No. 9, ps. 36-48, especialmente p. 38).

(21) MENDIETA Y NUÑEZ, L., *Síntesis del Derecho agrario*, supra nota 1, p. 37.

(22) Para CHAVEZ PADRON, equivocadamente —según el criterio expuesto—, "se trata de tribunales especializados con configuración muy singular, y con jurisdicción especial, distinta de la común". CHAVEZ PADRON, M., *El proceso social agrario y sus procedimientos* (Porrúa, 2a. ed., 1976, México). p. 33.

(23) Publicada en el Diario Oficial de la República de los Estados Unidos Mexicanos No. 41 del 16 de abril de 1971; reimpressa y actualizada en la Colección Leyes y Códigos de México: *Ley Federal de reforma agraria* (Porrúa, México, 1978) en que aparece además toda la legislación agraria con vigor en ese país.

cano —salvo el caso de los conflictos por límite de bienes comunales, el amparo agrario y el proceso laboral agrario, por ser conocidos también por la Corte Suprema de Justicia de la Nación— no corresponden a la estructura orgánica del Poder Judicial, sin embargo ésto no es óbice para darles un calificativo distinto al de órgano jurisdiccional pues desde el punto de vista procesal son órganos (agrarios) todos los que tienen una función coordinada al desarrollo del proceso en ejercicio de la jurisdicción (24).

La distinción hecha por la doctrina mexicana —especialmente CHAVEZ PADRON— entre órganos y autoridades agrarias (25) carece de sentido, como también resulta equivocado darle el carácter de órgano procesal agrario a entes, órganos u oficinas por el simple hecho de tener alguna relación o ingerencia en asuntos de interés agrario o por coadyuvar con los organismos de la reforma agraria (26).

En México los distintos procedimientos constitutivos del proceso agrario se resuelven en primera instancia ante el Gobernador del Estado correspondiente o bien ante el jefe del Departamento del distrito federal cuando el predio se encuentre dentro de esa jurisdicción, y ante la Comisión agraria mixta; en segunda instancia intervienen el Delegado de la Secretaría de la reforma agraria de la zona donde se encuentra el predio a quien corresponde pasar la documentación a la Secretaría para ser puesto en conocimiento del Cuerpo consultivo agrario, con cuyo dictamen el Presidente de la República dicta la resolución final.

En consecuencia, los órganos agrarios en sentido estricto son: a) el Presidente de la República, b) los Gobernadores de los Estados y el Jefe del Distrito Federal, c) la Secretaría de la Reforma Agraria, y sus delegaciones agrarias, d) la comisión agraria mixta, y e) el cuerpo consultivo agrario. En sentido amplio entrarían también el Poder Judicial por tener conocimiento del amparo agrario, el proceso laboral agrario y conocer en segunda instancia del conflicto de bienes comunales.

La máxima autoridad en materia agraria es el Presidente de la República pues a él le está confiado dictar todas las medidas necesarias para cumplir los fines de la Ley Federal de Reforma Agraria (27) en los expedientes de restitución o dotación de tierras, bosques y aguas, de ampliación de los ya concedidos, de la creación de nuevos centros de población, de confirmación de la propiedad de bienes comunales, de expropiación de bienes ejidales y comunales, de privación de derechos individuales de ejidatarios, de establecimiento de zonas urbanas ejidales y comunales y los demás que le señale la ley, careciendo sus resoluciones de posterior recurso (28).

Los gobernadores de los Estados, y el Jefe del Departamento del Distrito Federal en su caso, representan el órgano agrario más importante porque es frente a ellos que se sustancia en primera instancia el procedimiento ejidal. Sus atribuciones (29) en esta materia son: resolver en primera instancia los expedientes de restitución y dotación de tierras y aguas, así como los de dotación complementaria y ampliación de ejidos, emitir opinión en los expedientes sobre creación de nuevos centros de población y en los de expropiación de tierras, bosques y aguas ejidales y comunales, proveer administrativamente en los expedientes ejidales así como ejecutar los mandamientos provenientes del Ejecutivo federal, nombrar y remover a sus representantes ante la Comisión agraria mixta, y, expedir los nombramientos de los miembros de los comités particulares ejecutivos que elijan los grupos solicitantes.

La Secretaría de la reforma agraria, en materia procesal, a través de su titular, debe firmar junto con el Presidente las resoluciones y acuerdos que dicte y hacerlos ejecutar, proponer al Presidente de la República las resoluciones de los expedientes de su competencia, e intervenir en la solución de las controversias agrarias en los casos previstos por la Ley (30), pues tiene la responsabilidad política, administrativa y técnica de la dependencia a su cargo ante el Presidente de la República (31): una

(24) SATTA, S., *Diritto processuale civile* (Cedam, 8a. ed., Padova, 1973) p. 5.

(25) CHAVEZ PADRON, M., *El proceso social agrario y sus procedimientos*, supra nota 22, ps. 40-66.

(26) Por ejemplo el Secretario de Agricultura y Ganadería, el Jefe del Departamento de asuntos indígenas, el Secretario de Recursos Hidráulicos, citados por CHAVEZ PADRON, M., *Ibid.*

(27) Art. 8 L.F.R.A.

(28) El art. 8 de la L.F.R.A. hace referencia al término "resolución definitiva", entendiéndose por tal "la que ponga fin a un expediente".

(29) Art. 9 L.F.R.A.

(30) Art. 10 L.F.R.A.

(31) *Ibid.*

actividad esencialmente jurídico agraria según la exposición de motivos de la ley (32). Dependiente de la Secretaría de la reforma agraria se encuentran las delegaciones agrarias establecidas en todas las entidades federativas; el titular es el Delegado agrario, superior, a su vez, de un subdelegado de procedimientos y controversias agrarias y otro de organización y desarrollo agrario (33): dentro del procedimiento su función es importante porque representan dentro del territorio al Ejecutivo federal y a la Secretaría de que forman parte, además de acelerar el trámite —en muchos casos— de los expedientes sin resolver (34).

Otros órganos agrarios muy importantes son las Comisiones agrarias mixtas, por su participación en la primera instancia. Previstas como "comisiones locales agrarias" por el artículo 27 constitucional, las comisiones agrarias mixtas se encuentran establecidas en todas las entidades federativas, integradas por un presidente, un secretario y tres vocales (35): el presidente será el Delegado de la Secretaría de la reforma agraria en el Estado (o distrito federal, en su caso), el primer vocal será nombrado y removido por el Secretario de la reforma agraria, el secretario y el segundo vocal por el Ejecutivo local, y el tercer vocal por los ejidatarios y comuneros nombrados de una terna presentada por las comunidades agrarias y sindicatos campesinos de la entidad al Presidente de la República (36). Estas comisiones tienen un reglamento interno expedido por el respectivo Gobernador, previo dictamen de la Secretaría de la reforma agraria (37), y sus atribuciones fundamentales son las de substanciar los expedientes de restitución, dotación y ampliación de tierras, bosques y aguas, la de dictaminar en esos mismos expedientes cuándo deben ser resueltos por mandamientos del Ejecutivo local, emitir opinión acerca de las expropia-

ciones, creación de nuevos centros de población, y, en casos de inafectabilidad, además, resolver las controversias sobre bienes y derechos agrarios que le sean planteados, e intervenir en los asuntos de su conocimiento (38).

Aún cuando a primera vista no parece cumplir funciones procesales importantes, pues en realidad su única función en este sentido consiste en emitir un dictamen una vez que el expediente se encuentra en condiciones de ser resuelto, el Cuerpo consultivo agrario —creado por el artículo 27 constitucional— debe ser también considerado órgano agrario. La ley federal establece que el cuerpo consultivo agrario estará integrado por cinco miembros, presidido por Secretario de la reforma agraria y con dos representantes de los campesinos (39).

Finalmente, el Poder Judicial funge con el carácter de órgano jurisdiccional agrario cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación conoce en segunda instancia de los conflictos por límite de bienes comunales (40), o cuando debe conocer del juicio de amparo agrario, o bien cuando se resuelven los asuntos del Derecho laboral agrario.

La competencia de los órganos agrarios se encuentra reducida a las acciones y procedimientos establecidos por la Ley federal de reforma agraria, siguiendo el criterio de los *numerus clausus*, en consecuencia todas las demás acciones cuya causa se encuentre regulada por el Derecho agrario y no contemplada dentro de los procedimientos de la ley federal, serán de conocimiento de los tribunales ordinarios.

6. Aun cuando normalmente se hace referencia a los procedimientos agrarios, en México, siguiendo la doctrina, un análisis más amplio permite encontrar diversos procesos agrarios. Ellos son: a) el proceso ejidal, b) el amparo agrario, c) el proceso

(32) CHAVEZ PADRON, M., *El proceso social agrario y sus procedimientos*, supra nota 22, p. 47.

(33) Art. 7 L.F.R.A.

(34) Vgr. art. 295 L.F.R.A.

(35) Art. 5 L.F.R.A.

(36) Art. 5 L.F.R.A.

(37) Art. 6 L.F.R.A.

(38) Art. 12 L.F.R.A.

(39) Art. 14 L.F.R.A.

(40) Art. 379 L.F.R.A.

laboral agrario, d) el proceso de suspensión y privación de derechos agrarios, y e) el proceso de conflicto por límite de bienes comunales (41).

a) El proceso ejidal se encuentra constituido por un conjunto de procedimientos —mencionados supra— cuyo fin consiste en la creación y tutela de la integridad del ejido como base de la reforma agraria mexicana. Este proceso es "el fundamental y de mayor importancia" (42), constituido esencialmente por las acciones de restitución y dotación de tierras, aguas y bosques.

La restitución de tierras, aguas y bosques (43) fue el asidero político de los movimientos revolucionarios de principio de siglo, consagrado en el artículo 27 de la Constitución Política cuando declaró nulas "a) Todas las enajenaciones de tierras, aguas y montes pertenecientes a los pueblos, rancherías, congregaciones o comunidades, hechas por jefes políticos, gobernadores, de los Estados o cualquiera otra autoridad local, en contravención a lo dispuesto en la Ley del 25 de junio de 1856 y demás leyes y disposiciones relativas; b) Todas las concesiones, composiciones o ventas de tierras, aguas o montes, hechas por las Secretarías de Fomento, Hacienda o cualquiera otra autoridad federal, desde el 1 de diciembre de 1876 hasta la fecha, con las cuales se hayan invadido y ocupado ilegalmente los ejidos, terrenos de común repartimiento, o cualquiera otra clase, pertenecientes a los pueblos, rancherías, congregaciones o comunidades y núcleos de población; c) Todas las diligencias de apeo y destinde, transacciones, enajenaciones o remates practicados durante el periodo de tiempo a que se refiere la fracción anterior, por

compañías, jueces u otras autoridades de los Estados o de la Federación, con los cuales se haya invadido u ocupado ilegalmente tierras, aguas y montes de ejidos, terrenos de común repartimiento, o de cualquier otra clase, pertenecientes a núcleos de población". El ejercicio de la acción restitutoria corresponde a los vecinos del núcleo de población comunera con títulos de propiedad sobre tierras o aguas despojados por cualquiera de las causas del artículo 27 constitucional. Conforme a la Ley federal de reforma agraria una vez publicada la solicitud de restitución presentada ante el Gobernador del Estado o ante el Jefe del Departamento del distrito federal, los vecinos del pueblo deberán presentar ante la Comisión agraria mixta los títulos de propiedad y demás documentación para probar la forma y fecha del despojo de las tierras o aguas de lo cual se notificará a los afectados (44), pasando la documentación a la Secretaría de la reforma agraria para que dentro de los treinta días siguientes determine la autenticidad de los mismos, con cuyo dictamen se inicia el procedimiento (45): si el resultado es positivo se identifica el fundo para su restitución (46) y con un dictamen de la comisión se pone en conocimiento del Ejecutivo local para que resuelva, luego de lo cual se pasa al delegado agrario quien lo remite a la Secretaría de la reforma agraria turnándolo al Cuerpo consultivo agrario con cuyo dictamen el Presidente de la República dicta la resolución definitiva (47) (48), en caso de ser negativo el examen de los documentos, o siendo rechazada la solicitud de restitución, se continúan tramitando de oficio las diligencias para la dotación iniciados paralela-

- (41) El insigne procesalista mexicano HECTOR FIX ZAMUDIO (*Estructuración del proceso agrario*, que es la conferencia dictada el 7 de junio de 1960 con ocasión del segundo centenario del Colegio de Abogados de México, publicado en la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 1961, ps. 177-96, especialmente ps. 184-85) señala cuatro tipos de procesos: a) el ejidal; b) los conflictos individuales de privación de derechos ejidales; c) los conflictos por límites de bienes comunales; y, d) el proceso laboral agrario, no así el amparo agrario por no estar plenamente vigente en esa época, sin embargo hoy día sin duda lo incluiría como un quinto proceso.
- (42) FIX ZAMUDIO, H., *Estructuración del proceso agrario*, *Ibid*, p. 185. Por su parte MENDIETA Y NUÑEZ lo clasifica y define como el proceso "clásico" (*El problema agrario en México*, supra nota 2, p. 460).
- (43) La L.F.R.A. regula la restitución de tierras, bosques y aguas especialmente en los artículos 279 a 285, pues también hay normas referidas a ella en los artículos 272-84 y en muchas otras dispersas por la ley. Para un análisis del instituto véase MENDIETA Y NUÑEZ, L., *El problema agrario en México*, supra nota 2, ps. 219-25, 227-28, 459, 464-66; CHAVEZ PADRON, M., *El proceso social agrario y sus procedimientos*, supra nota 2, ps. 121-42; LUNA ARROYO, A., *Derecho agrario mexicano* (Porrúa, México, 1975) ps. 213-17, 339-62.
- (44) Art. 279 L.F.R.A.
- (45) Art. 280 L.F.R.A.
- (46) Conforme al artículo 281 L.F.R.A. se identifican los linderos, se hace un censo agrario por una junta censal integrada por miembros de la Comisión agraria mixta y el núcleo de población.
- (47) Art. 283 L.F.R.A.
- (48) Dentro del procedimiento suscitadamente mencionado puede ser que el Ejecutivo local no dicte su resolución caso en el cual la ley la considera negativa, debiendo la Comisión agraria mixta remitirlo al delegado agrario para que continúe tramitándolo. Si la comisión mixta no emite su dictamen el Ejecutivo local resolverá lo que corresponda (Art. 283 L.F.R.A.).

envía directamente al delegado agrario (59). Con la posesión provisional el núcleo de población es el legítimo poseedor y tiene personalidad jurídica para ejercer las garantías económicas y sociales que le concede la ley (60). La segunda instancia es obligatoria y se inicia cuando el delegado agrario ha enviado el expediente a la Secretaría de la reforma agraria para ser pasado al Cuerpo consultivo cuya tarea es la de completar el expediente si así lo considera y emitir un dictamen para ser puesto en conocimiento del Presidente de la República, y con base en ese dictamen se redacta también un proyecto de resolución que va adjunto (61), si la resolución presidencial es afirmativa se publica en el Diario Oficial de la Federación, se declara definitivamente la posesión, y el Delegado agrario junto con el comisario ejidal hace entrega material de las unidades de dotación (62), en caso de que la resolución presidencial fuere negativa, como no procede la revocatoria del mandamiento gubernamental que otorgó la posesión provisional (63) la Secretaría de la reforma agraria deberá negociar con los propietarios la compra del inmueble y de conseguirlo deberá buscar otras tierras donde trasladar a los campesinos (64) (65). Las dotaciones de aguas (66) se presentarán directamente ante los ejecutivos locales y se tramitarán conforme a las normas de la dotación de tierras. En el eventual caso de que al momento de ejecutarse la resolución presidencial de restitución o dotación se constate que las tierras son insuficientes para satisfacer las necesidades del poblado, se tramitará de oficio la dotación complementaria (67) llamada por la ley ampliación de ejidos.

b) El amparo agrario actualmente tiene "carácter autónomo" (68). Una vez lograda su solidez institucional con los decretos del 30 de octubre de 1962 y el 3 de enero de 1963 en virtud de los cuales se logra incorporar una serie de disposiciones cuya urgencia venía señalando desde hacía mucho tiempo la doctrina.

Con la ley del 6 de enero de 1915 se declararon nulas las enajenaciones de terrenos comunales practicadas en perjuicio de los pueblos cuando se hubieren hecho en contra de las leyes de desamortización, creando para esto las acciones restitutorias y dotatorias de tierras y aguas en beneficio de los pueblos que las necesitaran para su subsistencia, pudiendo los propietarios recurrir a los Tribunales a deducir sus derechos dentro del año, pero solo a discutir el monto de la indemnización cuando se tratara de reivindicaciones en favor de los pueblos. Esta disposición pasó a integrar el artículo 27 de la Constitución de 1917. Como los terratenientes y latifundistas plantearon gran cantidad de juicios de amparo ante los tribunales federales, afectando la buena marcha de la reforma agraria, por el Decreto del 23 de enero de 1931 se modificó la Ley de 1915 negando la acción a dichos propietarios: "no tendrán ningún derecho ni recurso legal ordinario ni extraordinario de amparo", incorporándose este principio, más tarde, por el Decreto del 9 de enero de 1934 en la Carta Constitucional. Contra esta disposición se pronunció la doctrina tratando, por una parte, de que se restableciera ese derecho en forma amplia (69) pues se sostenían que en nada afectaba a la reforma agraria la existencia del recurso, que por el

(59) Art. 293 L.F.R.A.

(60) Art. 300 L.F.R.A.

(61) Art. 304 L.F.R.A.

(62) Cfr. arts. 306, 307, 308, 311, 315, 316, 317 L.F.R.A.

(63) Art. 310 L.F.R.A.

(64) Art. 309 L.F.R.A.

(65) En el mismo documento que contenga la resolución Presidencial negativa a la dotación se ordena que se inicie un expediente de nuevo centro de población para lo cual se consultará a los interesados su disponibilidad a trasladarse a otro lugar donde sea posible establecer ese centro. Este es otro procedimiento ejidal, regulado por los artículos 326 a 335 de la L.F.R.A., visto en México como una forma de colonización (Cfr. CHAVEZ PADRON, M., *El proceso social agrario y sus procedimientos*, supra nota 22, ps. 169-83, especialmente para conocer su origen ps. 169 y 170.).

(66) Véanse los artículos 318 a 324 de la L.F.R.A. y CHAVEZ PADRON, M., *El proceso social agrario y sus procedimientos*, *ibíd.*, p. 161.

(67) Véase el artículo 325 L.F.R.A. y CHAVEZ PADRON, M., *ibíd.* ps. 163-67.

(68) FIX ZAMUDIO, H., *Lineamientos fundamentales del proceso social agrario en el Derecho mexicano*, publicado en *Atti della seconda assemblea dell'Istituto di Diritto agrario internazionale e comparato* (Giuffrè, Milano, 1964) I, ps. 369-429, 402.

(69) CABRERA, L., *La reforma del artículo 10 de la Ley del 6 de enero de 1915*, publicado en la *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, II, 1932, ps. 271 ss., cuyo criterio era de un gran valor por haber sido él precisamente el redactor de la Ley de 1915.

contrario, eran los conductores de esa reforma los incapaces de cumplir con sus obligaciones dentro del marco de la ley, otro sector de la doctrina —específicamente MENDIETA Y NUÑEZ— fustigó fuertemente al Poder Judicial de la Federación pues éste interpretó la norma denegando la posibilidad de recurrir no solo a los propietarios sino también a los pueblos, aun cuando no se hace mención a ello en la reforma (70). En 1947, en virtud del Decreto publicado el 12 de febrero de ese mismo año, se modificó nuevamente la Constitución permitiendo la defensa de los nuevos propietarios pero exigiéndoles certificado de inafectabilidad para poder ejercerla lo que valió también la crítica de la doctrina (71), hasta lograr, finalmente, la emisión de los decretos de 1962 y 1963 con los cuales los propietarios afectados por resoluciones restitutorias o dotatorias deben regirse por el amparo administrativo aun cuando tengan certificado de inafectabilidad.

El análisis histórico del juicio de amparo en materia agraria muestra la singularidad de esta institución mexicana (72), pero no es ésta la sede para hacerlo, y baste indicar las características fundamentales, según el criterio de FIX ZAMUDIO (73) introducidas recientemente: con la nueva normativa se modificaron las disposiciones sobre legitimación procesal y personalidad para interponer y seguir el amparo debido a que se concede a todo comunero o ejidatario la posibilidad de gestionar en caso de que el comisariado ejidal o de bienes comunales —representante del núcleo de población— no lo haya promovido dentro de los quince días; se extiende el plazo para interponer la demanda de quince a treinta días, pero si el peticionario es un núcleo de población lo puede interponer en cualquier momento; es inadmisibles el desistimiento de los representantes de núcleos de

población, siguiendo de oficio hasta la resolución definitiva; no procede el sobreseimiento por inactividad procesal protegiendo también individualmente a ejidatarios y comuneros; dentro de las amplias facultades del Juez está la de integrar la demanda y la prueba como si se hubiere presentado o formulado debidamente; se simplificaron los requisitos de la demanda, pudiendo los ejidatarios, comuneros y poblados rurales pedir con la sola relación de los actos reclamados y la mención de las autoridades que intentan ejecutarlos, sin necesidad de los razonamientos jurídicos sobre las infracciones alegadas cuyo cumplimiento se debe observar en las otras demandas; si la demanda fuere oscura se prevendrá a la parte para que aclare, si no lo hiciere, el mismo Juez de oficio lo hará; se amplió la eficacia tutelar de la providencia precautoria para evitar la ejecución de actos violatorios durante la tramitación del juicio que pudieren causar al quejoso perjuicios irreparables o de difícil reparación; debe concederse, de oficio, la medida precautoria cuando los actos reclamados puedan privar los bienes agrarios del núcleo de población; se amplían también las facultades del Juez en materia probatoria al reducir la carga de la prueba a los campesinos y acentuándola a las autoridades demandadas; y, de gran importancia, la obligación para el Juez de suplir las deficiencias de la queja en materia agraria cuando el quejoso alegue que ha habido en contra del núcleo de población, del ejidatario o del comunero una violación manifiesta de sus derechos agrarios sobre tierras y aguas.

c) El proceso laboral agrario conforme a la doctrina procesal mexicana también se puede ubicar como otro proceso autónomo y propio del Derecho agrario (74). En efecto, la Ley federal del

(70) MENDIETA Y NUÑEZ, L., *El sistema agrario constitucional*, supra nota 16, ps. 131-37, al afirmar "La prohibición de ocurrir al juicio de amparo se refiere solo a los propietarios, luego no es lícito extenderla a los núcleos de población rural, tanto más cuanto que la Reforma agraria, de la que es expresión jurídica el artículo 27 constitucional, se lleva a cabo en beneficio directo de los campesinos carentes de patrimonio. En su interés se negó a los propietarios la procedencia del amparo a fin de evitar que se entorpeciera y largara el procedimiento dotatorio y restitutorio; pero esa misma razón no puede aducirse cuando son los pueblos o los campesinos peticionarios quienes acuden al amparo en contra de las resoluciones definitivas que les niegan, contra derecho, la dotación o restitución solicitada" (p. 134).

(71) "Creemos que la última reforma constitucional, aunque inspirada en un criterio de mayor liberalidad que la de enero de 1931, no resuelve el problema del amparo en materia agraria, puesto que condiciona la procedencia de un medio de defensa de los derechos fundamentales de la persona humana, como lo es el juicio de amparo, a un requisito de índole administrativa, ya que corresponde al Departamento agrario la tramitación y al Presidente de la República, como máxima autoridad agraria, la expedición de los certificados de inafectabilidad agrícolas o ganaderos", FIX ZAMUDIO, H., *Estructuración del proceso agrario*, supra nota 41, p. 191.

(72) Un análisis profundo del amparo agrario se puede ver en el Capítulo XXVI de la conocidísima obra BURGOA, I., *El juicio de amparo* (Porrúa, México, 1975).

(73) Para todo FIX ZAMUDIO, H., *Lineamientos fundamentales del proceso social agrario en el Derecho mexicano*, supra nota 68, ps. 409-15.

(74) En este sentido FIX ZAMUDIO, H., *Estructuración del proceso agrario*, supra nota 41, ps. 185, 189-90.

trabajo contiene un capítulo destinado a regir el contrato de trabajo de los peones del campo en las empresas agrarias (75), y éste bien podría entenderse como parte del contenido del Derecho agrario aún cuando resulte discutible la pertenencia o no al Derecho procesal agrario pues en la actualidad se rige enteramente por el rito laboral, quizás con buen tino por ser esa una jurisdicción que ofrece mayores garantías al mismo trabajador del campo.

d) El proceso de suspensión y privación de derechos agrarios se ha creado para punir a los ejidatarios y comuneros cuando incurran en las causas previstas por la Ley federal para la suspensión o pérdida de los derechos agrarios obtenidos a través de la misma normativa agraria (76).

Los derechos agrarios pueden ser suspendidos cuando el ejidatario comunero durante un año deje de cultivar la tierra o deje de cumplir con sus trabajos colectivos o comunales sin motivo justificado, o bien cuando contra él se hubiera dictado auto de formal prisión por cultivo de estupefacientes. La sanción consiste en la imposibilidad de cultivar la parcela durante un ciclo agrícola o un año, adjudicándose provisionalmente —durante el tiempo de la sanción— al heredero legítimo (77).

Se pierden los derechos agrarios cuando el ejidatario o comunero deje de trabajar la tierra personalmente o con su familia durante dos años, o cuando durante ese periodo no cumpla con sus obligaciones comunales o colectivas; cuando haya adquirido sus derechos ejidales por sucesión y durante un año no cumpla con las obligaciones económicas frente a la esposa e hijos del ejidatario difunto; cuando destine los bienes ejidales a fines ilícitos; cuando acapare la posesión o el beneficio de otras unidades de dotación en los ejidos ya constituidos o, cuando sea condenado por el cultivo de plantas estupefacientes en su parcela (78).

Tratándose de la suspensión temporal la asamblea general —a instancia de cualquier ejidatario o por medio del Comisariado—, con la presencia de un Delegado agrario, oirá a los afectados, discutirá el punto y toma la decisión (79). Si se acordare la suspensión temporal de los derechos al afectado, la asamblea general solicitará a la Comisión agraria mixta, acompañando copia del acta correspondiente, se dé inicio al juicio (80). La Comisión da traslado al afectado y señala fecha para practicar una audiencia de pruebas y alegatos, pudiendo entretanto reunir de oficio la documentación necesaria y practicar las diligencias que estime convenientes (81). Del resultado de las audiencias la comisión resuelve y ordena su inmediata ejecución pues sus resoluciones carecen de recurso (82).

Con la privación de derechos se configuran aún más las características del proceso pues, si bien se cumple con el procedimiento establecido por la misma ley federal para la suspensión temporal, tratándose de este proceso el ejidatario adquiere el carácter de demandado contra quien se acciona para que pierda sus derechos, pero éstos solo pueden serle privados por el órgano agrario concedente: el Presidente de la República. En este proceso —como en el caso de la suspensión, como se dijo— solo la asamblea general puede gestionar la privación; de la denuncia se da traslado al ejidatario afectado, y, delante la Comisión agraria mixta se celebra una audiencia en la que se escucha a los interesados y se reciben las pruebas ofrecidas y las que la Comisión estime necesarias (83). Luego el órgano instructor envía, por conducto del delegado agrario, a la Secretaría de la reforma agraria el expediente con su opinión (84) para que ésta reestudie el expediente, elabore un dictamen y lo pase directamente a la Presidencia de la República (85) para la resolución presidencial en la que se prevé la ejecución a través del Delegado agrario y, en caso de acordarse la privación de derechos éste cita a

(75) El Capítulo XVII del Título II de la Ley federal específicamente arts. 190 y ss.

(76) Véase CHAVEZ PADRON, M., *El proceso social agrario y sus procedimientos*, supra nota 22, ps. 193-209.

(77) Art. 87 L.F.R.A.

(78) Art. 85 L.F.R.A.

(79) Art. 421 L.F.R.A.

(80) Art. 422 L.F.R.A.

(81) Art. 423 L.F.R.A.

(82) Art. 425 L.F.R.A.

(83) Arts. 426, 427, 428, 429 y 430 L.F.R.A.

(84) Art. 431 L.F.R.A.

(85) Art. 432 L.F.R.A.

asamblea general para estudiar la o las unidades de dotación de que se trata (86).

e) El proceso en los conflictos por límites de bienes comunales es, también, conforme a la doctrina mexicana (87), otro de los procesos constitutivos del Derecho procesal agrario de México (88).

El origen institucional de este proceso se encuentra en el Decreto del 6 de setiembre de 1937, con que se modificó la Constitución Política de 1917, al establecer que "*son de jurisdicción federal todas las cuestiones por límites de terrenos comunales cualquiera que sea el origen de estos, se hallen pendientes o se susciten entre dos o más núcleos de población*" (89) para ello "*El ejecutivo federal se avocará al conocimiento de dichas cuestiones y propondrá a los interesados la resolución definitiva de las mismas, si estuvieren conformes la proposición del Ejecutivo tendrá fuerza de resolución definitiva y será irrevocable; en caso contrario, la parte o partes inconformes podrán reclamarla ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sin perjuicio de la ejecución inmediata de la proposición presidencial*" (90).

Este proceso, como se nota, es de carácter mixto. La primera instancia se sustancia ante la Delegación agraria, la cual, a la hora de abrir el expediente, notifica a las partes y les previene para que nombre un representante propietario y un suplente con la obligación de presentar los títulos o documentos, toda clase de informaciones y pruebas, y a su vez estén autorizados para celebrar convenios en caso necesario (91). Luego se practica un levantamiento topográfico, se recibe la prueba, enviando posteriormente el legajo a la Secretaría

de la reforma agraria con un resumen y opinión del mismo (92); la Secretaría, oyendo previamente la opinión del Instituto nacional indigenista, elabora un dictamen para el Presidente de la República para la resolución definitiva (93). Si los pueblos contendientes estuvieren conformes con la resolución presidencial ésta deviene en irrecurrible, si no, pueden plantear el juicio de inconformidad ante la Corte de Justicia (94). La sustanciación ante la Corte con base en el procedimiento civil (95), constituye la segunda instancia, en la cual la Secretaría contesta en nombre del Ejecutivo la demanda y remite el expediente, para luego dar traslado de la demanda al poblado-demandado, abrir a pruebas, oír alegatos por escrito, ordenar —si fuere necesario— prueba para mejor proveer y finalmente dictar sentencia expresando los puntos de la resolución que se confirman, revocan o modifican, para ser ejecutada a través del juzgado de distrito respectivo y ordenando inscribir la resolución en los registros público y agrario cuando fuere necesario (96).

7. El sistema procesal agrario mexicano, pródigo en procedimientos, con acciones muy particulares, de jurisdicción especial, resulta extremadamente huidizo sobre todo porque el haz de elementos dificulta encontrar las grandes líneas para su tratamiento científico, y con ellas, ubicar en forma sistemática el entero sistema; por ésto debe aplicarse una interpretación teleológica para encontrar los principios filosóficos y jurídicos inspiradores, pues sus fines están en el Derecho social y el Derecho procesal social mexicano.

El Derecho social (97), primeramente, en forma suscita, "*no es ni público ni privado, sino una tercera categoría*" (98) producto precisamente

(86) Art. 433 L.F.R.A.

(87) En este sentido FIX ZAMUDIO, H., *Estructuración del proceso agrario*, supra nota 41, ps. 188-89.

(88) Cfr. CHAVEZ PADRON, M., *El proceso social agrario y sus procedimientos*, supra nota 22, ps. 185-91.

(89) Fracción VII del art. 27 de la Constitución Política.

(90) *Ibíd.*

(91) Arts. 367, 368, 369, 370 L.F.R.A.

(92) Arts. 371, 372, 373 L.F.R.A.

(93) Art. 374 L.F.R.A.

(94) Art. 378 L.F.R.A.

(95) Art. 390 L.F.R.A.

(96) Arts. 379, 380, 381, 382, 384, 385, 386, 387, L.F.R.A.

(97) Para un mejor conocimiento del Derecho social véase entre muchos, GURVITCH, G., *L'idée du Droit social* (Ed. Sirey, París, 1932); GRANIZO, L.M., y GONZALEZ, M., *Derecho social* (Reus, 3a. ed., Madrid, s.f.); GARCIA OVIEDO, C., *Tratado elemental de Derecho social* (Ed. Epésa, Madrid, 1948); GURVICH, G., *La declaración des droits sociaux* (Librairie philosophique, J. Vrin, París, s.f.) SAINZ, J.C., *Los derechos sociales* publicado en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 1951; MENDIETA Y NUÑEZ, L., *El Derecho social* (Porrúa, 2a. ed., México, 1967).

(98) MENDIETA Y NUÑEZ, L., *El Derecho social*, *ibíd.*, p. 61.

de esa zona "donde el Derecho público y el Derecho privado se entrecruzan para entrar en una síntesis y formar un nuevo término entre las dos especies" (99). En él encuentran cabida las nuevas disciplinas jurídicas concebidas para la tutela de las clases económicamente más débiles, inspiradas en una más justa distribución de los bienes y valores (100): el Derecho del trabajo, el Derecho agrario y el Derecho de la seguridad social o asistencial (101).

El Derecho social, no obstante las críticas al concepto (102), ha sido ampliamente acogido por la doctrina mexicana, sobre todo para dar contenido científico a la valiosa normativa introducida en la Constitución Política de 1917 en sus artículos 27 y 123 reguladores de la materia jurídica agraria, de la del trabajo y asistencial respectivamente (103); en esta forma, también, el Derecho mexicano ha nutrido institucionalmente esta nueva clasificación jurídica al aportarle la corriente ideológica inspiradora de la revolución mexicana de 1910 y los elementos económicos y políticos adoptados en las otras constituciones del mundo, sobre todo con posterioridad a las guerras mundiales que permitieron la evolución del sistema constitucional de un régimen protecto de los derechos clásicos, individuales o políticos de libertad, a otro, que sin negarlos, introduce los derechos sociales o económicos de libertad.

Al Derecho procesal social —tratado fundamentalmente por FIX ZAMUDIO (104)— le corresponde dar contenido a la normativa del Derecho social. Se caracteriza "por el predominio del interés social" (105) cuya satisfacción obliga a limitar el poder irrestricto de las partes del proceso dispositivo y ubicarse en una posición entre el dispositivo y el inquisitivo (106), lo que implica mayores poderes al órgano jurisdiccional para buscar la igualdad por compensación; se pretende complementar la protección sustantiva con la procesal para equiparar las diferencias de las partes y hacer efectiva la bilateralidad e igualdad de éstas en el proceso (107). En el plano científico la nueva clasificación no rompe con el principio de la unidad procesal, antes bien, delimita un interesante sector del Derecho procesal cuyos principios son más fácilmente identificables, participando siempre de la teoría general del proceso.

El Derecho procesal social, específicamente en materia agraria, presenta como principios procesales los siguientes: la escritura, el principio inquisitivo y la defensa técnica gratuita.

El proceso agrario mexicano se desarrolla siempre en forma escrita, única alternativa institucional al momento de la adopción del sistema procesal agrario, con lo cual se adoptó en línea de máximas el principio de la escritura por la coordinación y conjugación de ese elemento (108) (109).

- (99) GURVITCH, G., *L'idée du droit social*, supra nota 97, p. 161.
- (100) FIX ZAMUDIO, H., *Lineamientos fundamentales del proceso social agrario en el Derecho mexicano*, supra nota 68, p. 376 afirma: "Es cierto que todo derecho, por la misma razón de serlo, es un derecho social (*tubi societatis*, *ibi* penetra profundamente en la entraña misma de la naturaleza del hombre y abandona los esquemas abstractos y formalistas del derecho individual y liberal".
- (101) "No obstante la incertidumbre en cuanto a su contenido, y reconocimiento que el derecho social influye en un gran número de disposiciones de todos los campos y disciplinas jurídicas, podemos concluir que se manifiesta con mayor intensidad en tres sectores claramente determinados: el Derecho del trabajo, el nuevo Derecho agrario y el Derecho de la seguridad social o asistencial" (FIX ZAMUDIO, H., *ibid.*, p. 378).
- (102) La pureza conceptual de este Derecho ha sido criticada por DE PINA, R., *Curso de Derecho procesal del Trabajo* (México, 1952) p. 10 ss. y por CABANELLAS, G., *voz Derecho laboral*, en la *Enciclopedia jurídica Ormeba*, VII, Buenos Aires, 1957, p. 647 y ss. citados por FIX ZAMUDIO, H., *Lineamientos fundamentales del proceso social agrario en el Derecho mexicano*, supra nota 68, p. 375.
- (103) Cfr. ROUAIX, P., *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917* (Porrúa, 2a. ed., México, 1959).
- (104) Véase, principalmente, FIX ZAMUDIO, H., *Introducción al estudio del Derecho procesal social* publicado en el volumen *Estudios procesales en memoria de Carlos Viada* (Instituto español de Derecho procesal, Madrid, 1965) ps. 497-526, en que se ubica dogmáticamente al Derecho procesal social dentro del proceso social, con sus antecedentes y problemática, y además éstos dentro del Derecho mexicano.
- (105) FIX ZAMUDIO, H., *ibid.*, p. 520.
- (106) FIX ZAMUDIO, H., *ibid.*
- (107) FIX ZAMUDIO, H., *ibid.*, p. 521. Véase también COUTURE, E.J., *Algunas nociones fundamentales del Derecho procesal del trabajo*, publicado en *Estudios de Derecho procesal civil*, citado por FIX ZAMUDIO, de donde toma el feliz término "principios de compensación".
- (108) FAIREN GUILLEN, V., *La humanización del proceso; lenguaje; formas; contacto entre los jueces y las partes*, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1977, 2-3, ps. 343-402, 381.
- (109) Este calificativo lo adquiere sobre todo porque las deducciones se verifican en forma escrita. Véase al respecto CALAMANDREI, P., *Oralità nel processo* que es la voz del mismo nombre aparecida en el *Nuovo Digesto italiano*, IX, 1940, ps. 178-80, ahora en *Opere giuridiche* (al cuidado de Mauro Cappelletti) (Morano, Napoli, 1965) I, ps. 450-55, 452.

Se siguió, pues, una concepción política —según se interpreta actualmente (110)— en que el Estado aparece ejerciendo una función pasiva, dejando a las partes en una posición de igualdad no necesariamente existente. La escritura supone la necesidad de un proceso dividido por periodos, en los cuales se debe cumplir un determinado conjunto de actos procesales dando origen al principio de preclusión (111), que puede ser rígido o elástico (112), produciendo como efecto el principio de la eventualidad en virtud del cual se debe cumplir con las exigencias procesales en el momento oportuno (113).

El principio de la escritura fue complementado con el inquisitivo —otro principio presente en el proceso mexicano— en que, a diferencia del proceso común, el órgano agrario tiene posibilidades frecuentes de iniciar y mover el proceso de oficio (114), de recabar las pruebas (115), pero sobre todo dirigir, suplir, complementar el proceso y actuar oficiosamente (116) para la búsqueda de la

verdad cuyos matices sociales obligan muchas veces a buscar la norma jurídica aplicable para la protección de sus intereses (117).

La defensa técnica gratuita para los poblados que gestionen ante la jurisdicción agraria se encuentra institucionalizada en México desde 1921 cuando se creó la Procuraduría de los Pueblos (118), su función fue la de brindar asistencia técnico-jurídica a las partes en el proceso y patrocinar gratuitamente a los poblados que lo soliciten (119). Actualmente este instituto se denomina Dirección de Inspección, Procuración y Quejas, dependiente de la Secretaría de la Reforma Agraria por disposición de la nueva Ley Federal de Reforma Agraria.

La presencia de estos principios procesales en México, desde las primeras décadas del siglo, inspiró muchos otros sistemas procesal-agrarios en el continente, y fuera de éste, cuya influencia aún hoy se manifiesta dada la importancia de su concepción.

- (110) En las opuestas concepciones sobre el proceso escrito y oral "si riflettano due opposte concezioni politiche, o almemo due diversi atteggiamenti del pensiero di fronte all'idea comune della libertà. Nella prima di esse, le parti, che sono titolari degli interessi in contrasto, sono anche riconosciute arbitre della tutela di questi interessi, riducendosi lo Stato a una mera funzione di custode della legalità; nella seconda lo Stato si riconosce una propria funzione di custode nella tutela del diritto che, pur col rispetto assoluto della sua autonomia e quindi del principio dispositivo che anima il processo, deve in questa fase critica della sua vita essere aiutato e sorretto" (SATTA, S., *Diritto processuale civile*, supra nota 24, ps. 235-36).
- (111) FAIREN GUILLEN, V., *Elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento*, publicada en *Anuario de Derecho civil*, 1949, p. 1345 ss. ahora en *Estudios de Derecho procesal* (Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955) ps. 253-80, 266.
- (112) FAIREN GUILLEN, V., *Ibid.*
- (113) FAIREN GUILLEN, V., *Ibid.*
- (114) CHAVEZ PADRON, M., *El proceso social agrario y sus procedimientos*, supra nota 22, p. 33.
- (115) CHAVEZ PADRON, M., *Ibid.*, p. 34.
- (116) CHAVEZ PADRON, M., *Ibid.*
- (117) CHAVEZ PADRON, M., *Ibid.*
- (118) CHAVEZ PADRON, M., *Ibid.*, p. 55.
- (119) CHAVEZ PADRON, M., *Ibid.*