

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

REVISTA  
DE  
CIENCIAS JURIDICO-SOCIALES



VOL. I

DICIEMBRE DE 1957

Nº 2

San José, Costa Rica

DIRECTOR:  
LIC. ALFONSO CARRO Z.

Correspondencia y Canjes, remítanse a:  
"REVISTA DE CIENCIAS JURIDICO - SOCIALES"  
Apartado 3862, San José, Costa Rica, A. C.

# Revista de Ciencias Jurídico - Sociales

VOL. 1

DICIEMBRE DE 1957

Nº 2

## *Sumario:*

|   |     |
|---|-----|
| Lic. FABIO FOURNIER J. -- MESA REDONDA SOBRE EL REGIMEN JURIDICO DE LOS CANALES INTERNACIONALES .....                     | 3   |
| Lic. CARLOS MANUEL COTO ALBAN -- EL DERECHO DE DEFENSA EN EL PROCESO CIVIL .....  | 31  |
| Lic. RODRIGO FOURNIER GUEVARA. -- LA NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES NATURALES .....                                       | 93  |
| Prof. CARLOS MONGE ALFARO. -- COMENTARIOS SOBRE LOS PRIMEROS AÑOS DE EXISTENCIA REPUBLICANA .....                         | 123 |
| Dr. GUSTAVO SANTORO. -- SOCIOLOGIA Y ECONOMIA .....   | 151 |
| Lic. CARLOS MARIA CAMPOS JIMENEZ. -- INVESTIGACION DEL PROCESO DE URBANIZACION EN EL AREA METROPOLITANA DE SAN JOSE ..... | 165 |
| Lic. ALFONSO CARRO Z. -- LA OPINION PUBLICA Y LOS PARTIDOS POLITICOS .....  | 173 |
| Lics. ARMANDO ARAUZ A., JORGE BRENES C., ALVARO VINDAS G. - LA SEGURIDAD SOCIAL EN COSTA RICA .....                       | 191 |
| Lic. FRANCISCO MORELLI COZZA. -- JURISDICCION CONSTITUCIONAL  | 235 |

MESA REDONDA SOBRE EL REGIMEN JURIDICO  
DE LOS CANALES INTERNACIONALES

(Panamá, marzo de 1957)

Lic. FABIO FOURNIER J.  
Decano de la Facultad de Derecho

Nos complacemos en publicar el siguiente Informe que fuera presentado al señor Rector de la Universidad por el Lic. Fabio Fournier J., Decano de la Facultad de Derecho, en relación con la Mesa Redonda celebrada en la ciudad de Panamá, sobre el objeto arriba indicado, en el mes de marzo de 1957. A dicho evento asistió el señor Decano en calidad de representante de Costa Rica.

Señor Rector de la Universidad de Costa Rica  
Presente.

Muy distinguido señor Rector:

A principios de marzo último el Consejo Universitario recibió y aceptó una atenta invitación que le hiciera el Dr. don Diógenes Arosemena, Director de la Escuela de Temporada de la Universidad de Panamá, para enviar un representante a la Mesa Redonda que habría de celebrarse en la ciudad de Panamá a fines de ese mes con participación de delegados de varias universidades latinoamericanas, con el objeto de estudiar la situación jurídica actual de los canales internacionales.

El Consejo tuvo a bien designarme su representante en aquel evento, en vista de ser yo el profesor titular de la Cátedra de Derecho Inter-

nacional Público en la Facultad de Derecho y en tal carácter participé en las actividades de dicha Mesa Redonda, sobre las cuales vengo a rendir hoy el informe del caso.

La Mesa Redonda inició sus labores el día 25 de marzo y las clausuró en la Asamblea pública del 29 del mismo mes.

Asistimos a sus deliberaciones los siguientes delegados:

Por Panamá: Lic. Aquilino Boyd, Ministro de Relaciones Exteriores; Dr. don Ricardo J. Alfaro, Ex-Presidente de la República; Dr. don Harmodio Arias M., Ex-Presidente de la República; Dr. don Octavio Fábrega, Ex-Ministro de Relaciones; Dr. don Diógenes A. Arosemena G., Director de la Escuela de Temporada; Dr. don César Quintero; y Dr. don Felipe Juan Escobar.

Por Chile: Profesor don Ernesto Barros Jarpa, Profesor de Derecho Internacional de la Universidad de Santiago.

Por Cuba: Profesor don Francisco Vicente García Amador, Profesor de Derecho Internacional de la Universidad Nacional de La Habana.

Por Guatemala: Profesor don Carlos García Bauer, Profesor de Derecho Internacional de la Universidad Nacional de San Carlos.

Por Honduras: Dr. don Ernesto Alvarado García, Profesor de Derecho Internacional de la Universidad Nacional.

Por México: Dr. don Raúl Cervantes Abumada, Profesor de Derecho Internacional de la Universidad Nacional; Profesor don Vicente Sáenz, costarricense, radicado actualmente en México.

Por Nicaragua: Dr. don Hernán Zelaya Rosales.

Y Por Costa Rica el suscrito.

En una reunión preliminar los Delegados acordamos permitir el acceso del público a las sesiones para darle la oportunidad de oír los debates que se iban a efectuar sobre uno de los temas de más palpitante actualidad y de interés vital para aquella República. Se convino también en que los delegados contestaríamos las interpelaciones que nos hicieran los asistentes por escrito y al final de cada sesión. Se convino también en que el temario de la reunión, preparada por la Escuela de Temporada, se tomaría únicamente como una guía general de materias a tratar y en que cada participante podría referirse en sus intervenciones a los puntos que le parecieran de mayor interés.

La Mesa Redonda fue presidida alternativamente por los Doctores Arias y Alfaro, por haberlo así decidido los miembros de las delegaciones invitadas.

Las sesiones tuvieron lugar en el amplio y moderno auditorio de la Universidad de Panamá y se realizaron ante un numeroso público que llenó casi totalmente el salón durante las cuatro noches en que se llevaron a cabo las reuniones.

En la primera sesión plenaria el Presidente de la misma, Dr. don Harmonio Arias, después de saludar cordialmente a las delegaciones visitantes, expuso al público que el propósito fundamental de la reunión era discutir con toda amplitud los problemas que han surgido a propósito de la construcción, el uso y la administración de los canales interoceánicos y que los profesores y abogados ahí presentes íbamos a tratar con toda libertad, y desde un plano estrictamente objetivo y científico, los aspectos jurídicos de esos problemas, sin pretender llegar a acuerdos ni a conclusiones en los trabajos de Mesa Redonda.

A continuación hicieron uso de la palabra los Doctores don Ernesto Barros Jarpa, don Francisco García Amador, don Raúl Cervantes Ahumada, don Carlos García Bauer y don Vicente Sáenz.

El primero de ellos hizo una breve pero comprensiva exposición de los principios jurídicos fundamentales que han regulado el uso de los canales internacionales e hizo observar que la existencia misma de muchos pueblos depende del uso libre de dichos canales. Citó en particular el caso de Chile, cuya economía y cuyo progreso se verían fundamentalmente afectados por cualquier situación que limitara el libre uso del Canal de Panamá. En resumen, se pronunció por el respeto a los principios que en lo fundamental equiparan el régimen jurídico de los canales interoceánicos con el de los estrechos que unen mares libres y afirmó que el régimen jurídico en que se funda el uso de los canales afecta la soberanía de los estados en cuyos territorios se construyen, en cuanto otorga derechos a los usuarios y, eventualmente, crea derechos y obligaciones para las entidades e instituciones constructoras de dichos canales y para los estados dueños de los territorios donde éstos son construidos.

El Dr. García Amador expuso en forma clara y concisa la evolución del régimen jurídico de los canales interoceánicos, partiendo de los principios que establecieron desde hace siglos la libertad de los mares. Pero manifestó también que, a su juicio, no sería posible pretender, al menos en la actualidad, establecer un régimen jurídico general para todos los canales internacionales, porque la construcción de cada uno de ellos surge como consecuencia de situaciones de hecho y de derecho muy particulares y en cada caso son distintas las posiciones del estado dueño del territorio y del estado o de la entidad constructora del canal. Que en realidad no se puede pretender un sistema uniforme para canales que han surgido de una casuística muy variada, pues tales obras se construyen a veces en virtud de tratados celebrados entre el estado dueño del territorio y el estado constructor, como sucedió con el de Panamá, o entre el estado propietario del suelo y una entidad o compañía particular, como en el de Suez, mientras en otros casos los canales han sido abiertos por la propia nación dueña del territorio, como ocurrió con los de Corinto y Kiel.

El Dr. Cervantes Ahumada expuso su criterio de que en el régimen de los canales internacionales deberían definirse principios y normas que salvaguardaran los derechos soberanos de los estados cuyos territorios quedan partidos por canales internacionales y en el caso concreto del Canal de Panamá se pronunció en el sentido de que la situación jurídica existente entre aquella república y los Estados Unidos deberá ser

revisada para que Panamá pueda recobrar el uso de aquellos elementos de su soberanía que le habían sido limitados indebidamente por el tratado Hay-Bunau-Varilla.

El Dr. García Bauer se pronunció por el respeto a los principios clásicos que regulan el uso de los canales internacionales e ilustró su brillante disertación con algunos antecedentes que han venido a clarificar la aplicación de esos principios y en especial el fallo de la Corte Permanente de Justicia Internacional de La Haya dado en Agosto de 1933 sobre el uso del Canal de Kiel en conexión con el barco Wimbledon. Llamó la atención del Dr. García Bauer sobre el punto de que, para el correcto análisis de aquellos antecedentes y de las situaciones actuales, deberíamos ponernos de acuerdo sobre lo que cada uno de los participantes entendía por los derechos soberanos de un estado, pues el concepto de soberanía había sido interpretado históricamente de muy distintas maneras y aun en la actualidad ese término se prestaba a muy diversas interpretaciones. Recordó que ese concepto ha venido sufriendo una trascendental evolución y hoy día no puede concebirse la idea de soberanía como la definieron los constituyentes franceses en 1793, es decir, como el poder del Estado que es imprescriptible, intransferible e indivisible, pues dentro de los modernos principios del Derecho Internacional Público ningún estado puede pretender tener un poder absoluto de tal naturaleza. Si así fuera no podría existir el Derecho Internacional porque en la vida de relación entre los Estados las normas de convivencia y de armonía esenciales sólo pueden establecerse eficazmente cuando éstos subordinan su acción a los principios superiores del interés de la comunidad internacional. Y en el caso concreto de los canales internacionales ha de admitirse que, al suscribirse los tratados para la construcción de los mismos o por el simple hecho de la apertura de un curso de agua que une dos mares libres, se limita la soberanía del estado ribereño en beneficio de los usuarios, que lo son todos los miembros de la comunidad internacional.

Don Vicente Sáenz analizó toda la historia de las negociaciones canaleras entre los Estados Unidos y Panamá y varios hechos de la política de los Estados Unidos en relación con la América Latina que produjeron en el pasado profundos resentimientos en las naciones latinoamericanas. Aportó datos para demostrar las elevadas entradas que produce el Canal y la participación mínima que de ellos recibe Panamá. Apoyó la tesis de la delegación panameña de que ese país está en el derecho de recobrar la plena soberanía de la Zona del Canal y de conseguir un reajuste de los términos de los tratados vigentes en lo referente a la distribución de utilidades que deja a los Estados Unidos la operación de esa obra.

En las siguientes sesiones se continuó el estudio de los diversos temas que comprendía la convocatoria.

Los delegados panameños, doctores Fábrega, Quintero y Escobar expusieron sus puntos de vista con respecto a la situación jurídica del Canal de Panamá. La más importante de sus alegaciones fue la de que su país, no podía haber enajenado legalmente su soberanía sobre la parte del territorio donde se construyó el canal, puesto que había conservado la propiedad de aquella zona.

El Dr. Fábrega expresó su esperanza de que los asistentes a la Mesa Redonda, al analizar el caso del Canal de Panamá, se apartaran de las fórmulas tradicionales del Derecho Internacional que establecen la inalterabilidad de los tratados, pues debíamos tomar en cuenta que aquel país, al suscribir el tratado Hay-Bunau-Varilla, lo hizo en marcadas condiciones de inferioridad y de indefensión, de modo que fue fácil a los Estados Unidos imponer injustas y gravosas limitaciones a la soberanía panameña. Terminó su exposición manifestando que él esperaba que en la Mesa Redonda surgieran criterios nuevos, expuestos con claridad y valentía, para tratar de buscar la corrección de tratados internacionales impuestos a los países débiles mediante el abuso de la fuerza política o económica de los estados poderosos.

El Dr. Quintero analizó la historia de los distintos convenios celebrados por su país con los Estados Unidos para la construcción y operación del Canal de Panamá e insistió en la tesis de que Panamá debía recobrar la soberanía plena sobre la zona canalera, pues las limitaciones impuestas a esa soberanía por el primer tratado resultaban inaceptables dentro de las modernas tendencias del Derecho Internacional.

El Dr. Escobar se refirió principalmente a la actitud que ha de adoptar su país para prepararse a nuevas negociaciones con los Estados Unidos en lo que al problema canalero se refiere, e hizo énfasis en que la nación panameña debería actuar con toda dignidad frente a la gran nación norteamericana para demostrar que era acreedora a que se le oyera en sus justas reivindicaciones. Hizo una crítica fuerte a la política interna de su país y sostuvo que mientras los vicios y defectos que apuntaba no fueran corregidos por la ciudadanía y por los hombres directores de la política local, la tesis panameña no sería oída con el debido respeto por la otra parte interesada ni por la comunidad internacional. Insistió en que su país debía adoptar una posición seria en la discusión de sus derechos, eliminando actitudes y gestos demagógicos.

El Dr. Alvarado, delegado de Honduras, se pronunció en el sentido de que en el estudio del régimen de los canales internacionales han de tomarse en cuenta, fundamentalmente, los derechos de los usuarios y de que esos derechos merecían la máxima preocupación de la comunidad de naciones y del Derecho Internacional, pues en lo referente a las relaciones entre el estado dueño del territorio donde se construye un canal y la empresa o la nación constructora, el problema se circunscribía a la interpretación de los términos de los tratados internacionales o de los contratos concesiones suscritos entre las partes, asuntos que venían a resultar de interés particular de las mismas, mientras que los derechos de terceros no tenían más protección que la que les garantizan las normas generales del Derecho Internacional Público.

El señor Delegado de Nicaragua no pudo asistir a las reuniones por razones de salud y se limitó a enviar una exposición escrita en que consignaba sus puntos de vista con un criterio similar a lo expresado por el profesor Barros Jarpa.

Lamento que, por no haberse publicado todavía la memoria que ha preparado la Universidad de Panamá de las labores de la Mesa Redonda,



mis referencias sobre las intervenciones de los demás delegados sean tan breves y fragmentarias. Me preocupa pensar que haya mal interpretado o consignado en forma incompleta las ideas principales expuestas por ellos, pues para preparar este informe sólo he tenido a mano la transcripción de mis intervenciones en la Mesa Redonda, hecha por los empleados de la Escuela de Temporada, y las anotaciones que hice durante los debates y que me sirvieron para preparar mis intervenciones. Por la misma razón, y no por darle especial preferencia a mi trabajo, es que paso a transcribir la reconstrucción de las tres exposiciones que hice en la Mesa Redonda, pidiendo disculpas por no haber podido referirme con igual extensión y amplitud a las intervenciones de los demás delegados, muy superiores a las mías en forma y contenido.

(27 de marzo)

Señor Presidente, señoras y señores:

Sean mis primeras palabras de sentida emoción para agradecer las frases con que el Dr. Alfaro me presenta a esta asamblea y, en un deseo de ahorrar tiempo y de ir directamente a lo que es materia de esta Mesa Redonda, paso de inmediato a tratar de conectar mi conversación de esta noche con las exposiciones brillantes de los doctos juristas que me han precedido en estas discusiones.

Se ha hecho hoy un enfoque histórico y hemos oído en las sesiones anteriores, tanto en las privadas como en las públicas, interesantes análisis jurídicos del problema. Se han señalado los puntos salientes del mismo: los intereses en conflicto, las discrepancias de criterio y los principios que parecen haberse consolidado en la teoría general del Derecho de Gentes con respecto al servicio internacional que prestan los canales interoceánicos. Con mano maestra mis antecesores en esta tribuna han trazado el boceto del problema, planteando los puntos principales del debate y definiendo, con lineamientos firmes, las sombras y las luces del cuadro. Han quedado, sin embargo, algunos vacíos y algunas interrogantes y es a ellos a los que me voy a referir con especial interés. Anoche el Dr. García Bauer formuló una serie de preguntas inquietantes y hoy el Dr. Fábrega nos apremia con un requerimiento para que nos pronunciemos con decisión y valentía sobre algunos aspectos de palpante actualidad en el Derecho Internacional Público. A ese esbozo fuerte yo podré agregar bien poco, como no sea el claro oscuro de mis dudas, de mis vacilaciones, de mis propias limitaciones, tal vez alguna tímida sugerencia y sobre todo, preguntas y más preguntas.

A mi entender dos afirmaciones han adquirido una especial vivencia en la reunión de anoche para el enfoque del problema: Primera: Que los principios jurídicos que se aplican hoy a los canales interoceánicos son una extensión de los que imperan desde antiguo en el Derecho Internacional Público sobre el libre uso de los mares; y, Segunda: Que ese régimen jurídico afecta la soberanía de los Estados en cuyo territorio se construyen los canales, porque otorga derechos permanentes a los usuarios y, eventualmente, porque reconoce derechos y obligaciones recíprocas consignados en los convenios suscritos entre la entidad constructora y el Estado ribereño. Pero, ¿es que esos principios, —que el Dr. Barros Jarpa nos definía anoche con la claridad y la precisión extraordinarias que caracterizan su labor de cátedra dedicada por muchos años al servicio de las juventudes de su país—, tienen realmente una aceptación completa y una vigencia general en el mundo de nuestra época?

Para analizar debidamente el punto, veamos algunos casos históricos. El Dr. García Bauer se refirió ayer al caso del Wimbledon, el barco que provocó una controversia sumamente interesante del Derecho Internacional Público, cuando su capitán quiso pasarlo por el Canal de Kiel, llevando a bordo un cargamento de material de guerra destinado a Polonia, nación que estaba en aquellos momentos en guerra con Rusia. El Gobierno alemán negó el paso al barco alegando que, aun cuando el Tratado de Versalles había declarado abierto el Canal al servicio inter-

nacional, sin restricciones, el tránsito de aquel material de guerra ponía en peligro la neutralidad del país. Tratadistas de tanto renombre y autoridad como Strupp acogieron la tesis del Gobierno alemán, pero en cambio la Corte Permanente de Justicia Internacional de La Haya, en sentencia dictada en agosto de 1923, adoptó un criterio totalmente distinto al de aquel ilustre tratadista y falló el caso resolviendo que, bajo el nuevo régimen jurídico establecido por el Tratado de Versalles, el Canal de Kiel había quedado abierto y en un pie de igualdad para los barcos mercantes y de guerra de todas las naciones. Y agregó que, cuando una vía de agua artificial que comunica dos mares libres se dedica permanentemente al uso del mundo entero, el régimen jurídico de tal vía queda asimilado al de los estrechos naturales y el paso de barcos de guerra no compromete, aunque éstos sean beligerantes, la neutralidad del Estado ribereño. Aquí tenemos, pues, un caso en nuestra propia época en que un principio tan claramente aceptado por la Corte de La Haya y por la mayoría de los tratadistas fue contestado por un gobierno y que la opinión de ese gobierno tuvo el respaldo de Strupp y de otros connotados internacionalistas. Poco tiempo después, en 1936, el Gobierno de Hitler denunció las cláusulas del Tratado de Versalles, desde el artículo 80 hasta el 86, que imponían a Alemania la obligación de permitir el libre tránsito por el Canal de Kiel. Y Alemania alegó para justificar esa denuncia que aquel Tratado le había sido impuesto por la fuerza y que por lo tanto el Reich alemán desconocía la validez de dichas cláusulas.

Independientemente de la discusión sobre la validez del Tratado y sobre la forma como la obligación de paso por el Canal de Kiel le fue impuesta a Alemania, estaba el hecho concreto de que aquella vía unía dos mares libres y había permanecido durante largo tiempo al servicio del mundo entero. Este sería un caso en que, por la razón del transcurso del tiempo y del servicio prestado sin interrupción, diríamos, tanto en el Derecho Civil como en el Derecho Internacional, que se había consolidado una servidumbre de interés público en virtud de prescripción adquisitiva, por la realización de un servicio colectivo sobre un bien determinado. Y como el canal unía dos mares libres quedaba cubierto por el concepto clásico de que en tales circunstancias le era aplicable el régimen jurídico de los estrechos naturales.

Tenemos, además, el caso reciente del Canal de Suez. La negativa del Gobierno del señor Nasser de abrir de nuevo el Canal al servicio mundial mientras hubiera un solo soldado de Israel en territorio egipcio, era en realidad un acto que condicionaba y, digámoslo más claro, que suprimía los derechos de los usuarios por la sola voluntad de la nación en cuyo suelo se había construido el Canal.

Por eso la pregunta: ¿es que realmente estos principios que ayer parecían tan claros tienen hoy una aceptación universal y permanente? Pareciera que es la opinión generalizada entre los internacionalistas, como dice la Corte de Justicia Internacional de La Haya, que el principio tiene plena vigencia en la teoría del Derecho Internacional. Pero vemos en casos prácticos que la teoría es contradicha por algunos estados y no pocos tratadistas.

Otras preguntas surgen como consecuencia: ¿Por qué no se ha dado una aceptación completa y general a normas que nos parecen tan lógicas y tan satisfactorias para la comunidad de naciones? ¿Por qué no existe un sistema eficiente para hacer que principios tan lógicos y tan justos tengan una aplicación efectiva en cada caso? ¿Por qué no se ha creado todavía el organismo competente que teniendo a mano tales principios de justicia y de equidad los convierta en realidad vivida en todos los estados?

Es cierto que podemos señalar de inmediato por qué los canales interoceánicos no pueden estar sometidos a un solo estatuto, a una sola norma o a un solo criterio jurídico. En realidad cada uno de esos canales ha sido planeado, construido y después dedicado al servicio de las naciones por alguno de tres procesos distintos. Tenemos primero los canales de Kiel y de Corinto. Los construyeron Alemania y Grecia, respectivamente, con sus propios recursos y mantuvieron su soberanía sobre ellos. En ambos casos no se dividió ninguno de los elementos de la relación jurídica. Después, al legislar aquellos estados sobre el uso de esos canales, se presentaron distintas situaciones: Grecia puso su Canal al servicio del mundo; Alemania lo cerró a la navegación internacional. Pero por lo menos en su origen tenemos dos canales cuya construcción se llevó a cabo en idénticas condiciones jurídicas.

El segundo caso es el de Suez. El Khedive de Egipto, por los firmans de 1854, 1856 y 1866, concedió a una compañía privada el derecho de construir un canal. Y no fue sino años más tarde que la comunidad de las naciones usuarias del canal, en negociaciones con Egipto y con el Estado soberano, que era el Imperio Otomano, pidió garantías para el uso libre del Canal de Suez en el plano político internacional. El caso es esencialmente distinto de los dos anteriores.

Y, finalmente, tenemos el caso del Canal de Panamá en que la construcción no se realiza ni por el Estado dueño del territorio, como ocurrió con los Canales de Kiel y de Corinto, ni por una compañía extranjera que trata bajo la jurisdicción de las leyes del Estado dueño del territorio, como en el caso del Canal de Suez, sino que la obra es planeada y realizada por una nación extranjera y entonces se produce una relación jurídica directa entre dos entidades políticas soberanas.

Es cierto que existen esas diferencias básicas en los procesos de construcción de los canales mencionados. Pero cabe preguntar para seguir el análisis de este aspecto del problema: ¿Es que aquellas diferencias afectan el principio general de que los canales que unen mares libres, una vez que han sido dedicados al servicio internacional, quedan equiparados al de los estrechos que unen también mares libres, en cuanto a su régimen jurídico se refiere? No he encontrado todavía un argumento de peso que me convenza de que esas diferencias que pueden ocurrir en cuanto al proceso seguido en la construcción de tales obras justifican que aquel principio deje de ser aplicado en algunos casos. Pareciera que nadie puede negar con razones jurídicas la bondad y la conveniencia, en toda circunstancia, de aquel principio que garantiza los derechos de los usuarios.

Y convendría saber si alguna vez en el pasado se trató de establecer un sistema jurídico que consagrara aquellos principios cuya validez intelectual y lógica nadie puede negar, pero cuya validez en la práctica, como queda demostrado en los casos anteriores, fue desconocida unilateralmente por Alemania y por Egipto. En efecto, ese ensayo fue llevado a cabo, pero se malogró. En enero de 1883, cuando sólo existía el Canal de Suez y antes de que se construyera ninguno de los demás canales que hemos citado, el Gobierno inglés se dirigió a los de Francia, Italia, Alemania, Austria, Hungría, Rusia, Países Bajos y Turquía pidiéndoles que convinieran en celebrar una reunión para discutir el status internacional del Canal de Suez y para fijar su régimen jurídico.

Las reuniones y las negociaciones previas se prolongaron hasta el año 85, sin llegar a resultados concretos. Y es curioso observar al revisar los antecedentes, como lo hace el tratadista argentino Carlos Calvo en su magnífica obra "El Derecho Internacional Teórico y Práctico", escrita precisamente en aquellos años, que cuando se compara el proyecto de bases para una convención sobre el canal presentado por la delegación francesa con el proyecto de la delegación inglesa, casi se encuentra el lector frente a dos textos idénticos. Hay párrafos en que parece que una delegación copió a la otra. Y sin embargo, ingleses y franceses no se pusieron de acuerdo porque había entre ambos proyectos una discrepancia, mínima al parecer para nosotros y en nuestra época, pero enorme y trascendental para aquellos dos Estados si se la considera en relación con los distintos objetivos que aquellas naciones perseguían en sus respectivas políticas internacionales. Inglaterra se negaba rotundamente a admitir que el Canal de Suez fuera sometido a un régimen de control internacional, mientras que Francia abogaba por la creación de un organismo formado por los países interesados que garantizara los derechos de todas las partes. La actitud inglesa parece contradictoria porque, como dije antes, fue Inglaterra la que convocó y pidió, la reunión de aquella Asamblea para negociar un acuerdo con los demás Estados, esperando que éstos coincidieran con sus puntos de vista en cuanto al libre uso del Canal de Suez. Pero la delegación francesa fue aún más lejos y presentó un contraproyecto que en uno de sus párrafos establecía, más o menos, que para fijar aquellas garantías, para mantenerlas estables y permanentes durante toda la vigencia de la concesión, era necesario que los Estados usuarios del Canal, en ese caso representado por las Grandes Potencias que la propia Inglaterra había convocado, tomaran el acuerdo de mantener elementos militares estacionados permanentemente en los puertos en ambas entradas del Canal, para formar una Comisión que vigilara por el estricto cumplimiento de aquellas garantías.

Y lo interesante del caso es que Turquía y Egipto estaban totalmente de acuerdo con el plan francés. Recordemos que en 1875, siendo Disraeli Primer Ministro de la Reina Victoria, compró al Khedive de Egipto el lote de acciones que le había sido asignado a este Príncipe en la compañía del Canal de Suez, para entregarlo como un obsequio a su soberana en la fecha del aniversario de su nacimiento, con lo cual se aseguró Inglaterra el control de la citada compañía y estableció un pro-

tectorado virtual sobre el Egipto. Ahora bien: la aceptación del plan francés representaba para Egipto una forma de recobrar parte de su autonomía o al menos de ponerse bajo la protección internacional frente a Inglaterra. Y esta es la razón por la cual, a pesar de la similitud de los textos y a pesar de la similitud de los fines de ambos proyectos, no fue posible que las delegaciones francesa e inglesa se pusieran de acuerdo. Y ahí se puede decir que fracasó entonces y hasta el presente, la idea de la internacionalización del Canal de Suez en una forma efectiva que pudiera evitar actos como los que acabamos de presenciar en los últimos meses.

Se me dirá: pero en 1888 se firmó al fin una convención y en esa convención estuvieron de acuerdo todos los países que participaron en las negociaciones anteriores. Es cierto. No pudiendo la demás naciones dominar la resistencia inglesa, se llegó finalmente a una fórmula de transacción y avenimiento y entonces se convino que se encargaría a los diplomáticos de las grandes potencias acreditadas en El Cairo velar por el estricto cumplimiento de las garantías otorgadas a los usuarios en dicha Convención.

Pero era más práctico el objetivo que la fórmula francesa buscaba, ya que consistía en la creación de un organismo internacional estable y permanente que, actuando en el terreno, vigilara por el estricto cumplimiento del Tratado y de las garantías que él implicaba. De acuerdo con la nueva fórmula consignada en la Convención de 1888 podía ocurrir, como ocurrió hace pocos meses, que a la hora de un conflicto entre las partes no estuvieran presentes en El Cairo los representantes diplomáticos de algunas potencias y entonces no pudieran actuar en defensa de los derechos que el Tratado del 88 les otorgaba, ni existía en la zona del canal una fuerza militar que impusiera el respeto a los derechos de los usuarios. Es así como esos propósitos de establecer garantías efectivas para el libre uso del Canal fracasaron o comenzaron a fracasar en el período comprendido entre 1883 y 1888. Oigamos lo que el profesor Calvo dice con referencia a esta materia: "El propósito francés reposaba sobre el principio de intervención colectiva en el Egipto e implicaba una garantía internacional que autorizaba la presencia de delegados de las potencias estacionadas en ambas entradas del Canal. La mayoría de la Comisión pensó que una exposición que recogiera las prescripciones del Derecho Internacional corría el riesgo de convertirse en letra muerta si no se agregaba la sanción correspondiente. Es por eso que ella ha sugerido la creación de un órgano internacional encargado de velar, en el terreno mismo, por la aplicación regular de las reglas convencionales adoptadas por las potencias".

Durante estos debates el Presidente de la Comisión decía lo siguiente: "De un lado se ve al representante de una sola potencia; del otro se agrupan los delegados de todas las demás; a éstos se unen los mismos representantes de la autoridad territorial, Egipto, y de la potencia soberana, Turquía; que por consideraciones con la comunidad y con una amplitud de vista a las cuales la Comisión rinde voluntario homenaje, no duda en imponerse una semejante servidumbre".

Inglaterra pensaba, probablemente, que su situación política con respecto al Egipto y su gran poder naval de entonces, expresado por el viejo lema: "Britania gobierna los mares", se iban a mantener a perpetuidad. Pero hemos sido testigos en este siglo de grandes cambios en la situación política mundial. Hemos visto cómo el poder de las naciones se acrecienta o disminuye en pocos años y como la Historia se burla de los poderosos de un momento, haciéndoles venir a menos y a veces arrebatándoles el predominio y la fuerza política de que otrora se vanagloriaron. De ahí el interés de los tratadistas y los estudiosos del Derecho Internacional porque estos postulados jurídicos adquieran una vigencia permanente, respaldada por una fuerza superior a la de las armas de los Estados y a la de las contingencias de la política.

Es muy probable que si el organismo propuesto por la delegación francesa se hubiera constituido y tenido éxito, si no hubiera dependido la situación del Canal de la sola garantía de Inglaterra, mediante el protectorado que aquella gran potencia ejercía de hecho sobre Egipto, la Comisión Internacional del Canal de Suez estaría hoy en vigor. Es posible que ese organismo se habría ido transformando a través de las dos guerras mundiales y a través del progreso y de la evolución del Derecho Internacional Público. Y es posible que su estructura, sus procedimientos y sus medios habrían adquirido caracteres de juridicidad cada vez más perfectos y que hoy esa Comisión formaría parte de la Organización de las Naciones Unidas, como ocurrió con la Corte de Justicia Internacional de La Haya, que en sus comienzos fue un organismo autónomo, y como ocurrió también con la Organización Internacional de Trabajo, creación de la Liga de las Naciones, que después fueron incorporadas a la Nueva Organización Mundial. La necesidad internacional de aquella Comisión era evidente y, si hubiera sido creada y operado eficazmente, es muy probable que se habría convertido en un organismo jurídico de primordial importancia en las relaciones internacionales de nuestra época.

Es lógico creer que ese organismo habría prevenido los conflictos actuales o los habría resuelto con alta jerarquía jurídica, probablemente reconociendo derechos inalienables del Egipto, pero consagrando también los derechos de las otras partes en cuestión, que no podemos perder de vista en este momento. Es de creer también que ese organismo habría ejercido una influencia trascendental en el régimen jurídico de los otros canales que se construyeron posteriormente. Y que al evolucionar los criterios políticos que privaban en 1888 hacia una efectiva equidad en las relaciones internacionales, hacia un respeto a las distintas soberanías envueltas en cualquier relación jurídica, aquel organismo habría realizado una labor satisfactoria y acorde con las nuevas tendencias del Derecho Internacional, que habría influido decisivamente en el desarrollo de otros procesos jurídicos y políticos relacionados con otros canales interoceánicos.

Se podrá decir que me dejo llevar al terreno de las especulaciones sobre lo que pudo hacer o no hacer aquel organismo que se quedó en proyecto. Pero mi intención es demostrar que lo que no se logró en 1888, aún puede realizarse para el futuro, y esto es importante.

Ayer nos decía el Dr. García Amador que no sería posible a ningún Estado o a un grupo de Estados, —creo que ese fue el sentido de sus palabras—, establecer un régimen jurídico uniforme para todos los Canales Internacionales, porque la construcción de cada uno de ellos se originó de una situación particular, de la acción independiente del Estado dueño del territorio o de la acción combinada entre el Estado dueño del territorio y una entidad constructora, que bien pudo ser otro Estado o una compañía privada.

Esto que nos decía el Dr. García Amador es exacto, es la verdad histórica. Sin embargo, debemos considerar si el futuro ha de orientarse por las mismas normas y por los mismos sistemas que se siguieron en Suez y en Panamá y aquí mi pensamiento coincide en mucho con el del Dr. Fábrega. Es posible que la construcción de algunos canales siga por el camino de la contratación abierta, libre y particular entre dos Estados, en la cual cada parte tratará de defender sus derechos como mejor pueda; pero también es posible esperar fórmulas y sistemas más satisfactorios desde un punto de vista jurídico.

Pero antes de ir más lejos en el terreno especulativo, cabe preguntar para no apartarnos de las realidades: ¿Serán necesarios nuevos canales? Ayer fui al Canal a verlo funcionar, algo que ya muy pocos panameños hacen. Y estuve ahí como el niño deslumbrado ante un gran juguete eléctrico, viendo por largo rato el movimiento de aquella obra colosal. Con curiosidad casi infantil vi entrar y salir barcos y en muy poco rato vi pasar cuatro grandes unidades de distintas banderas y vi otras muchas listas para cruzar también las esclusas. Y pensaba: si alguien pudiera remontarse a una enorme altura y observar el planeta desde la estratosfera vería innumerables barcos que arrumban por el este o por el oeste hacia el Canal de Panamá, mientras otros muchos se dirigen al de Suez. Y año con año esas flotas se aumentan y el tránsito ya comienza a congestionarse. Panamá podrá resolver el problema que se inicia de la falta de capacidad del Canal, probablemente con la ayuda de los Estados Unidos, ensanchando la anchura de esa vía.

Ya hoy se considera necesario ampliar las facilidades del Canal de Panamá en vista del rápido aumento del tráfico marítimo. Lo mismo se puede pensar con relación al Canal de Suez. ¿Y quién nos puede decir lo que ocurrirá dentro de diez años? ¿Serán suficientes esas ampliaciones? ¿No será necesario que México también contemple la posibilidad de realizar el histórico proyecto de abrir el Canal de Tehuantepec? ¿No será necesario que un día Nicaragua y Costa Rica, por las vías del derecho, y no por las vías de las sorpresas a que se refirió mi compatriota el Profesor don Vicente Sáenz, se pongan de acuerdo para permitir que se abra una nueva ruta canalera por donde hoy corre el río San Juan, convirtiendo así en realidad el sueño de aquellos conquistadores españoles que creyeron posible unir por ahí los océanos en que navegaban las naves de Castilla? ¿No será necesario que se abran otras rutas canaleras en Colombia y Panamá? Y a través de Israel, ¿no se necesitará abrir tarde o temprano un nuevo canal? No podemos descartar esas posibilidades como simples quimeras, en vista del desarrollo enorme del comercio que ha de producirse en los años y siglos venideros



mediante el aprovechamiento de la energía atómica, que facilitará y ampliará la navegación por todos los mares y la utilización de los recursos naturales de todos los suelos. Es muy posible que algún otro canal se construya durante la existencia de muchos de nosotros, pero al llegar a este punto surge la pregunta: ¿Querría el Estado dueño del territorio donde una tal obra fuere factible y necesaria, tratar con alguna gran potencia en las circunstancias en que se vió obligado a contratar Panamá en 1903? ¿Querría algún Estado negociar sobre las bases en que trató el Khedive de Egipto con la Compañía del Canal de Suez, y después con las grandes potencias en 1888? ¿Aceptaría ese Estado ir a la negociación directa en que se impone la fuerza de la parte que dispone de mayor poder político, económico y militar? Probablemente no.

Además, se presentan otros aspectos de la cuestión que debemos analizar. El interés del Estado dueño del territorio no consiste únicamente en obtener grandes ventajas económicas en la negociación de un tratado canalero. Hay también la preocupación del Estado que conviene con una gran potencia en la construcción de un canal interoceánico en su territorio, de verse envuelto en las guerras en que aquélla tome parte y correr por ello el riesgo de su propia existencia. Todos estos problemas tendrían adecuada solución si el régimen de los canales internacionales fuera establecido por un organismo internacional de gran autoridad. Ese organismo garantizaría los servicios y haría o supervigilaría la administración de las empresas. No importaría entonces en cada caso que el constructor haya sido una potencia extraña o una empresa particular, ni que obtenga grandes ganancias de los dineros invertidos para la realización de la obra. Lo importante sería que los conflictos de soberanía y demás problemas que se presentaran entre los países interesados serían resueltos por una alta jerarquía jurídica, que de seguro llenaría a cabalidad su cometido de hacer justicia a las partes y de mantener la armonía entre ellas.

¿Cómo podría organizarse tal sistema? ¿De dónde surgiría ese organismo?. De quién recibiría la autoridad necesaria para actuar como entidad jurídica, con potestad suprema para dirimir los problemas entre los Estados? Son difíciles las respuestas. Se me ocurre pensar que en la actualidad solamente la Naciones Unidas podrían crear tal organismo. Comprendo que el desarrollo de esta idea tropezaría con problemas y dificultades muy graves en vista de los profundos desacuerdos que existen entre las grandes potencias para producir fórmulas concretas y eficientes en asuntos de vital interés internacional. Fue lástima que se perdiera aquella ocasión histórica que hemos citado antes. Fue lástima que conflictos como el de Suez no hubieran sido previstos en la Conferencia de San Francisco, porque es muy probable que entonces las grandes potencias se hubieran hecho cargo del problema, en momentos en que tenían más interés que ahora en arreglar sus diferencias. En San Francisco se crearon, junto a los cuerpos centrales de la Organización Internacional, que son la Asamblea General, el Consejo de Seguridad y la Secretaría General, otras instituciones tales como el Consejo Económico y Social, con la misión de estudiar las perturbaciones sociales, económicas y políticas de la Humanidad para mejorar las condiciones

de vida de los hombres de todas las latitudes, y el Consejo de Administración Fiduciaria, encargado de velar por los derechos de los pueblos sometidos al régimen de mandatos internacionales. Del mismo modo, es muy posible que se hubiese decidido en aquella Conferencia que los canales interoceánicos, para llenar mejor su cometido, debían ser puestos bajo la tutela o la vigilancia de un organismo especializado, con lo que habría quedado consagrado el principio de la internacionalización y se habrían logrado las garantías del libre tránsito y otras necesarias para salvaguardar los derechos de los usuarios y demás partes interesadas.

Este Consejo administrativo y regulador del uso y aprovechamiento de los canales y tal vez de otros bienes, intereses y servicios internacionales, podría haberse formado en aquel momento, sin violencia y sin las tremendas dificultades que se presentan en la actualidad.

Pero no debo perderme más imaginando lo que pudo ser, pero no fue. Urge contestar las preguntas: ¿Qué hacer con los casos pendientes? ¿Cómo resolver los problemas actuales? Aquí francamente no queda más que decir: no sé las respuestas y creo difícil que en estos momentos de tensión internacional sea posible dar a los estadistas de Francia, de Inglaterra, de Israel o de Egipto la fórmula o el consejo apropiado para la solución de sus problemas, pues la situación para esos países está planteada ahora en el campo de lo político y no en el de los principios del Derecho. Depende del tacto y la suerte de las naciones el encontrar la fórmula que resuelva la aguda crisis del momento. No creo que sea posible que un organismo internacional como el que he sugerido antes pueda ser creado por las Naciones Unidas con competencia sobre el caso de Suez, porque Egipto y las naciones árabes se opondrían decididamente al proyecto y contarían con el respaldo de Rusia y otras naciones. Dicho organismo habría de crearse con un programa hacia el futuro, hacia los nuevos intereses que puedan surgir, hacia los nuevos canales que tarde o temprano han de ser construidos. Por otra parte, no podría imaginarse que las atribuciones de dicho organismo o las resoluciones que él dicte tengan efectos retroactivos sobre contrataciones y situaciones ya existentes.

Confío, sin embargo, en que si tarde o temprano la comunidad internacional crea una institución de esa naturaleza, el nuevo organismo ejercerá gran influencia en la solución de los problemas preexistentes, por la fuerza que tienen las ideas, por la fuerza que tiene la razón, por el respeto que siempre inspira un ejemplo de equidad y de justicia.

Es cierto que es muy difícil por ahora encontrar la fórmula justa para resolver el caso de Suez o para problemas como los que confronta Panamá, pero sí podemos analizar las causas y los conflictos de soberanía que en ambos casos se plantean. Pero al llegar a este aspecto del problema, el Dr. García Bauer nos llamaba ayer la atención sobre un punto importante y nos decía: "antes de ir adelante en este análisis pongámonos de acuerdo sobre lo que es soberanía. ¿Es que estamos discutiendo sobre la misma palabra, sobre el mismo concepto? ¿Es que estamos examinando valores que en la mente de cada uno de nosotros tienen los mismos contornos definidos, la misma transparencia y la

misma claridad?" En verdad que no, porque si aceptamos la idea de la soberanía de los Estados con el criterio de los autores de la Constitución Francesa de 1791, que hablaban de una soberanía inalienable, indivisible e imprescriptible, de una soberanía absoluta, total, en manos del pueblo francés, que no podía ser comprometida en forma alguna, no podríamos estar cambiando aquí impresiones como internacionalistas, porque la soberanía así concebida era intocable, era indeclinable y entonces ningún país podría limitarla sometándose a un sistema jurídico internacional, de aplicación general y obligatoria, ni comprometerla en un Tratado, ya que no hay convenio internacional que, al estipular obligaciones para los Estados, no limite al mismo tiempo la soberanía de los mismos.

Pero si seguimos criterios más modernos, encontramos una noción de la soberanía muy distinta. Recientemente en la Constitución de la Cuarta República, Francia nos da otro ejemplo de su intuición y su genio jurídicos, al admitir que la soberanía del pueblo francés puede ser limitada por los acuerdos que la República firme para garantizar la paz y la seguridad internacionales. Así, para el francés de nuestra época ya el concepto de la soberanía no es aquel del revolucionario del 89; es una soberanía flexible y sometida a un derecho supranacional, soberanía que se puede comprometer y que se debe comprometer en determinadas circunstancias. En este punto entramos al terreno de la Filosofía del Derecho. ¿Qué es, desde el punto de vista filosófico, la soberanía de un Estado? En cualquier forma en que la imaginemos, la concebimos como el conjunto de atributos del Estado, el conjunto de sus poderes, de sus facultades; es la acción del Estado desplegada en lo interno y en lo externo; es su acción para formarse, autonormarse, para darse su constitución y, como complementos de su ley constitutiva, sus códigos, sus leyes y sus reglamentos. Pero es también la acción del Estado más allá de sus fronteras, en relación con los demás Estados, contratando, comprometiéndose o defendiendo sus derechos, defendiendo a veces el derecho ajeno. En todo ello está la función soberana del Estado, su poder en acción. La podríamos concebir como su poder ser, su poder actuar; si se quiere un concepto aún más nuevo, su deber ser, su deber actuar. Porque la soberanía supone hoy casi más cargas que facultades. Supone la obligación de realizar el derecho, supone la obligación de mantener dentro de sus fronteras el respeto al individuo, el respeto a los derechos básicos del hombre y esto como un compromiso ante sus propios habitantes y ante la comunidad mundial. Y supone también un deber de actuar en lo internacional respetando los derechos del vecino y de todos los pueblos de la comunidad y dando su cooperación para mejorar las condiciones de vida de todos los pueblos. Este es un concepto de soberanía muy distinto al consagrado por la Revolución Francesa en la Constitución de 1791. Si concebimos así la soberanía hemos de admitir que un Estado al suscribir Tratados que le imponen obligaciones compromete su soberanía y no debemos asustarnos de ello. No hay Estado que no haya limitado su soberanía en pactos internacionales. Todas las naciones que se han sometido al régimen jurídico político de las Naciones Unidas, de la OEA, de la ODECA, de cualquier otro organismo

internacional, han comprometido sus soberanías, han limitado sus derechos a actuar en determinadas direcciones. Los franceses lo han reconocido, con esa claridad de su genio jurídico. Nuestros países tal vez no han introducido ese nuevo concepto en los textos de sus Constituciones, pero el principio está ya aceptado en el espíritu de nuestra vida jurídica. En consecuencia, y aplicando estas ideas al tema que nos ocupa, hemos de admitir que cuando se otorga una concesión a una empresa particular para construir un Canal, o cuando se firma un Tratado entre dos naciones con el mismo objeto, o cuando se abre un Canal con los propios recursos y la obra se pone al servicio internacional, en cierta forma se limita la soberanía. Pero debemos reflexionar si al actuar así sólo se limita la soberanía del Estado. Si partimos de la idea de que la soberanía es el poder actuar, el poder ser, ¿no es más y no puede más el Estado en cuyo suelo se abre un Canal? ¿No se abren al mismo tiempo posibilidades enormes para sus habitantes, para el desarrollo de sus recursos materiales y humanos? ¿No es más, y no puede más el Estado cuando el Canal queda abierto al servicio mundial y con ello expande su comercio y su cultura? Hemos de admitir que lo que se dio por una parte queda compensado, compensado con creces, por la otra.

El problema para mí en el caso de Panamá es otro. Es determinar hasta dónde la compensación recibida por este país en las contrataciones canaleras ha sido la justa. Creo que ese es el verdadero problema. Limitaciones de soberanía, repito, no hay Estado que no las haya tenido, y en este caso los derechos soberanos de Panamá fueron limitados por el servicio internacional que presta el Canal y por los términos de los Tratados que esta nación suscribió con los Estados Unidos. ¿Fueron esas limitaciones en este caso las justas? ¿Debieron llegar hasta el extremo que llegaron? ¿Se recibió en cambio la compensación requerida? ¿Hubo lesión enorme, como diría un civilista de la vieja escuela? Yo creo que hubo aprovechamiento excesivo de una de las partes con respecto a la otra. (Aplausos). Pero quiero advertir, agradeciendo desde luego los aplausos de ustedes, que también debemos hacer sin pasión un enfoque histórico y un enjuiciamiento de los hombres, del momento y de las circunstancias bajo las cuales Panamá y los Estados Unidos negociaron la constitución del Canal.

Naturalmente que la ideología de los pueblos y de los Estados en 1903 era muy distinta a la actual. Los descendientes de los hombres de Estados Unidos que *aprovecharon en aquel momento la oportunidad* para obtener excesivas ventajas en el Tratado que celebraron con la República naciente de Panamá, han tendido en nuestros días la mano a la América Latina en un sincero gesto de amistad y le han dicho: "Vamos a trabajar y a orientar nuestras relaciones como buenos vecinos, por las vías del derecho y la equidad y para el bien común". Lo que falta es que ese sentido de derecho y de equidad sea integral y se aplique a todas las situaciones. Los panameños ilustres que presiden esta Mesa han luchado por llevar al convencimiento del pueblo americano que debe haber más justicia para el pueblo de Panamá y en esa sagrada cruzada

de redención nacional no están solos. Creo que está con ellos toda América Latina y los hombres de Norteamérica que alientan un anhelo sincero de justicia.

Para terminar mis observaciones sobre la soberanía, recuerdo que la Corte de Justicia Internacional de La Haya, al tratar el caso del Wimbledon, expresó: "Sin duda todo convenio que produce una obligación de este género acarrea una restricción al ejercicio de los derechos soberanos del Estado, porque imprime a este ejercicio una dirección determinada". En otras palabras, Alemania, al quedar sujeta en el Tratado de Versalles a la obligación de dar paso por el Canal de Kiel a los barcos de todas las naciones, sufría una limitación de sus derechos soberanos. Repito que lo importante no es determinar si la construcción de un canal interoceánico acarrea un compromiso o una limitación de la soberanía. La situación para el Estado es similar al caso de un hombre que compromete su palabra de honor o al de la persona que contrae cualquier obligación al poner su firma en un contrato. En ambos casos se limitan las facultades, los poderes de la persona. El contrato es ley entre las partes y por lo tanto limita la acción personal del obligado. Lo que hay que buscar como norte en toda relación jurídica entre hombres o entre Estados es el sentido de equidad a que nos referimos antes.

Otra observación del Dr. García Bauer que debemos recordar es el distingo que él hacía entre la nuda propiedad y otros aspectos de la soberanía. Creo como él que Panamá no ha comprometido la nuda propiedad de su faja canalera y esto es importante porque si llegamos a esa conclusión hemos de admitir que Panamá mantiene el título sobre aquel territorio. Y por ende, tiene un interés propio, un derecho latente, vigente, que tal vez no se traduce en las circunstancias actuales en ventajas tangibles, pero que ahí está como un bien imponderable que un día puede tener para la República enorme trascendencia. Puede ser que algún día le convenga a este país ejercer ese derecho y que lo haya de ejercer. ¿Por qué vías? El Dr. Barros Jarpa nos lo decía ayer: por los medios que proporciona el Derecho Internacional, por los medios pacíficos, por los buenos oficios, por las negociaciones directas, por los arbitrajes, etc. Mientras tenga Panamá la propiedad de ese territorio, tiene sobre él un derecho eminente, tal vez difícil de definir y, en mi torpeza del momento, difícil de explicar, pero sentimos que ahí hay un valioso derecho que salvaguardar. Es verdad que los textos actuales de los Tratados vigentes le impiden al Gobierno de esta República ejercer autoridad efectiva sobre la porción de su territorio donde se abrió el Canal, pero esos textos no dijeron que Panamá perdía sus derechos de propietario sobre aquella zona, de modo que ahí quedó reconocida la existencia de un derecho perpetuo de Panamá. Soy un convencido de que en día no muy lejano, al hacerse esa revisión de los valores básicos del Derecho Internacional que preveía el Dr. Fábrega en su disertación de esta noche, surgirán nuevos sistemas que vendrán a sustituir la actual estructura jurídica del mundo, tan influenciada hoy por la política y por el poderío de las grandes potencias y entonces, y siempre que Panamá mantenga vivos este interés y aquel derecho, será la hora de bus-

car por medios jurídicos la enmienda de errores y situaciones de privilegio del pasado, si es que éstos no han sido ya corregidos mediante la negociación directa entre las partes.

Relacionemos ahora los dos temas principales de esta larga exposición, pidiendo desde ahora perdón por lo extenso que ella ha resultado.

Señalaba como primer tema que me interesaba desarrollar la posibilidad de que tarde o temprano se establezca un ordenamiento jurídico con autoridad universal para regular el uso de los canales interoceánicos que se construyan en el futuro, así como otros servicios y aprovechamientos internacionales. E indicaba, como segundo punto importante, el de que conflictos de intereses como los que han ocurrido respecto a los Canales de Panamá, Suez y Kiel, necesariamente afectan la soberanía de los países en cuyo territorio se abrieron esas vías de navegación, porque en esos conflictos entran en juego tres factores: de un lado, el interés del país que entrega parte de su suelo para que en él se construya un canal interoceánico; de otro, el interés del constructor, que puede ser el propio país o puede ser una entidad extraña, particular o estatal; y finalmente, el interés de los usuarios. En este juego de intereses se limita, en menor o mayor grado, la soberanía del Estado ribereño en beneficio de la segunda parte o de los terceros, como ayer lo analizaba con gran propiedad el Dr. García Amador. Ahora bien, creo que si se lograra lo primero, esto es, si se consiguiera crear una institución internacional que estructurara para los nuevos canales y otros servicios internacionales del futuro un régimen jurídico elaborado sobre los principios de la equidad y la justicia, entonces se habría dado un paso efectivo en la elaboración de las nuevas normas del Derecho Internacional que pedía el Dr. Fábrega. E insisto en que esas nuevas normas, esos nuevos principios, conducirían tarde o temprano a enmendar los viejos abusos. Sé muy bien que desde un punto de vista de pura técnica de Derecho Internacional se me podría decir: "No será posible exigir a tal organismo la revisión y modificación de las situaciones presentes pues ellas se fundan en tratados que no son anulables. Hay que respetar los pactos firmados de acuerdo con el viejo aforismo: *Pacta sunt Servanda*. Convengo en que tampoco estaríamos frente a la posibilidad de rever dichos tratados sobre el principio clásico "*rebus sic stantibus*", o sea de revisar los convenios internacionales en virtud de haber cambiado las circunstancias de la naturaleza o las sustancias mismas del Tratado. Sé bien que no estaríamos frente a tales situaciones jurídicas. Pero estaríamos frente a algo más importante: frente a una transformación espiritual de la Humanidad; frente a la necesidad de la creación de un nuevo derecho más acorde con la Ética. Frente a eso que el Dr. Fábrega pedía: frente a la exigencia inaplazable de más luz y más justicia.

(28 de Marzo)

Señoras y Señores:

Mi intervención ha de ser muy breve e inspirada únicamente en el deseo de evitar malos entendimientos. Sobre todo, quiero dejar constancia de que estoy en mucho de acuerdo con las aclaraciones que sobre el concepto de soberanía ha hecho el Dr. Quintero. Pero debo hacer énfasis en un punto que tal vez ayer no dejé suficientemente claro:

El concepto antiguo de soberanía, que el Dr. García Bauer nos recordó en su primera exposición, quedó plasmado en el texto de la Constitución de la Primera República Francesa. Ese texto hablaba de una soberanía indivisible, inalienable e imprescriptible. Y es conveniente, ya que no pude hacerlo ayer, determinar el momento en que esa declaración se hizo y el propósito que la orientaba. Era el momento en que el pueblo francés acababa de conquistar su libertad frente a los monarcas, frente a las dinastías, frente al poder absoluto que encarnaban los Luises, aquel poder sin límites que residía entero en la persona del soberano y que se resumía en la conocida frase atribuida a Luis XIV: "El Estado soy yo". Lo que equivalía decir que la voluntad real no podía ser discutida ni frenada por otra autoridad dentro del Estado. A eso me refería yo cuando hablaba de aquel poder ser o poder actuar. El pueblo francés conquistó su independencia, derrocó a los monarcas y se arrogó todos los atributos de la soberanía, es decir, todos los atributos de aquel ser, de aquel poder actuar. Eso explica por qué dicho texto constitucional fue redactado con un sentido netamente revolucionario. El resume lo que el pueblo francés ha conseguido y siente en aquel momento trascendental de su historia. Es la consagración del poder absoluto del pueblo en la dirección de sus destinos y equivale a decir: "El poder, la soberanía, residirá siempre y sin mengua en el pueblo francés. No lo va a dividir, no lo va a enajenar y no prescribirá jamás". He aquí el por qué de todos aquellos adjetivos sobre los que la Francia revolucionaria hacía tanto énfasis pero que hoy día sólo tienen relativa validez. Porque en el nuevo concepto que la Filosofía del Derecho nos da de la soberanía ésta es, como creo haberlo dicho ayer, el conjunto de atributos y de poderes del Estado que comprende la facultad de promulgar las leyes, de reglamentarlas y de aplicarlas, de resolver en justicia los conflictos de derechos que se plantean ante los tribunales, de administrar los bienes e intereses de la nación y, en fin, el poder de actuar en todos los aspectos que supone la función del Estado. Pero el Estado no sólo tiene la facultad de crear y practicar el Derecho. Tiene la obligación de hacerlo.

Por otra parte debemos recordar que el Estado tiene una doble función: la interna y la externa. En lo interno ya hemos dicho cuales son esas facultades y por cuales medios se ejercen, pero en realidad no son materia de discusión esta noche. Nos preocupa la soberanía externa o transeunte, la que ejerce el Estado como entidad de derecho público en el campo internacional al relacionarse con entidades extrañas, particulares o políticas. En este caso, aquellos tres calificativos no tienen vigencia, porque en la vida de relación internacional la soberanía es

divisible, la soberanía es enajenable y la soberanía prescribe, contra el concepto clásico que aparece consignado en la Constitución francesa de 1791. Y así lo consigna, decía yo, la nueva Constitución Francesa de la Cuarta República cuando admite que la soberanía puede ser limitada por las condiciones de la vida internacional moderna, por la necesidad de tratar y contratar sobre regímenes jurídicos que garanticen la paz y la seguridad mundiales. Por eso decía yo que los Estados pueden dividir su soberanía, ceder o comprometer parte de sus derechos y aun enajenarlos y que, en determinadas circunstancias, algunos derechos de los que constituyen la soberanía pueden prescribir. En cualquier texto de Derecho Internacional encontramos capítulos que tratan de cómo se pierden por prescripción negativa, como en el Derecho Civil, los derechos de un Estado sobre partes de su territorio, cuando otros Estados las ocupan por largo tiempo en forma permanente y pública y sin oposición. Y quiero dejar claro ese concepto técnico-jurídico porque ha de tomarse en cuenta en el caso concreto del Canal de Panamá, pues creo sinceramente que la soberanía de esta República fue limitada sobre la zona canalera no sólo en virtud de los tratados que ella celebró con los Estados Unidos sobre la materia, sino también en virtud del uso constante y público que este último país y la comunidad internacional han hecho del Canal. Pero también hemos de dejar claramente establecido que Panamá conservó la nuda propiedad y que a esa nuda propiedad van aparejados determinados derechos. Panamá nunca permitiría, por ejemplo, que los Estados Unidos vendieran sus derechos en el Canal a otra nación porque con ello pondrían en peligro la seguridad de esta República. Dije que Panamá puede, incluso, mantener un derecho de negociación constante con los Estados Unidos, puesto que sobre la zona que aquellos ocupan este país tiene un derecho latente de propiedad. Queda siempre una parte de la soberanía que sigue en manos de Panamá, puesto que la nuda propiedad es uno de los elementos más importantes de la soberanía de un Estado.

En cuanto al tanto en que Panamá limitó sus derechos, no soy yo el llamado a determinarlo. Lo dicen los tratados y lo dice sobre todo el afán revisionista de Panamá, que tan buenos logros ha obtenido en las diferentes enmiendas del Tratado Hay-Bunau-Varilla. Por eso repito que, como una aclaración de carácter meramente técnica, quiero dejar constancia de cuáles fueron los alcances de mis palabras de ayer en lo que a la soberanía respecta.

Una última observación: Cuando hablé con los Canales por construir no tenía en mira una competencia entre mi país y esta República hermana, como lo entendió el Dr. Quintero. Bienvenido sea un Canal Interoceánico en mi tierra, si eso fuese posible y si el futuro lo ameritara; pero comprendo los riesgos que afrontaría mi país en una negociación de tal clase dentro de las circunstancias actuales. No querría verlo correr el riesgo de su propia existencia porque ahí se construyera un Canal estratégico que podría atraer la guerra atómica sobre su territorio. Sería un caso en que la competencia comercial y el mero interés económico estarían subordinados a los muy altos y muy superiores intereses de mi patria.



Por otra parte, creo haber dicho al hacer la enumeración de canales cuya construcción se ha contemplado, que es posible que esas obras, se realicen en lo futuro en el Istmo de Tehuantepec, en Nicaragua y Costa Rica, en Colombia, en el propio Panamá y en otros lugares. Cuando hablé de ese tema lo hice con el único propósito de sugerir un camino por el cual la Comunidad Internacional pueda tal vez llegar a establecer una efectiva jurisdicción sobre los canales interoceánicos en vista de que no es aventurado suponer que, en un futuro relativamente próximo, se construyan nuevos canales y que éstos sean, a su vez, semilleros de conflictos. Expresé mi opinión, acorde con la del Dr. García Bauer, de que en esta materia la Organización Internacional debe decir la última palabra. Buscaba yo, al hablar de ese tema, un expediente factible para adelantar la solución de los problemas del futuro y lo encontraba en la creación de un Consejo o Comisión Internacional encargada de estructurar el régimen jurídico de los canales interoceánicos, que pudiera actuar como lo hacen el Consejo Económico y Social y el Consejo de Administración Fiduciaria de las Naciones Unidas, en la búsqueda de fórmulas y medios de prevenir los conflictos entre los pueblos y de mejorar sus condiciones de vida. Y hacía resaltar el hecho de que las grandes potencias se han sometido a la autoridad internacional de aquellos organismos de las Naciones Unidas. ¿Por qué no aceptar, pues, la idea de que se está formando en nuestra época una soberanía supra-nacional y de delegar en ella la solución de los problemas que aquí analizamos?

Completaba mi pensamiento diciendo que podría aprovecharse la circunstancia de la posible existencia de futuros canales para lograr que los Estados convengan en que esas obras se construyan no sobre la base de negociaciones directas de Estado a Estado, en las que se impone por lo general el más fuerte, sino sobre la base de planeamientos preparados con un sentido realmente jurídico, por un organismo internacional *de autoridad incuestionable*. *E indicaba que la acción de un organismo de tal naturaleza no sólo daría soluciones para los problemas que se presentaran a propósito de nuevos canales, sino que influiría decisivamente en la solución de los conflictos de intereses que se han producido y que puedan producirse más adelante respecto a los canales ya existentes. A eso me refería cuando hablaba de la posibilidad de nuevos canales sin tener en mente los secundarios intereses económicos de mi país.*

(29 de Marzo)

Señor Presidente, señoras y señores:

Al terminar esta memorable Mesa Redonda convocada por la Universidad de Panamá, los participantes en ella estamos haciendo una especie de resumen de las ideas que más impresionaron nuestras mentes durante estas cordiales y edificantes discusiones.

Sé que voy a decir cosas de muy poca sustancia de mi propia cosecha, pero me siento obligado a agregar unas palabras para resumir lo que a mi entender ha sido de más alto significado de toda esta conferencia. Por un parte, hemos analizado una situación de hecho. Notables historiadores como el señor Sáenz, han recogido en sus exposiciones todo el pasado histórico de los canales internacionales. Distinguidos juristas, —entre ellos mi maestro el Dr. Barros Jarpa, a quien hasta ayer no conocí personalmente pero cuyos libros me han servido de guía en mis investigaciones y para dar alguna enseñanza a mis discípulos de la Universidad de Costa Rica—, han sabido resumir, en muy breves palabras, la esencia toda de este importante problema de Derecho Internacional. Y de los delegados de Cuba, de Guatemala, de Honduras, de México, de Nicaragua y de Panamá, he recogido aquí impresiones, distingos, sutilezas jurídicas, principios hondos, todo lo que puede servirnos a los profesionales del Derecho para tratar de formarnos una idea cada vez más clara y cabal de los problemas que hemos de estudiar, y para saber también que, por mucho que se estudie, siempre se sabe muy poco y que sólo en estos convivios con gentes de nuestra profesión podemos ir, poco a poco, humilde pero incesantemente, ampliando nuestra visión de los grandes problemas de la Humanidad.

Quisiera decir brevemente las conclusiones que aquí he recogido, pocas tal vez, pero de una enorme trascendencia.

En primer lugar, hemos visto la angustia de los notables juristas de este país al tratar el caso del Canal de Panamá, por sentir ellos que su patria no ha recibido un trato equitativo en las negociaciones cana-leras y porque sienten la necesidad de una revisión constante de este proceso hasta llegar a encontrar la fórmula justa, que no sólo honrará a los panameños que han buscado una reparación que restablezca la equidad, sino que honrará más todavía a la gran Nación del Norte cuando sepa concederla.

Y también hemos visto que las naciones no pierden prestigio, ni deben albergar en su corazón complejos de inferioridad porque un día se abrieron al mundo y pusieron en su escudo que al aceptar una servidumbre "a perpetuidad", al permitir que su tierra fuera atravesada por un canal interoceánico, lo hacían PRO MUNDI BENEFICIO. Porque servir, porque dar, porque prestarse al beneficio común, nunca deshonra; siempre eleva, siempre pone al país y al hombre que tal hacen, ante la consideración constante del mundo. Y porque frente a los peligros de tener un Canal atravesando el propio suelo y ante las inconveniencias que esto pueda acarrear, queda la satisfacción, también eterna, también a perpetuidad, de haber sabido servir al Mundo y ese justo orgullo es tan eterno como lo es también la carga que representa el Canal para la República de Panamá.

Con respecto a esa eterna servidumbre ha quedado claramente establecido en estas reuniones que mientras Panamá sea el cruce de todos los rumbos de la tierra, mientras el suelo de Panamá esté abierto a los hombres y a las ideas, a la cultura y a las riquezas, a los barcos y a todas las banderas del mundo, mientras ese Canal exista, también Panamá tiene un derecho: el de buscar justicia; el de buscarla y encontrarla. Y en eso, como decía en mi disertación de antier, Panamá no está sola. Panamá debe sentir que al lado de ella están no sólo los latinoamericanos, sino los hombres de todos los Continentes, y yo digo que también todos los hombres justos de los Estados Unidos.

Además de las servidumbres indefinidas, a tiempo indefinido, están las cláusulas transitorias, las cláusulas en que los hombres discutieron "lo tuyo y lo mío" y en las que se impuso el más fuerte. Estas cláusulas, que dentro de la situación actual del derecho internacional no han podido ser revisadas, lo serán un día cuando, como decíamos en nuestras recientes intervenciones, suceda una nueva ética a la que hoy priva en las relaciones internacionales; y por ende, suceda un nuevo derecho a los sistemas jurídicos actuales porque el derecho no es, al fin y al cabo, sino un trasunto de la ética que inspira a los pueblos en un momento determinado de su historia.

Hemos sacado otras conclusiones, todas de alto valor jurídico. Hemos sacado la conclusión de que la soberanía de los Estados ya no es aquella capacidad prepotente de hacer lo que se quiere. Permítaseme una breve comparación con una institución del Derecho Civil. Los romanos tuvieron por mucho tiempo la idea de que la patria potestad era un privilegio y era un poder del pater familia sobre todas las gentes de su casa, sobre su esposa, sobre sus hijos y sobre los demás seres que de él dependían; era señor de vidas y haciendas en el más amplio sentido de la palabra; podía disponer de todo lo que existía en su casa, incluso castigar con la pena más severa a sus propios hijos e inculcarles las ideas que creyera conveniente imponerles y obligarlos a actuar como tuviera a bien. Era realmente un monopolio de privilegios y derechos del jefe de la familia sobre los seres que la integraban. ¡Qué distinta es la patria potestad en nuestros tiempos! Hoy acaso si tenemos los padres derechos sobre nuestros hijos; pero tenemos sí el sentido de obligaciones constantes que tenemos que cumplir en su beneficio; la nueva ética nos dice que es nuestra función paternal hacer, construir, pensar, sentir para el mejoramiento de la vida material y espiritual de nuestros hijos. Permítaseme el símil; así es hoy la soberanía. La soberanía de los Estados no es simplemente un poder hacer, no es simplemente un poder dominar, es más que nada un saber servir. Y esto ha de ser, desde luego, a muchos años vista y previa muchas revisiones de la filosofía de nuestro tiempo, de los códigos y de las leyes y de las tradiciones jurídicas que hemos venido viviendo, del Derecho todo, y fundamentalmente del Derecho Internacional.

Confucio decía, varios siglos antes de la era cristiana, que un día vendría en que la Humanidad formaría una Gran Unión en la que todos los pueblos se ayudarían mutuamente y de buena fe, y que no habría más guerras entre las naciones. Que también entonces el hombre

dejaría de ser extranjero fuera de su tierra y todas las naciones, grandes y pequeñas, trabajarían por el bienestar común. Y que las riquezas y la fuerza no aprovecharían exclusivamente a los Estados privilegiados por la Naturaleza, pues deberían extender sus beneficios a toda LA HUMANIDAD. Yo creo que esta frase de Confucio, a través de los milenios, podría aplicarse a Panamá. Panamá ha cumplido su deber internacional. Panamá ha dado, Panamá ha sido amplia en su generosa donación del Canal al mundo entero y por lo mismo Panamá espera justicia y ha de tenerla. Porque ha dado más y en mayor medida de lo que debió dar y esta reparación la veremos llegar en no lejano día.

Para terminar, señores, permítaseme que recuerde una página que en mis años jóvenes leí y que quedó para siempre grabada en los más finos tejidos de mi alma, porque me parece que explica la orientación del hombre nuevo y del jurista de nuestros tiempos en el mundo que vive y en el que ha de venir. En su libro "Motivos de Proteo", en una de sus más bellas parábolas, nos habla José Enrique Rodó, de una especie de visión dantesca que él tuviera del Tiempo y de su labor sobre la tierra. Era la pampa de granito, dice. No se veía en la inmensidad más que el horizonte gris de la pampa y por ahí caminaba el Tiempo seguido por unas pequeñas y endebles criaturas, unos niños con ojos perdidos, sin sonrisa en los labios. Y en un momento dado se detuvo el Tiempo y dijo: "vamos a sembrar". Traía en la mano unas semillas, las semillas de la vida. "Y ¿cómo sembraremos, padre?" Le dijo uno de los niños. "Con tus uñas", contestó el Tiempo. Y doblegándolo y forzándolo lo hizo escarbar y escarbar en la roca inhóspita. Corrían hilos de sangre por los dedos del niño y el hueco no se hacía; y era necesario abrirlo porque si no la semilla de la vida no habría de germinar; y entonces el Tiempo cogió al niño por el cuello y sujetándolo boca abajo contra la roca lo hizo trabajar con sus dientes horas y días y eternidades hasta que el niño cayó hecho un guiñapo. Y luego otro y otro y otro niño y los hijos del Tiempo se iban consumiendo hasta que un día el hueco quedó abierto y el Viejo dijo: "Hace falta tierra". "¿Y dónde la hemos de coger, padre?", dijeron los niños. "Del viento", fue la respuesta, y el Tiempo cogió a otro niño y forzándolo le abrió la boca y lo tuvo también eternidades con la boca abierta, recogiendo el polvo que venía en el viento hasta que se hizo barro en la saliva del niño y entonces lo hizo escupir sobre el hueco recién abierto. Y entonces plantó la semilla y dijo: "pero hay que regarla". "¿Y con qué la he de regar, padre?", dijeron los sobrevivientes. "Con vuestras lágrimas", contestó el Tiempo y maltrató sus cuerpos hasta que las lágrimas rodaron abundantes. Puesta la semilla sobre aquella tierra, fecundó bajo la lluvia fértil de los ojos de los niños. Y así se plantó un árbol y otro árbol y otro más y miles y millones de árboles; así se formaron los bosques.

Se me ocurre aquí que este símbolo grandioso y que tanta luz hizo en mi espíritu, puede ser el símbolo de lo que los hombres y los pueblos hemos venido haciendo. Hemos venido sufriendo esclavitudes; hemos venido pasando humillaciones y miserias, milenio tras milenio; todos los pueblos de la tierra han tenido una historia de horrores, de dolores y sufrimientos. Pero ahí quedan como los árboles de la parábola

las libertades conquistadas, las instituciones que nos garantizan decencia; los principios morales que nos hacen mirarnos a nosotros mismos con respeto. Ahí queda ese sentido de honor de que ayer nos hablaba el profesor Escobar, diciendo que debemos esforzarnos día con día por sentirnos cada vez más dignos de nosotros mismos; ahí queda ese sentido de dignidad que se va anidando y que va creciendo no sólo en el ser humano aislado sino también en las colectividades sociales. Ya no es el mundo la pampa de granito, porque las lágrimas han llovido sobre el corazón humano, que ya no es de piedra. Y así, señores, poco a poco la humanidad ha progresado hasta ver que, alrededor de sí, en aquella pampa inhóspita, en aquel granito infinito de la parábola, ya no todo es esterilidad y dureza.

En el campo del derecho los hombres y los pueblos, cual más menos, han venido haciendo lo propio. Por eso yo rindo mi homenaje de admiración al pueblo de Panamá, a sus estadistas, a sus distinguidos internacionalistas que, como el Dr. Ricardo Alfaro y el Dr. Harmodio Arias, han dedicado sus vidas a servir los intereses de su país y los intereses de la Humanidad; que han luchado con constancia indeclinable, por la verdad y la justicia en su propia tierra, y al mismo tiempo, han empeñado sus mejores energías en la tarea de conseguir respeto y consideración para su Patria.

Es cierto que en ese largo curso del tiempo, en ese devenir de la humanidad, hay quienes dejan que otros, con su sangre y con sus lágrimas, fecunden la pampa de granito. Y hay quienes en la marcha obligada de los acontecimientos, tratan de sacar ventajas de ellos; he ahí la demagogia que conturba a los pueblos y los lleva a veces por caminos para el provecho de unos pocos. Es cierto también que pueblos animados de torpes sentimientos de propotencia quieren dominar a los pequeños y aprovecharse de su debilidad; pero el Tiempo no olvida ni perdona. Aquellos que pretenden pasar por la vida gozando de prebendas no justificadas, tal vez han de ver desde otro mundo que la cuenta se cobra y que el anciano inclemente y despiadado de la parábola se ensaña en los hijos, que han de pagar las consecuencias de los errores y los abusos de los padres.

Sí, los pueblos como los individuos tienen la obligación de ser justos y respetar el derecho ajeno, tienen la obligación de dar su aporte para el bienestar de la Humanidad entera. Y esto no puede perderse de vista, aunque parezca una digresión, en este momento en que hablamos de los problemas concretos de Suez y Panamá, porque el régimen jurídico de los canales interoceánicos interesa a todos los hombres del presente y del porvenir.

---

Llevo a mi Universidad el ejemplo que en esta Mesa Redonda nos ha dado Panamá. Así como el profesor Cervantes Ahumada recogía hoy las enseñanzas de estas reuniones para llevarlas a su benemérita Universidad de México, yo llevo para la humilde Universidad de Costa Rica, más joven aún que la de Panamá, el mensaje y el ejemplo que aquí hemos recibido de ilustres juristas y de la ciudadanía compacta

de este país, que se preocupan de estos altos problemas y participan en estos debates con gran altura de miras y con una grandeza de visión que realmente hace tener fe en el futuro de toda nuestra América.

Un poeta francés del Siglo XVI, Plantin, decía que "la vida es una labor valerosa alentada por la humilde constancia". La historia de Panamá podría quedar resumida en aquel hermoso pensamiento. Porque la labor que ha realizado este país y la lucha que hoy lleva a cabo, cumpliendo sus responsabilidades históricas y eternas frente al mundo, pero al mismo tiempo exigiendo justicia para sus hijos y para su honor nacional, no sólo es su causa, no sólo es la causa de América, sino también la causa de todos los hombres. Y un día vendrá en su futuro en que el pueblo de Panamá ha de recoger la justa recompensa de sus luchas y de sus sacrificios. Habrá terminado para él el duro camino por la pampa de granito y a lo largo de la senda del porvenir sólo encontrará bosques umbrosos, fecundos campos de labranza, jardines risueños y fronda amiga.

Dejo así rendido el informe de las actividades de la Mesa Redonda y al mismo tiempo deseo expresar a usted, señor Rector, y demás miembros del Consejo Universitario mi sincera gratitud por haberme confiado la representación de nuestra Universidad en ese evento.

Aprovecho la oportunidad para suscribirme de usted con muestras de mi más alta y distinguida consideración, su muy atento y seguro servidor,

*Fabio Fournier J.*

## EL DERECHO DE DEFENSA EN EL PROCESO CIVIL

CARLOS MANUEL COTO ALBAN

*Al Profesor don  
Fernando Baudrit S.*

"...después de llegar con rudos acrobaticismos de escalador a aquella que parecía una cima inexplorada, uno observa, con sonrojo, de que a la misma cima conducía, desde otra pendiente del monte, una amplia carretera por la cual han pasado ya tantos antes de nosotros..."

*Piero Calamandrei (1)*

(\*) Tesis para optar el Título de Licenciado en Leyes de la Universidad de Costa Rica

(1) Frase usada por Calamandrei en "Estudio sobre la Edición Italiana de 1930-31" de los "Ensayos de Derecho Procesal Civil" de Giuseppe Chiovenda.

## INDICE

### CAPITULO PRIMERO

#### *De la Constitución del Proceso Civil*

|   | Pág. |
|---|------|
| 1—Planteamiento de temas .....  | 34   |
| 2—El derecho de acción dentro del proceso .....   | 35   |
| 3—El derecho de excepción dentro del proceso .....  | 36   |
| 4—La jurisdicción dentro del proceso .....  | 37   |
| 5—Imposibilidad de proceso sin acción .....   | 38   |
| 6—Inexistencia de proceso sin jurisdicción .....  | 39   |
| 7—Necesidad de que exista dentro del proceso la posibilidad de ejercitar el<br>derecho de defensa ..... | 40   |
| 8— semejanza con la teoría de la litis de Carnelutti .....  | 41   |
| 9—Exposición, objeciones y diferencias en relación con la teoría anterior..                             | 41   |
| 10—La función administrativa del Poder Judicial .....   | 45   |
| 11—¿Qué es proceso civil? .....   | 46   |
| 12—Clasificación de los procesos .....  | 48   |

### CAPITULO SEGUNDO

#### *Del desarrollo de las ideas de acción y excepción*

|  |    |
|--|----|
| 13—Finalidades que persigue el capítulo .....                                | 49 |
| 14—Las concepciones civilísticas .....                                       | 49 |
| a) La acción en Roma .....   | 49 |
| b) La acción en la Escuela Clásica .....                                     | 50 |
| c) La excepción en Roma .....  | 51 |
| d) La excepción en la Escuela Clásica .....                                  | 51 |
| 15—Tendencias modernas del Derecho Procesal .....                            | 52 |
| a) Investigaciones de Windscheid .....                                       | 52 |
| b) Teoría de la tutela jurídica .....  | 53 |
| c) El derecho autónomo potestativo .....                                     | 54 |
| d) Las teorías publicísticas .....   | 57 |
| e) La teoría de los derechos a la jurisdicción y a la defensa en juicio .... | 61 |
| 16—Una opinión más .....   | 62 |



## CAPITULO TERCERO

### *De la intervención del demandado en el Proceso Civil*

|  | Pág. |
|--|------|
| 17—Objeto del capítulo .....   | 64   |
| 18—Las excepciones de forma y de fondo .....                           | 64   |
| 19—Excepciones dilatorias, perentorias y mixtas .....                  | 65   |
| a) Excepciones dilatorias .....  | 65   |
| b) Excepciones perentorias .....                                       | 69   |
| c) Excepciones mixtas .....  | 72   |
| 20—La excepción de la “falta de personería ad causam” .....            | 75   |
| 21—Los presupuestos .....  | 77   |
| 22—Excepciones de la demanda (formales) .....                          | 79   |
| a) Error en la preparación de la demanda .....                         | 80   |
| b) Falta de pretensión jurídica .....                                  | 81   |
| c) Incapacidad de las partes .....                                     | 81   |
| 1—Falta absoluta de jurisdicción .....                                 | 81   |
| 2—Incompetencias .....   | 81   |
| 3—Falta de personería activa .....                                     | 82   |
| 4—Falta de personería pasiva .....                                     | 83   |
| 23—Excepciones del proceso (formales) .....                            | 84   |
| a) La litispendencia .....   | 84   |
| b) La transacción .....  | 85   |
| c) La cosa juzgada .....   | 86   |
| 24—Oposición, efectos y resoluciones de las excepciones formales ..... | 87   |
| 25—Las excepciones de fondo .....                                      | 89   |
| 26—Objeción al artículo 1 del Código de Procedimientos Civiles .....   | 91   |

## CAPITULO TERCERO

### *De la intervención del demandado en el Proceso Civil*

|  | Pág. |
|--|------|
| 17—Objeto del capítulo .....   | 64   |
| 18—Las excepciones de forma y de fondo .....                           | 64   |
| 19—Excepciones dilatorias, perentorias y mixtas .....                  | 65   |
| a) Excepciones dilatorias .....  | 65   |
| b) Excepciones perentorias .....                                       | 69   |
| c) Excepciones mixtas .....  | 72   |
| 20—La excepción de la “falta de personería ad causam” .....            | 75   |
| 21—Los presupuestos .....  | 77   |
| 22—Excepciones de la demanda (formales) .....                          | 79   |
| a) Error en la preparación de la demanda .....                         | 80   |
| b) Falta de pretensión jurídica .....                                  | 81   |
| c) Incapacidad de las partes .....                                     | 81   |
| 1—Falta absoluta de jurisdicción .....                                 | 81   |
| 2—Incompetencias .....   | 81   |
| 3—Falta de personería activa .....                                     | 82   |
| 4—Falta de personería pasiva .....                                     | 83   |
| 23—Excepciones del proceso (formales) .....                            | 84   |
| a) La litispendencia .....   | 84   |
| b) La transacción .....  | 85   |
| c) La cosa juzgada .....   | 86   |
| 24—Oposición, efectos y resoluciones de las excepciones formales ..... | 87   |
| 25—Las excepciones de fondo .....                                      | 89   |
| 26—Objeción al artículo 1 del Código de Procedimientos Civiles .....   | 91   |

tonces, para qué proceso? Desde este ángulo, ¿cuántas arbitrariedades no se cometerían por tribunales al servicio de gobiernos inescrupulosos? Sería como falsear la estabilidad social, porque cualquiera podría ser despojado y luego negársele a priori el derecho de discutir en juicio, tal vez debido a un simple error de los jueces. La libertad individual sufriría y la seguridad colectiva se perdería. Como se ve, habría que remontarse al terreno de la imaginación más aguda para plantear una sociedad con semejante ordenamiento.

Nada dice contra el derecho autónomo de la acción el que continuamente estén apareciendo demandas infundadas y hasta temerarias. El ejercicio abusivo de un derecho no es la negación del mismo. De todos los derechos a cada paso se hace mal uso y no por eso dejan de reconocerse como tales. Diariamente estamos violando los principios de libertad y de propiedad, para mencionar algunos, sin que desaparezca el concepto abstracto de ellos. Podrían perderse colectivamente y de manera transitoria, en un régimen de opresión, pero esas ideas de libertad, propiedad y derecho de demandar se mantendrían incólumes y volverían a aparecer apenas hubiera concluido el yugo político que las ató.

Pero dejemos para más adelante, cuando tratemos del desarrollo del concepto de acción y de sus características, la explicación completa de la autonomía. Por ahora, no hemos querido más que hacer una exaltación a este poder jurídico, que sirve para iniciar la relación procesal y que es uno de los elementos constitutivos de la figura proceso.

### 3.—EL DERECHO DE EXCEPCION DENTRO DEL PROCESO

Ya tenemos la primera columna del triángulo procesal: el derecho de demandar. Ahora busquemos el segundo poder que interviene, en orden sólo de aparición sucesiva en un proceso.

La misma ruta que nos sirvió para enmarcar el derecho de demandar nos lleva al poder de la defensa. Seguimos, como antes se dijo, un criterio único en el enfoque doctrinario del Derecho Procesal. El poder jurídico de accionar nos da la facultad de demandar, al igual que el poder jurídico de la excepción nos brinda la oportunidad de defendernos. En la misma potestad, pero actuando en función diversa.

Exigir que sólo se oponga el que tiene una excepción fundada, sería una contradicción técnica imposible de sostener. La oposición es primero, el reconocimiento de la misma viene después en sentencia. No se sabe si la defensa que hace el demandado contra el actor tiene asidero legal, porque para establecerlo se forma la litis.

El demandado se defiende porque tiene esa facultad, como el actor demanda porque ese derecho pertenece a su patrimonio jurídico. Nada tienen que ver ambos poderes con el fundamento legal que pueda o no acompañar a su ejercicio.

En estas condiciones no puede ponerse obstáculo al derecho de defensa con base en normas sustantivas, pues, repitiendo, es un poder

abstracto de obrar en juicio que tiene todo individuo y que está a su servicio para ser utilizado cuando otro ejercita el derecho de acción en contra suya.

#### 4.—LA JURISDICCION DENTRO DEL PROCESO

Hemos dejado para último la jurisdicción por cuestiones de método y nunca con el propósito de menospreciar su inmensa importancia. Muy por el contrario: reconocemos que para obtener el amparo de este poder es que se constituye el proceso.

Etimológicamente jurisdicción quiere decir facultad de declarar el derecho. Difícil es encontrar un término más expresivo que éste, pues nos da la idea exacta de lo que es la función del Estado frente a las controversias particulares.

Aunque dejamos a la doctrina sociológica la labor de desentrañar el porqué y el cuándo el Estado asumió el poder de juzgar, es bueno observar que, en cuanto a lo primero, siendo por completo imposible la organización social sin una autoridad capaz de resolver las diferencias humanas, la superestructura a que se llegó, ya por pacto expreso o tácito, ya por el instinto gregario que impulsa al hombre a buscar la compañía de los semejantes para resolver sus múltiples problemas cada día más difíciles, debió necesariamente asumir aquella facultad para asegurar la paz y el entendimiento entre los seres que lo integran como único medio de cumplir los fines que le están encomendados y justificar así su existencia. En estas condiciones, la potestad de juzgar es inmanente al Estado. No podría concebirse Estado sin Justicia, como tampoco en verdad sería posible entre los hombres la fórmula Justicia sin Estado.

Con este razonamiento se ha dado respuesta también a la segunda interrogante: "el cuándo". Desde sus inicios el Estado tomó por su cuenta el derecho de juzgar como condición primaria e indispensable para lograr su fortalecimiento y llenar su cometido. Empero, esa potestad debió existir de manera incipiente en manos de los jefes de las distintas organizaciones sociales que precedieron a la formación del Estado: la familia, el clan, la tribu, etc. Por supuesto, que esta facultad, tan defectuosamente administrada, nunca podría asimilarse a la función jurisdiccional moderna, que engendra el concepto de Justicia humana, motivo por el que hemos sostenido que esta idea y la del Estado son inherentes. Justicia no es autoridad individual de un caudillo o de una oligarquía; cuando menos podríamos concretarla como voluntad o sentimiento social, para no hablar de su concepto absoluto y más bien colocarnos dentro del terreno humano, que es el único a que podemos pretender.

Volviendo al tema propio de nuestro estudio, tenemos que afirmar que también la jurisdicción es un puro poder jurídico, que permite al Estado declarar el derecho. Se trata de una facultad general y no de una obligación que oficiosamente debe hacerse presente en todos y cada uno de los casos en que se presenta una controversia particular o un que-

brantamiento de las normas sociales. Así vemos, entonces, que el Estado tiene una facultad jurídica, un poder abstracto de declarar el derecho, capaz de ser ejercitado en cualquier momento en que los individuos requieran su intervención ante la imposibilidad que afrontan de resolver sus diferencias por sí solos o cuando razones de alto interés social demandan su actuación inmediata (Justicia Penal).

Muy distinto sucede con la competencia —que es la jurisdicción del caso concreto—, en que el Juez tiene el deber de intervenir. Pero ya esto supone que se ha planteado el asunto ante los tribunales y entonces aquel puro poder jurídico que tenía el Juez para actuar hipotéticamente, si se le pedía su intervención, se convierte ahora en una obligación legal.

Lo anterior lo hemos expuesto en el afán de definir, repetimos, la independencia absoluta del concepto de jurisdicción, como un puro poder jurídico abstracto y general que tiene el Estado para declarar el derecho controvertido y hacer posible, de ese modo, la convivencia humana.

##### 5.—IMPOSIBILIDAD DE PROCESO SIN ACCION

En esta forma nos queda cerrado el triángulo de la relación jurídica en el proceso civil y nada se produce dentro de él que no sea en ejercicio de uno de los tres poderes citados.

Ahora bien, para que un proceso sea válido, para que cuente en verdad con este carácter, es necesario que esas tres potestades estén fielmente expresadas. Veamos.

La naturaleza de los derechos privados determina que sólo mediante la facultad de accionar puede el Juez conocer de una controversia sobre uno o más de ellos, de tal modo que no sería posible aceptar la jurisdicción sin acción. Ningún régimen respetuoso de la personalidad humana sería capaz de inmiscuirse oficiosamente en este tipo de relaciones, porque es sabido que en muchas oportunidades los individuos prefieren sufrir un quebranto moral o económico a plantear su caso ante los tribunales y exponerse al comentario escandaloso que alrededor del mismo podría crearse. Y, aun todavía, continuamente sucede que una persona considera preferible aceptar una pérdida o hasta el deshonor, que verse obligada a llevar una querrela adelante y soportar la incertidumbre, las molestias y las preocupaciones que ello trae consigo. Todo lo anterior, aparte de los peligros de persecuciones constantes, hace que nos demos cuenta, sin pensar mucho, que no podría admitirse en ningún momento la existencia de un proceso sin que haya habido para ello la formulación de una demanda.

Nuestro Derecho positivo contiene una disposición, en el artículo 179 del Código Civil, que obliga al Juez a proveer de tutor al menor que no lo tenga, siempre que de cualquier modo llegue a su conocimiento ese hecho. A falta de regulación expresa en el Código de Procedimientos Civiles para esta intervención oficiosa, tendría el Juez que aplicar, por analogía, lo dicho sobre jurisdicción voluntaria en los artículos 749 y siguien-

tes, procurando ajustarlos al espíritu que impulsa a aquella norma civil. Pero fácilmente puede observarse que nunca se han preocupado nuestros tribunales de que no haya ningún menor sin tutor, por muchas razones de orden práctico que no es el caso comentar; sobre esta materia se ha acatado únicamente el mandato de los artículos 144 y siguientes de Procedimientos Cíviles, que establecen la representación legal para pleitos.

Ahora bien, no obstante de aceptarse la tesis expuesta en cuanto a la aplicación de las normas de jurisdicción voluntaria, nada se estaría diciendo en contra del principio de que no puede haber proceso sin acción, porque estos trámites no son otra cosa que diligencias procedimentales (función administrativa) y no verdadero proceso civil, en el que es necesaria la controversia.

## 6.—INEXISTENCIA DE PROCESO SIN JURISDICCION

Si no puede existir un proceso sin demanda, mucho menos podría hablarse de él faltando la jurisdicción. Parece ocioso insistir en que carecería de efectos la decisión de un simple particular o de un grupo de ellos y aun la de cualquier órgano del gobierno que no tuviera el carácter de autoridad judicial. Este principio está contenido en los artículos 35, 152 y 153 de la Constitución Política, 1 y 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Normalmente un proceso llega hasta la sentencia definitiva que acoge la demanda en mérito o la rechaza por falta de presupuestos sustanciales. Empero, la resolución que declara con lugar una excepción perentoria formal y pone así término al juicio interlocutoriamente, es, a no dudarlo, un acto jurisdiccional. Porque, en esta concepción, el pronunciamiento de jurisdicción no se cumple sólo con la sentencia de fondo, sino que se logra con cualquier declaración de derecho que ponga término al proceso, ya sea por cuestiones materiales o formales. Por supuesto, que el fin para el que se constituye un proceso es el de obtener una decisión sobre el derecho controvertido, pero no podemos negarle ese carácter a aquél que no llegó hasta esa fase por motivo de imposibilidad formal. Nada se dijo sobre la procedencia o de la pretensión alegada, pero se puso fin a la disputa judicial instaurada, por lo que el proceso levantado surtió todos sus efectos. Hubo ejercicio del derecho de acción, ejercicio efectivo del derecho de excepción o posibilidad no aprovechada de ejercitarlo y ejercicio del poder jurisdiccional por parte del Estado. Nada falta pues. Hay proceso.

En cuanto a los árbitros de derechos y arbitradores, debemos decir que tienen el carácter de funcionarios que administran justicia para el caso particular en que hubieren sido nombrados por las partes o para el que resultaren electos en el sorteo verificado de acuerdo con la lista formada por la Corte Suprema de Justicia, en virtud de que su actuación equivale a la que podría tener un Juez común en juicio declarativo (artículos 43 de la Constitución Política, 396 y 397 del Código de Procedimientos Cíviles y 3, inciso 3 de la Ley Orgánica). Es conveniente dejar cla-

ro que esta clase de juicios no son una negación de la justicia estatal, porque es precisamente el legislador quien les confiere a los particulares la facultad de recurrir con sus querellas a personas que no son normalmente funcionarios judiciales, otorgándoles competencia a los designados y sujetando su actuación a ciertas normas para obtener una correcta y justa decisión. Además, siempre cabría la revisión judicial mediante el planteamiento de un recurso de esta naturaleza contra el fallo arbitral. Vemos entonces que la intervención del Estado no desaparece y la persona o personas encargadas de declarar el derecho forman parte de la administración de justicia, aunque sea únicamente para el caso concreto.

#### 7.—NECESIDAD DE QUE EXISTA DENTRO DEL PROCESO LA POSIBILIDAD DE EJERCITAR EL DERECHO DE DEFENSA

Por último, corresponde analizar la presencia del derecho de defensa en el proceso. Se decía atrás que todo individuo que es llevado a juicio tiene una facultad irrestricta de defenderse, presentando las excepciones que a bien tenga, aun cuando en la realidad la pretensión del actor sea completamente fundada y la oposición se considere luego improcedente y hasta temeraria. Esto no es más que la consagración en el proceso civil del principio de derecho criminal de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio. En verdad, todo buen sistema procesal debe inspirarse en brindar oportunidades iguales a las partes para alegar lo que estimen a bien en su favor. Si existe mala fe en el actor o en el demandado, quien esté en esa situación, y así se le pruebe, perderá el juicio en su extremo principal y será condenado a pagar costas personales y procesales. Esta es la sanción para quien litiga sin fundamento y constituye un motivo más para no negar a ninguna persona el derecho de demandar ni el de defenderse en juicio.

Sin embargo, vemos que no son escasos los procesos en los que aparece ausente la defensa. Esta actitud de un demandado puede ser *debida a que acepta el derecho que le asiste al actor, pero también a ignorancia, falta de medios, etcétera*. Como ni el actor ni los tribunales pueden estar sujetos a que el demandado quiera o pueda defenderse, se impone la necesidad del juicio de contumacia o rebeldía, en interés a la *finalidad de una justicia pronta y cumplida*.

Pero, ¿es acaso el juicio en rebeldía la negación del principio que se ha venido sustentando de que el derecho de defensa es uno de los elementos que constituyen el proceso y el último que aparece cerrando la relación procesal? Evidentemente que no. No hay que olvidar que los tres poderes de que antes hablamos (acción, jurisdicción y excepción), son simples facultades jurídicas y nada tienen que ver con su ejercicio. El hecho de que un demandado no quiera defenderse, por eso no se le va a negar Justicia al actor que solicita su amparo. Si esto no fuera, tendríamos también que protestar contra la situación opuesta, es decir, la de una persona que tiene un derecho que *reclamar de otra y no presenta la querella*. En ambos casos se tienen poderes jurídicos para actuar y no se ejercitan. La diferencia es que la negativa del actor se produce

antes del juicio y la del demandado dentro de él. Vemos, pues, que tanto la acción como la excepción son simples potestades y que el proceso de contumacia es el medio ideado para obtener la decisión en una diferencia de intereses que, de no ser así, quedaría pendiente y crearía una situación de evidente injusticia. Por lo mismo, nada tiene que ver con la validez de un proceso el no ejercicio del derecho de defensa, en tanto en cuanto haya existido una posibilidad verdadera para el demandado de concretar oposiciones. La posibilidad de que se habla se concede con la notificación del traslado de la demanda y el conferimiento de un término para contestarla y plantear excepciones (artículos 93, 101, 228 y 229 del Código de Procedimientos Civiles).

#### 8.—SEMEJANZA CON LA TEORIA DE LA LITIS DE CARNELUTTI.

Todo lo dicho hasta aquí tiene por objeto presentar la composición del proceso con tres elementos independientes entre sí, pero profundamente relacionados: Nuestra formación la basamos en la presencia necesaria dentro del proceso de esos tres poderes, que son los que conducen controvertidamente a la decisión final del Juez.

Llevados por una idea todavía no desarrollada en su plenitud, advertimos ahora que en esta posición doctrinaria nos hemos acercado un poco a la abstracta concepción de Carnelutti de la litis, expuesta como una nueva orientación del Derecho Procesal en su tratado "Lezioni" y defendida en amigable y sustanciosa polémica con Calamandrei, que puede encontrarse en el libro titulado "Estudios de Derecho Procesal". (2).

Carnelutti edifica su vigorosa teoría en la idea de que la litis es un conflicto de intereses regulado por el derecho y que el proceso tiene por objeto la composición de ésta, es decir, la obtención de una decisión en mérito a las razones jurídicas de las partes.

Aunque no es nuestro objeto separarnos demasiado del tema central de este estudio y no queremos —y sin duda no estamos capacitados todavía para hacerlo— seguir al maestro italiano en las vastas explicaciones de su fórmula mágica de litis-proceso, con un poco de desdén para el concepto de acción, nos ha llamado la atención que coincidamos en algunos aspectos con Carnelutti, especialmente cuando vemos el proceso civil como una relación jurídica basada en un conflicto de intereses, verdadero o supuesto, y que tiene por finalidad el pronunciamiento del derecho de las partes. A esta razón se debe que intentemos un comentario al respecto, con las salvedades del caso.

Tampoco nos extenderemos mucho sobre las interesantísimas críticas de Calamandrei a las construcciones carneluttianas (3).

#### 9.—EXPOSICION, OBJECIONES Y DIFERENCIAS EN RELACION CON LA TEORIA ANTERIOR

Una de las objeciones fundamentales a la teoría de Carnelutti consiste en el ataque que se le hace a través del proceso sin litis. El tratadista acepta pacientemente el argumento, en algunos casos, diciendo

(2) Ver obra citada, Tomo II, páginas 5 y siguientes. Traducción de 1952, publicada por Ediciones Jurídicas Europa-América de Buenos Aires, Arg.

(3) Calamandrei, "Estudios sobre el Proceso Civil", páginas 265 y siguientes. Traducción de 1954, publicada por Editorial Bibliográfica Argentina.



en su defensa que éstos constituyeron la excepción que viene a confirmar la regla y poniendo la comparación de los actos legislativos que se dictan como leyes (nombramiento de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia entre nosotros, por ejemplo), cuando en realidad no lo son sino en sentido impropio (4).

Con su enorme sentido crítico, Piero Calamandrei propone el caso en que se discute la nulidad de un matrimonio en la que están de acuerdo ambas partes, como un proceso sin litis (5).

Carnelutti contesta diciendo que Calamandrei está confundido y que hay que distinguir entre litis y contradicción. Oigámoslo:

"...La contradicción puede ser un índice de la litis; pero no es ni condición necesaria ni suficiente de ella.

No es condición necesaria: está en litigio con el acreedor el deudor que no paga la deuda vencida, aunque no conteste su obligación, ya que no la satisface, y por lo tanto lesiona el interés del acreedor.

No es condición suficiente: no está en litigio con su progenitor el hijo pródigo que contradice a la demanda de inhabilitación propuesta por aquél, ya que, como lo he demostrado en las Lezioni (II, n. 89), no hay conflicto de intereses, sino únicamente contraste de apreciaciones (de un mismo interés) entre los dos" (6).

Comentando el primer ejemplo de Carnelutti, sobre el caso de que la contradicción no es condición necesaria de la litis, no podemos aceptar como acertado el criterio, pues vemos conflicto de intereses siempre que hay una situación de diferencia que obliga al juicio, independientemente de que el demandado haga uso del derecho de defensa o no. Nos parece que se confunde en Carnelutti la relación puramente procesal con el interés que lleva a las partes al juicio, o sea, la relación sustancial a dilucidar.

En cuanto al ejemplo combativo de Calamandrei y al analizado en segundo término por Carnelutti, ambos se pueden ver con el mismo ojo avizor. Calamandrei dice que en la nulidad del matrimonio pedida de mutuo acuerdo no hay litis (no hay contradicción diría Carnelutti, aun cuando acepta que tampoco haya litis). Carnelutti expone que no siempre la contradicción es condición necesaria para la litis y que en la demanda de prodigalidad combatida por el hijo no hay litis, pero sí contradicción. Aparentemente este es un juego de palabras difícil de descifrar, debido al poco entendimiento que entre sí ambos tratadistas demuestran no sólo en sus apreciaciones de fondo, sino también en el significado mismo de los términos. Toda la confusión está en que Carnelutti acepta, por último, que hay algunos procesos que por excepción carecen de litis, pero que litis y contradicción no son la misma cosa; y que Calamandrei, confundiendo los dos términos, critica la teoría de aquél poniendo en evidencia los procesos sin litis.

(4) Carnelutti, obra citada página 23.

(5) Calamandrei, obra citada, página 276.

(6) Obra citada, Tomo II, Página 20.

Ahora bien, a nosotros nos parece entender la diferenciación carneltiana, empero, no la aceptamos. En realidad no nos convencen, por más que lo tratamos, la distinción entre contradicción y conflicto de intereses, además que estimamos que es un asunto ajeno al derecho procesal. Y precisamente para ello, fundamos nuestra teoría en la concepción del derecho de defensa como un puro poder jurídico. No importa que el demandado no haga uso en el proceso de ese poder, lo que se debe considerar es que está en la posibilidad jurídica de ejercitarlo cuando quiera. La falta de oposición no le quita el carácter de contradictorio a un juicio, pues basta que haya un interés distinto en cada una de las partes, es decir, que exista un conflicto de intereses, para que la contradicción, procesalmente hablando, exista. La ignorancia del derecho de defensa llevó a erradas apreciaciones y polémicas imposibles de esclarecer.

Por otro lado, si intentáramos justificar la existencia de una litis o contradicción (para nosotros lo mismo) en esa clase de procesos a los cuales se les ha negado este atributo, podríamos decir que no es exactamente el mismo interés el que impulsa a ambas partes. Porque interés no es una posición simplista, de querer, sino que tiene sus motivos reales y sus consecuencias diversas para las partes, según el favor o el desfavor del pronunciamiento judicial. Así es. En rigor no es posible que dos personas tengan un interés idéntico y, por lo tanto, pese a que ambas deseen un mismo pronunciamiento, existe el conflicto de intereses en cuanto a las distintas situaciones en que se encontrarían en el momento de obtener la decisión querida. Un ejemplo pintoresco aclarará la idea: la sentencia que declare nulo un matrimonio, pedida por mutuo acuerdo, para el varón podrá significar la felicidad con otra esposa y para la mujer la liberación de una carga insostenible por incompatibilidad de caracteres; o bien, para el hombre la pérdida de una posición cómoda y para la mujer la perpetua soltería. Se nota que el interés que pueden tener las partes en obtener la anulación nunca podría ser el mismo. Hay, pues, conflicto de intereses, en sentido sustancial, o sea, litis, para hablar en términos de Carnelutti.

También podría considerarse que la controversia estaría entre las partes con su interés particular y el Estado defendiendo el interés social en resguardo de la institución del matrimonio e impidiendo de esa manera la invención de causales de nulidad para obtener una fácil disolución del vínculo.

Pero no nos llamemos a engaño y no contribuyamos a fortalecer una situación evidentemente antiprocesal, ni le demos etiqueta de verdad a algo que nunca podría ser un proceso.

Los dos tratadistas que venimos comentando están en lo cierto al negar Calamandrei que en el ejemplo por él propuesto no hay litis y al asegurar Carnelutti que en el suyo no hay contradicción. Sin embargo, el ardor que pusieron en sus respectivas teorías les impidió ver la realidad de lo que esos casos constituyen.

Calamandrei sigue la concepción acción-proceso y menosprecia respetuosamente el fundamento de la litis carneltiana. Estamos con él en lo referente a la importancia principalísima de la idea de acción

dentro del proceso, pero tenemos que disentir sobre la apreciación de que unas diligencias sin contradicción constituyan proceso.

Carnelutti extrema demasiado sus deseos de crear una teoría completamente nueva sobre los escombros de la "litis-contestatio" romanista.

Partiendo del criterio de que litis y contradicción son términos equivalentes, damos por cierto que el contenido del proceso se encuentra en el conflicto de intereses a cuya composición, resolución o decisión, tiende.

Es interesante observar la posición incorrecta en que se coloca nuestro Derecho positivo. Particularicemos un caso del ejemplo que ha propuesto Calamandrei: la nulidad del matrimonio. Supongamos que dos hermanos contraen nupcias ignorando ambos esa terrible coincidencia; luego se dan cuenta del vínculo de sangre que los une y se desesperan por romper tan desastrosa situación. Desde el punto de vista civil las dos partes cuentan con la misma causal (artículo 55, inciso 3, del Código Civil) y, *todavía más, el artículo 96 de ese texto legal dispone que la nulidad "puede declararse aun de oficio"*. Habría conflicto de intereses entre esos hermanos que quieren buscar la manera de terminar con lo que es imposible ante los ojos del hombre? Nunca. ¿Podría entonces formarse un proceso, en estricto sentido, con base de algo que, si bien es cierto que resulta completamente antijurídico, es igualmente cierto que carece de controversia? Negativa es también la respuesta. Aquí no puede haber proceso.

Sin embargo, el artículo 186 de Procedimientos Civiles establece que: "Toda contienda judicial que no tenga señalada una tramitación especial, se decidirá en juicio ordinario". Esto, que al parecer es una regla muy sabia, en la realidad es un arma de dos filos: por un lado obliga a las partes a mentir en situaciones como la comentada, simulando un conflicto, y, por el otro, le asesta una puñalada al Derecho Procesal, creando procesos donde no los hay.

Siguiendo con el caso de examen, tendría uno de los desdichados esposos que demandar al otro, y nada menos que por la vía ordinaria, para obtener lo que ambos desean. Este sistema es, a todas luces, un absurdo jurídico, en consideración a que obliga a un "proceso falso".

En verdad que, en casos como el comentado, el Juez debería intervenir en ejercicio de la función administrativa, de la que luego hablaremos, pues su gestión es únicamente en resguardo del interés legal que ordena mantener el vínculo y concede la nulidad sólo en casos realmente excepcionales. En ese entendido, la labor de los tribunales debe concretarse tan sólo a velar porque las causales aducidas sean ciertas en el terreno de los hechos. No se ve, entonces, por donde pueda estar la razón para llevar a las partes a un juicio contradictorio.

Un argumento más en favor de este criterio es el de que, según lo dice el artículo 96 del Código Civil recién citado, las nulidades del artículo 55 son declarables de oficio. Pero no indica nuestro procedimiento la forma cómo debe actuar el Juez y así la regla sustantiva queda sin aplicación. Sucede lo mismo que con la obligación judicial del artículo 179 *ibidem*, sobre el nombramiento de tutor al menor que no lo tenga y no esté sujeto a patria potestad, en que, como lo vimos en el número 5, cuando se habló de la imposibilidad de jurisdicción sin acción, la nor-

ma civil no se acata por falta de un procedimiento al efecto. Todo esto contribuye a afirmar la idea de que esta clase de asuntos deben remitirse a la vía administrativa del Poder Judicial, reconociendo que no se trata de jurisdicción, ya que no hay conflicto que necesite declaratoria de derecho.

Podríamos comentar casos muy parecidos, en que falta la controversia, como algunos que pueden presentarse en el divorcio y, aún, en el derecho de las obligaciones.

#### 10.—LA FUNCION ADMINISTRATIVA DEL PODER JUDICIAL

Indudablemente que con la anterior concepción del proceso se están dejando por fuera una serie enorme de actuaciones judiciales que no podrían caber dentro de ese molde. Por referencia citemos los actos prejudiciales y los incluidos dentro de la llamada jurisdicción voluntaria. En lo que respecta a los primeros, entrarían a formar parte del proceso una vez que éste se instituyera y por tal razón bien podrían admitirse en él cuestiones, por la vía incidental, sobre lo actuado en esa clase de diligencias previas.

Sin embargo, es la idea formalista que impulsa el reconocimiento de la comentada jurisdicción voluntaria, la que viene a darle solución al punto. Bien se ha dicho que ésta no es jurisdicción ni es voluntaria. No es jurisdicción porque las diligencias que por este medio se llevan a cabo no traen una declaración de un derecho, sino que se trata de actos precautorios de situaciones que el legislador quiso proteger con la rectitud y el saber del Juez. Y no es voluntaria porque no depende del albedrío de las personas recurrir o no a ella cuando se encuentran dentro de las previsiones de la ley, pues para actuar conforme a derecho necesitan por fuerza que busquen la autorización judicial. Para no caer en ejemplos que extenderían demasiado este trabajo, basta con remitirse a considerar las diligencias comprendidas en el Libro III, Título I del Código de Procedimientos Civiles, en donde se puede destacar con claridad la crítica anterior en cada una de ellas (hacemos salvedad de las "oposiciones al matrimonio", que más bien están concebidas dentro de nosotros como un proceso sumario).

El mismo Carnelutti dio el paso que hacía falta ideando lo que llamó, muy correctamente a nuestro entender, la función administrativa del Poder Judicial, en oposición a la función procesal o jurisdiccional propiamente dicha. A esto habría que agregar la función constitucional, que se realiza en nuestra legislación de acuerdo con los siguientes textos: artículos 10, 48 y 128 de la Constitución Política; 926 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles; Ley de Hábeas Corpus (Nº 35 de 24 de noviembre de 1932) y Ley de Amparo (Nº 1161 de 2 de junio de 1950).

La función administrativa equivale a una nueva edición, corregida y aumentada, de la jurisdicción voluntaria. La forman todas aquellas actuaciones que requieren la intervención judicial para su validez, sin estar empujadas por conflicto de intereses alguno. En ella caerían, además, por ejemplo, los procedimientos sucesorios, la quiebra y la insolvencia (en cuanto se refieren a la distribución del pasivo), la jactancia, etcéte-

ra. Tampoco pasarían de ser actos administrativos del Poder Judicial las diligencias prejudiciales que no se llegaran a hacer valer en un proceso contradictorio.

Claramente se comprende la diferencia entre la función jurisdiccional o procesal y la función administrativa. En la primera, el Juez actúa para decidir un conflicto de intereses en juicio, tomando como instrumento para ello la ley; en la administrativa el Juez interviene con el propósito exclusivo de cumplir un mandato legislativo que consideró que cierta situación en las relaciones humanas debía ser tutelada especialmente, rodeándola de una serie de formalidades que impidieran daños morales o materiales en perjuicio de los menores y de los incapaces (tutela, curatela, depósito, venta de bienes), de la mujer casada (depósito) y, en general, de todas aquellas personas que en un momento determinado podrían ser fáciles víctimas de la intención malévola de otras (los herederos en las diligencias sucesorias, los acreedores y el propio fallido en la insolvencia y quiebra, etc). Por otra parte, en los actos prejudiciales el interés protegido no es otro que el de la propia persona que solicita la intervención judicial o el de aquella en cuyo favor se pide; y tienen el propósito de brindarle la manera de defender por anticipado los derechos que posteriormente podría hacer valer en un contradictorio. Se nota, pues, no sólo la ausencia absoluta de controversia, sino el deseo evidente de beneficiar a la persona que resulte en el caso previsto por la ley. Puede haber, en algunas oportunidades, un acuerdo de partes y hasta el ánimo de favorecer a la persona protegida, empero, deben seguirse los procedimientos en interés único de la voluntad del legislador. Todo esto explica bien la denominación de función administrativa impuesta por Carnelutti y hace que la aceptemos como acertada y la extendamos.

#### 11.—¿QUE ES PROCESO CIVIL?

Tócanos ahora decir, en sentido estricto, ¿qué es un proceso civil? En todo lo expuesto hasta aquí se ha sostenido la formación del proceso sobre tres poderes jurídicos: la acción, la excepción y la jurisdicción; además, hemos aceptado la necesidad de que haya conflicto de intereses que componer por medio de la intervención jurisdiccional para que exista proceso: el conflicto constituye su contenido y la composición el fin.

El proceso no es otra cosa, a nuestro entender, que UNA RELACION JURIDICO-FORMAL, NACIDA A CONSECUENCIA DE LAS POSIBILIDADES QUE TIENEN LOS INDIVIDUOS Y EL ESTADO DE EJERCITAR SUS PODERES DE ACCION, EXCEPCION Y JURISDICCION, INTEGRADO POR UNA SUCESION DE ACTOS JURIDICOS Y CUYO FIN ES EL DE RESOLVER UN CONFLICTO JUDICIAL.

Se habla de relación jurídico-formal para indicar el ligamen que se establece entre las partes que intervienen (actor, Juez y demandado), es decir, la interdependencia que entre ellas existe por motivo de estar encaminada la actividad de todas a la consecución de un mismo objeto:

la decisión de una controversia. La razón de adicionar la expresión con el calificativo de "formal" es para subrayar más la naturaleza de ese nexo, con el propósito de establecer una diferencia total de la relación puramente procesal de aquella relación material que en el terreno de los hechos se pueden encontrar los sujetos, como derivación de sus intereses opuestos, que dentro del juicio aparecen como pretensiones del actor y del demandado.

Por la propiedad de la explicación, nos parece oportuno citar los siguientes párrafos de Eduardo J. Couture sobre la relación jurídica:

"Por tal se entiende uno o más sujetos activos, un poder calificado, una esfera de actuación y objeto determinado.

El proceso es relación jurídica en cuanto varios sujetos, investidos de poderes determinados por la ley, actúan en vista de la obtención de un fin.

Los sujetos son el actor, el demandado y el juez; sus poderes son las facultades que la ley les confiere para la realización del proceso; su esfera de actuación es la jurisdicción; el fin es la solución del conflicto de intereses. . ."

"Relación es la unión real o mental de dos términos, sin confusión entre sí. Relación es vínculo que aproxima una cosa a otra, permitiendo mantener entre ellas su primitiva individualidad. Cuando en el lenguaje del derecho procesal se habla de relación jurídica, no se tiende sino a señalar el vínculo que une entre sí los diversos actos procesales" (7).

No obstante que nos adherimos gustosamente a esta manera de mirar el proceso, no despreciamos la teoría de la situación jurídica de Goldschmidt y nos atrae singularmente la concepción del proceso como una institución, por la unidad del término y el uso que el mismo está imponiendo en todas las ramas del Derecho, lo cual hace que cada día sea más comprensivo y que se vaya configurando la institución como algo complejo, de caracteres múltiples y que envuelve una idea de permanencia.

La idea del proceso como una relación jurídico-formal es derivación de las posibilidades de ejercicio de los poderes de que tanto se ha hablado, pues la presencia de ellos dentro del proceso es la que viene a producir la relación. No insistiremos más sobre este punto, ya que creemos haberlo dejado expuesto con amplitud en todo lo dicho hasta el momento.

Los actos jurídicos son todas aquellas manifestaciones de voluntad de las partes que impulsan sucesivamente el proceso hasta la producción del último de ellos: la sentencia. Las piezas en que se hacen constar constituyen la representación material del ejercicio de los derechos de acción, excepción y jurisdicción.

Conforme hemos visto, sólo hay proceso cuando se presenta un conjunto de actos jurídicos que tienen como fin la decisión de un con-

(7) Couture, "Fundamentos de Derecho Procesal Civil", páginas 66 y 67.

flicto, lo que equivale a decir que si no hay controversia tampoco hay proceso. La función jurisdiccional se ejerce únicamente en presencia de un conflicto de intereses discutido judicialmente.

Queremos dejar bien claro que el conflicto judicial no tiene ninguna relación con el fundamento de la demanda. Esta puede ser hasta temeraria, sin que ello le niegue su carácter al fenómeno procesal del conflicto. El proceso no es más que la manifestación del ejercicio que se ha hecho de los poderes de acción, excepción y jurisdicción, y nada importa la razón o sinrazón que se quiere hacer valer con los dos primeros para que el tercero decida. Esto explica lo que mal se ha dado en llamar "acción infundada." y también la validez de un proceso levantado en esas circunstancias. Decimos "lo que mal se ha dado en llamar" porque la acción, en sí misma, nunca puede ser infundada, la que tiene ese carácter es la demanda que se plantea sin sustento legal. De un derecho se puede abusar sin que por eso deje de ser tal derecho.

## 12.—CLASIFICACION DE LOS PROCESOS

No quisiéramos terminar esta primera parte sin dar una idea somerísima de algo que bien podría hacer incurrir en apreciaciones erróneas: se trata de la clasificación de los procesos.

Pese a que no hemos meditado todavía lo suficiente sobre el tema, es el propósito nuestro evitar confusiones entre lo que llamamos proceso contradictorio con el proceso ordinario.

Repitiendo, hay proceso cuando existe conflicto judicial, pero nótese que hacemos abstracción completa de la amplitud de la discusión y de los efectos del fallo. Todo pronunciamiento que resuelve un mejor derecho, sea de manera inatacable o bien sujeto a la posibilidad de una discusión más amplia, es un acto jurisdiccional y éstos sólo se producen dentro de un proceso.

Ahora bien, muchas veces lo que tiene urgente importancia para un individuo es una protección inmediata (interdictos); en otras, el título que está en su poder lo exime de buscar un reconocimiento o declaración de su derecho (ejecuciones, desahucios, etc.) y, en las más, se ve en la obligación de recurrir a una vía de mayor amplitud, porque sólo tiene una pretensión que necesita para su efectividad ser acogida por el órgano judicial. Lo que nos interesa resaltar es que, pese a sus profundas diferencias, en todos esos casos hay controversia y decisión de mérito, lo que es suficiente para reconocerlos la categoría de procesos.

Con estas bases se pueden clasificar los procesos en ordinarios y extraordinarios, los que a su vez son sumarios y sumarísimos, según sean las características de la discusión y los efectos del pronunciamiento judicial, habida cuenta de las finalidades perseguidas y del mayor o menor conocimiento llevado al Juez, de acuerdo con la amplitud concedida a las partes para aportar pruebas y alegar en su favor.

## CAPITULO SEGUNDO

### DEL DESARROLLO DE LAS IDEAS DE ACCION Y EXCEPCION

#### 13.—FINALIDADES QUE PERSIGUE EL CAPITULO

Este segundo capítulo comprende un bosquejo histórico de lo que en el transcurso de los tiempos han sido los conceptos de acción y excepción.

Hemos creído útil incluir la exposición que en las páginas siguientes se hace, para dar una visión de conjunto sobre dos de los principios básicos del Derecho Procesal y comprender, de este modo, un poco mejor sus orientaciones modernas.

Además, tenemos el propósito de destacar la identidad enorme que existe entre la acción y la excepción, de tal suerte que siempre han tenido una íntima correspondencia en cuanto a sus apreciaciones *de fondo*.

Por último, pretendemos en el presente desarrollo establecer una relación, lo más fiel posible, entre el primero y tercero capítulos de la tesis, para lograr, hasta donde nuestras facultades lo permitan, hacer de ella un todo coherente y dirigido hacia la explicación del criterio que en el curso de este trabajo tratamos de sostener.

Lógicamente, seguiremos muy de cerca las investigaciones hechas por algunos de los autores que nos han servido de fuente de información y se comprende, así, que lo único un poco original que puede haber es la labor propiamente de recopilación comparada y algunos comentarios y deducciones que nos han surgido del estudio de las grandes teorías.

#### 14.—LAS CONCEPCIONES CIVILISTICAS

##### a) La acción en Roma:

Bien sabido es que en Roma existieron tres periodos de evolución de su derecho: el de las acciones de la ley, el formulario y el extraordinario. En el primero, se designaban con el nombre de acciones de la ley las solemnidades que las partes debían cumplir ante el magistrado, quien llevaba a efecto una serie de ademanes y gestos para cada clase de ellas, a manera de fórmulas sacramentales que eran conocidas únicamente por los patricios. Tanto en este período como en el formulario, existió la doble instancia ante el magistrado y ante el Juez, quien en verdad era el que instruía el juicio y declaraba el derecho; quizá el motivo de tal división se fundó en la necesidad que tenían las clases altas de mantener su predominio sobre los plebeyos, guardando en secreto las normas jurídicas para asegurar más su superioridad en la ignorancia de los desposeídos. Las acciones se clasificaban así: la "actio sacramenti" (aplicada en todos los negocios, consistía en una apuesta que el perdedor pagaba en favor del culto); la "iudicis postulatio" (para cierto tipo de obligaciones determinadas); la "pignoris capio" (en favor sólo de al-



gunas clases y era una ejecución en los bienes del deudor); la "manus injectio" (era también una ejecución, pero directamente sobre la persona del obligado, a quien el acreedor podía matar o vender); y la "condictio" (al principio sólo para sumas de dinero, luego para todo reclamo de cosas particularizadas en si mismas; esta acción estaba plagada de formalismos).

En el segundo período la acción pasó a ser la fórmula que el magistrado entregaba al actor, quien podía usarla o no, y en la cual se investía al Juez de la facultad de declarar el derecho controvertido, según fuera el resultado de su instrucción sumarial.

En la última etapa del Derecho Romano existió el llamado procedimiento extraordinario, ya aplicado para algunos casos durante los períodos anteriores. Desapareció la doble instancia ante el magistrado y ante el juez y la acción se confundió completamente con el derecho material alegado, transformándose el juicio en escrito y oneroso (8)

La identidad que se estableció entre el derecho y la acción se reflejó en las mismas denominaciones que se le dieron a ésta, según el derecho material que correspondiera: acción publiciana (para recuperar la posesión perdida); acción serviana (correspondiente al acreedor prendario); acción cuasi-serviana (al acreedor hipotecario); la acción reivindicatoria (en favor del que se encontraba privado de su propiedad); acción "petitio hereditatis" (contra el poseedor de la herencia); etc.

#### b) La acción en la Escuela Clásica:

Después del período de oscurantismo que para todas las ciencias significó la Edad Media, ya en los últimos siglos de ésta se reiniciaron los estudios sistemáticos del Derecho, en especial por los integrantes de la Escuela que se conoce con el nombre general de los "glosadores", entre los cuales destacó muy particularmente el jurista italiano Bártulo de Sassoferrato (1313-1357). Este regreso a la ciencia de Roma culminó siglos más tarde con la promulgación del Código Napoleónico y con la pléyade de expositores civilistas que la gran obra jurídica del Emperador trajo consigo. Tampoco hay que olvidar la contribución de Federico Carlo Di Savigny, escritor alemán de origen francés, quien ha sido, sin lugar a dudas, el más destacado romanista de todos los tiempos y al que le correspondió afirmar muchos de los principios que contribuyeron a cimentar sólidamente los preceptos de la Escuela Clásica del Derecho.

Para la Escuela Clásica, al igual que en Roma, lo importante es el Derecho Civil y los procedimientos no son otra cosa que el conjunto de reglas prácticas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas materiales. Las instituciones básicas de la actual Ciencia del Proceso, formaron parte en capítulos de códigos y tratados civiles. Este es el caso de la acción sobre la que se aceptó, por muchos años, como perfecta la definición dada por Celso en las institutas: "el derecho de reclamar en justicia lo que nos es debido", discutida únicamente en cuanto a la

(8) Para este desarrollo ver Hugo Alsina, "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial". Tomo I, páginas 130 a 133, 175 a 176.

necesidad de adicionarla para que comprendiera también los derechos reales y no sólo los personales, pero guardando su misma línea de fondo. De esa situación nacieron una serie de conceptos mixtos e impuros que explicaban la acción como "un derecho elevado a la segunda potencia", como "la potestad inmanente al derecho de reaccionar contra la violación", como "el derecho mismo en movimiento o en su tendencia a la actuación", etc. (9). En esta identidad entre acción y derecho se hablaba de que no hay derecho sin acción (porque carecería de eficacia), que no hay acción sin derecho (ya que la primera es un elemento de éste) y, por consecuencia, que la acción participa de la naturaleza del derecho (real, personal, mixta). (10).

Todas estas concepciones estaban vaciadas en moldes civilistas, que le negaban la categoría que le corresponde al Derecho Procesal. Un clarísimo ejemplo de la doctrina clásica es nuestro artículo 1º del Código de Procedimientos Civiles, cuyo comentario reservamos para más adelante.

### c) La excepción en Roma:

Las excepciones en Roma aparecieron en el período formulario, como un medio de mitigar los rigores del Derecho Civil. Una de las partes que contenía la fórmula que el Magistrado entregaba al actor era la facultad que se confería al Juez de condenar o absolver, según el resultado de la prueba. De acuerdo con los términos sacramentales en que se fundaba el Derecho Civil, bastaba que el contrato fuera realizado guardando las formalidades para que existiera legalmente y el Juez condenara, sin importar que hubiera mediado fuerza o dolo. Entonces por derecho pretoriano se imaginó una restricción al derecho de condenar y, en caso de que el demandado alegara uno de esos vicios, se incluía en la fórmula una condición: "condenaréis a menos que se pruebe dolo o violencia". En esta forma nacieron las excepciones referidas al propio derecho de fondo y como una concesión del pretor al demandado.

En el período extraordinario del Derecho romano, desaparecida la doble instancia ante el Magistrado y ante el Juez y confundido el derecho material con la acción, la excepción pasó a ser una defensa del demandado, oponible a manera de antítesis al derecho alegado por el actor. (11)

### d) La excepción en la Escuela Clásica:

Con estas bases, los glosadores y la doctrina posterior derivaron la distinción entre excepciones en sentido amplio y en sentido estricto: entendiéndose por las primeras aquellas excepciones frente a las cuales

(9) Chiovenda, Ensayos de Derecho Procesal Civil. Traducción de Eduardo Santis Melendo, Buenos Aires 1949, Tomo I, Página 7.

(10) H. Alsina, obra citada, Tomo I, Página 177.

(11) H. Alsina, obra citada, Tomo II, Páginas 83 y 84.

la acción no existe y no se tiene más que una demanda "in via facti, de facto tantum"; y por las segundas aquellas que presuponen la efectiva existencia de una acción que, sin embargo, el demandado tiene el derecho de aniquilar. A este planteamiento del tema se llegó después de que La Glosa creyó encontrar en las institutas de Justiniano una distinción entre excepciones propiamente tales, que actúan en pleno derecho, y defensiones, que son las que necesitan para operar su formulación por parte del demandado. (12)

Concebida la acción dentro de la Escuela Clásica como una simple manifestación del derecho sustancial, correspondió a la excepción en esta doctrina una categoría similar como la parte del derecho que faculta al demandado para defenderse de aquélla. La confusión de los términos usados, denominando las acciones de la misma manera que a los derechos, se reflejó también en las excepciones: a la acción reivindicatoria, correspondió la excepción de prescripción; a la acción de cobro, la excepción de pago; etc. Esta doble terminología civilista todavía se mantiene en nuestro Derecho. (13)

## 15.—TENDENCIAS MODERNAS DEL DERECHO PROCESAL

### a) Investigaciones de Windscheid:

Como dice Couture "para la Ciencia del Proceso, la separación del derecho y de la acción constituyó un fenómeno análogo a lo que representó para la física la división del átomo. Más que un nuevo concepto jurídico, constituyó la autonomía de toda esta rama del Derecho". (14) En efecto, las investigaciones de Windscheid, a mediados del Siglo pasado, iniciaron una especie de germinación de lo que sería el Derecho Procesal, como disciplina independiente en nuestra ciencia. Lo expuesto anteriormente pertenece a la historia. Ahora veremos las teorías que más destacadamente han contribuido a marcar la separación de los aspectos material y procesal de la contienda jurídica.

Se puede afirmar que los estudios de Windscheid no vinieron a resolver nada del problema de la autonomía de la acción, pero tienen el enorme mérito de haber despertado la investigación procesal, que habría de culminar más tarde con las teorías de Adolfo Wach y Giuseppe Chiovenda, las cuales abrieron definitivamente el campo del Derecho Procesal. Por eso es justo considerar al primero de los autores citados como un precursor de esta rama de la ciencia jurídica y, por lo mismo, merece ser incluido en este desarrollo de las concepciones modernas.

Windscheid en su libro "La acción del derecho civil romano desde el punto de vista del derecho actual" (1856), trata de desentrañar la doble terminología existente en Alemania: la actio romana, que era la actividad del individuo dirigida contra el obligado, y la Klage o querrela, dirigida contra el Estado. Ambas nociones tenían en común la particu-

(12) Chiovenda, obra citada, Tomo I. Páginas 264 y 265.

(13) Couture, "Principios", obra citada, Página 37.

(14) Couture, obra citada, Página 13.

laridad de referirse a la persecución en juicio del derecho material alegado por el actor. Afirmaba Windscheid que la actio en Roma era el mismo derecho sustancial y no propiamente un derecho nuevo que se ejercitaba contra el obligado. Concibió entonces su doctrina "moderna" de la siguiente manera: un derecho determinado (la propiedad, por ejemplo), es eso, tan sólo un derecho, que no se convierte en derecho de accionar sino cuando es violado, pero es siempre el mismo derecho, aún más, prescindió de la acción y usó el término "Anspruch", el que, después de muchas discusiones doctrinarias, llegó luego a configurarse como pretensión jurídica. Se ve, pues, que con esta "Anspruch" no se ha ido mucho más allá de aquel concepto mixto que estimó la acción como la potestad inmanente al derecho de reaccionar contra la violación, pero tiene el mérito de haber destacado alguna diferencia entre el derecho material propiamente dicho y la actuación del actor. Asimismo, refuta el concepto de la Klage o Klagerecht, diciendo que es una creación de los juristas, sin realidad en el Derecho Romano ni en el moderno. (15).

A esta teoría de Windscheid que identifica la acción con la pretensión del demandante, correspondería la excepción como la pretensión que hace valer el demandado. Ambas se refieren a cuestiones sobre el fondo; nada dicen en cuanto a la autonomía de la acción y de la excepción.

#### b) Teoría de la tutela jurídica:

La presencia en el derecho germánico del Klagerecht, entendido como una actividad dirigida contra el Estado, trajo como consecuencia que se estudiara el carácter de los derechos públicos subjetivos, buscándose el sujeto pasivo de ellos. La investigación se dirigió en esta forma de manera distinta a Windscheid y se encontró en el Estado el elemento obligado a tutelar los derechos de los particulares que habían sido lesionados.

Las afirmaciones de Windscheid dieron lugar a una discusión de gran utilidad con Muther, autor también alemán, que en el año 1857 escribió un libro denominado "La teoría de la acción romana y el derecho moderno de obrar", en el que refutaba la doctrina del anterior. A Muther corresponde el haber expuesto, de primero, pero en principio sólo, la teoría de la tutela jurídica. Al través del concepto del Klagerecht, llegó a configurar ese derecho de obrar como el contenido de la acción moderna. Para este tratadista la acción es un derecho frente al Estado en la persona de sus órganos jurisdiccionales. La tesis de Muther presupone un derecho privado lesionado y el deber del Estado de prestarle protección contra el obligado.

La teoría de la tutela jurídica tiene su principal exponente en Adolfo Wach, quien en verdad fué el que le dio fuerza en la doctrina con su libro "La acción declarativa" (1885). En su labor crítica y renovadora de los conceptos sostenidos hasta la fecha, Wach concibe la acción como un derecho a la tutela jurídica, frente al Estado para que la imparta y frente al adversario para que la soporte. Con el propósito

(15) Chiofenda, obra citada, Tomo I, Páginas 8 y 9.

de explicar la autonomía de la acción, el autor mencionado recurre a las llamadas acciones de declaración de certeza, las que no presuponen un derecho privado violado que deba reintegrarse, sino que se plantean por el mero interés de obtener un pronunciamiento judicial para resolver la duda sobre la existencia o inexistencia de una relación privada y no con el fin de lograr la satisfacción de un derecho derivado de ella (investigación de paternidad, nulidad de un matrimonio, adquisición de una servidumbre, etc.).

La acción como un derecho independiente de la relación material, se explica en esta teoría diciendo que se satisface con la sola actuación tutelar del Estado, mientras que el derecho privado reclamado, pese a la protección pública realizada, puede permanecer insatisfecho, como en supuesto, que el fin para el que se constituye un proceso es el de obtener una decisión sobre el derecho controvertido, pero no podemos negarle el caso de la ejecución infructuosa (porque el deudor no tenga bienes).

Muchas críticas se han hecho a la teoría de la tutela jurídica y hasta nosotros tenemos una propia: creemos que la principal objeción que se le puede formular es la de que no logró, no obstante los esfuerzos de sus autores, la meta deseada de demostrar la autonomía de la acción; porque la tutela del Estado en la tesis de Wach requiere siempre, y por lo menos, de una verdadera relación privada de derecho que proteger por medio de esa intervención pública, con lo cual se deja sin explicación el problema de una demanda infundada (temeraria) en la que no exista siquiera esa relación, pero que, sin embargo, ha dado lugar a un proceso y al pronunciamiento del órgano público. Una tutela así concebida importa la protección de un derecho de carácter procesal, pero no en sí mismo, sino en función de un verdadero interés privado (no es una protección al derecho autónomo de acción, sino al derecho privado que por medio de ella se hace valer).

No vemos, pues, la suficiente separación entre el derecho privado y la acción, debido a que esta doctrina todavía no hace abstracción completa del elemento material, al dirigirla hacia el particular "para que la soporte".

Pasando a la excepción, la teoría que venimos comentando la considera también como un derecho que tiene el demandado a la tutela jurídica estatal, para pedir el rechazo de una demanda en razón de ser infundada.

#### **e) El derecho autónomo potestativo:**

Uno de los acontecimientos más importantes en el desenvolvimiento del Derecho Procesal ha sido, sin lugar a dudas, la formulación de la teoría de la acción como un derecho autónomo potestativo, expuesta por Guisepppe Chiovenda en una conferencia dictada en la Universidad de Bolonia en el año de 1903.

Recordemos que la teoría de la acción de Wach tuvo una doble directriz: frente al Estado para obtener la tutela y frente al adversario para su soporte. Chiovenda combatió por mixta esa concepción, pero especialmente su crítica fue dirigida contra la tutela frente al Estado. En

sus meditaciones sobre Wach expresa que no ve cómo puede hablarse de la acción como un derecho que comprenda algo distinto a la única orientación que lógicamente debe tener, sea, su tendencia frente al adversario. Plantea una serie de interrogaciones —no muy claras por cierto— y es curioso que en una de ellas se acerca, con fines de contradicción o crítica y no de aceptación, a lo que es el verdadero carácter de la acción: “¿el derecho subjetivo del individuo no consistiría, pues, sólo en el poder de proponer la demanda judicial?”. Pero, por sobre todo, como él lo dice, su principal objeción a Wach consiste en la misma que se le hizo al Klagerecht alemán: ¿pensamos verdaderamente nosotros en un derecho frente al Estado, cuando hablamos de acción? ¿Piensa el profano, al llevar a cabo una litis, ejercitar un derecho frente al Estado? Estas interrogantes toman forma al exponer Chiovenda que el derecho a la tutela jurídica del Estado no es la potencia que nosotros sentimos animar al proceso civil.

Desechada por Chiovenda la teoría del derecho frente al Estado, afirma que la acción es un poder que se tiene frente al adversario, y no contra éste, porque ella no supone obligación alguna de la parte demandada. Según el maestro italiano la acción consiste en el poder jurídico de realizar la condición para la actuación de la ley. A la acción no corresponde ningún deber procesal del adversario, sino pura y simplemente su sujeción a los efectos jurídicos a que la acción tiende; esos efectos jurídicos constituyen la propia actuación de la ley, que es lo que se persigue con la acción. Esta existe siempre que la ley hace depender de una voluntad privada la propia actuación y no tiene nada que ver con el derecho subjetivo, no es una parte suya, no es una función suya, no es una potencia suya, ni un poder que surge necesariamente de la violación de un derecho.

Configuraba así la acción como un derecho autónomo, buscó Chiovenda su ubicación dentro del sistema de los derechos. Hay derechos que conceden al titular la facultad de ejercer el efecto jurídico que le interesa, frente a una o más personas que no están obligadas a ninguna prestación como resultado de ese ejercicio, sino que simplemente están sujetas, de modo que no pueden sustraerse o evitar ese efecto jurídico; es decir, esta sujeción consiste en que la persona frente a la que se ejercita no puede dejar de querer que el efecto se produzca. Como se ve, y repitiendo, en esos derechos el titular los puede o no ejercitar, sin que la otra parte tenga la posibilidad de hacer nada para evitarlo. A esta clase de derechos Chiovenda llama potestativos y forman esa categoría, entre otros, los siguientes: la impugnación de actos jurídicos diversos, como contratos, testamentos, matrimonio, reconocimiento de hijos, etc.; la revocación de un mandato, de una donación o de un testamento; la aceptación o renuncia de una herencia; la división de un inmueble; la disolución de una sociedad; la expropiación por causa de utilidad pública; etc. Dentro de este grupo de derechos del poder jurídico sitúa Chiovenda a la acción, dándole, a su vez, el carácter del derecho potestativo por excelencia (16).

(16) Para todo el desarrollo expuesto, ver Chiovenda, obra citada, Tomo I, Páginas 16 a 30.

Casi nos atreveríamos a afirmar que la solidez de granito de la construcción chiovendiana soporta sin dificultades cualquier ataque crítico que se le quisiera hacer. No por falta de méritos todos los estudiosos de nuestra ciencia le reconocen a este maestro la gran obra de haber delimitado, desde su punto de vista, los campos del proceso y del derecho de fondo. Para contradecir la tesis anterior hay que tener la fortaleza intelectual de su autor. En esas condiciones, no queremos incurrir en el pecado de "lesa doctrina" de pretender oponernos al insigne jurista, pero con la modestia de consigna intentaremos un ligero comentario.

Al decir que la acción es el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la ley, se está suponiendo ya la existencia de una situación de hecho contraria a derecho (interés), que sólo necesitaría de la manifestación de voluntad del titular para producir una declaración jurisdiccional favorable; esto equivale a sostener que no puede accionar quien no tiene derecho sustancial, porque si este derecho es un simple acto de querer para que la ley actúe en respaldo del que lo ejerce, es porque se tiene una pretensión fundada. No hay, entonces, separación entre los elementos material y formal del conflicto y, por lo tanto, la autonomía no existe.

En verdad, nunca se podría llegar a la absoluta independencia de la acción tomando la cosa desde el ángulo de un derecho contra el adversario ni frente al adversario, pues este solo hecho lleva consigo un deber de otra persona de soportar y hasta de consentir en la pretensión del actor, por motivo que ello implica la presencia de una relación privada que faculta legalmente al demandante a pretender una cosa de alguien que es para él su obligado. Como vemos, por cualquier lado queda siempre sin explicación el problema de la demanda infundada.

Releyendo los "Ensayos" de Chioventa nos encontramos que muy al principio (17), cuando pone en evidencia lo que sucedería si el Estado actuara de oficio en protección de los derechos privados, dice: "Pero de este mundo imaginario se escaparía la idea de acción, tomada aquí la acción como derecho de obrar correspondiente al particular para la defensa de aquel derecho no satisfecho". Este es apenas un concepto poco más amplio que aquel que considera la acción como un derecho nacido de la violación.

Por otra parte, y colocándonos dentro de la doctrina de Chioventa, observamos que no sólo se puede obtener el amparo del Poder Jurisdiccional cuando existe una ley que expresamente contemple la relación privada, por cuanto es principio universal que, a falta de ley concreta que resuelva el caso, deben aplicarse los principios generales de derecho, como medio lógico de remediar las omisiones del legislador y llenar el imperativo de una justicia cumplida. En la teoría de la acción como un acto condición para la actuación de la ley, quedaría excluida esa posibilidad. En nuestro Derecho Positivo este postulado jurídico está comprendido en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En cuanto a la concepción de los derechos potestativos parece correcta en su primera parte, es decir, en tanto considera la acción como

(17) Obra citada, Tomo I, página 6.

un poder jurídico que puede ser ejercitado a voluntad de las personas, aunque estamos de acuerdo con Hugo Alsina cuando argumenta que "en ese sentido todo derecho sería potestativo" (18). Pero nos parece un error en lo que se refiere a la situación en que coloca al demandado. Efectivamente, esa sujeción de completa pasividad de la persona frente a la que se ejercita la acción, es similar a un estado de indefensión absoluta. Imaginemos por un instante lo terrible que sería que alguien a quien se le demandara no pudiera hacer nada para evitar que se declarara con lugar la pretensión contraria, pudiendo ser infundada. No se crea que tratamos de tergiversar los conceptos de Chiovenda, lo que sucede es que si la acción es en verdad autónoma, nada tiene que ver con la relación material y el demandado, aun sin razón, puede oponerse cuanto quiera, pues si bien no tiene la obligación de defenderse, tampoco se le puede obligar a no defenderse. Dudamos mucho sobre este modo de ver los derechos del poder jurídico.

Trasladándonos ahora a la excepción, tenemos que este autor la configura como un contraderecho del demandado dirigido a impugnar y a anular el derecho de acción. La sitúa, pues, dentro de los actos de impugnación y por ahí entra a formar parte de los derechos potestativos. Es así, sustancialmente, la misma doctrina que sostiene para la acción. Notamos en las explicaciones sobre el tema muchas contradicciones y la falta de un criterio definido, en especial al deducir del Derecho romano la distinción entre excepciones en sentido propio (como aquellas defensas que es necesario que se opongan para que el Juez rechace la "acción"; ejemplos: prescripción, compensación, retención, incapacidad, vicios del consentimiento, etc.) y excepciones en sentido impropio (comprendiendo aquéllas que el Juez puede aplicar de oficio, sin necesidad de gestión del demandado, porque "la acción desaparece sin más, no ha surgido nunca, no existe y el Juez no puede acoger demandas infundadas"; como ejemplos se refiere a las causas extintivas de las obligaciones —pago, remisión, confusión, novación, pérdida de la cosa debida, cumplimiento de la condición resolutoria, etc. y también propone el caso de la simulación de contrato). (19).

#### d) Las teorías publicísticas: (20)

Bajo este nombre genérico agrupamos todas aquellas concepciones que ven en la acción un derecho público del individuo o, como han dicho algunos, un derecho abstracto de obrar.

Aun cuando es la doctrina que cuenta con mayores propugnadores en la actualidad, la orientación publicística de la acción ya había sido

(18) H. Alsina, obra citada, Tomo I, página 181.

(19) Chiovenda, obra citada, Tomo I, páginas 263 y siguientes.

(20) Para este tema pueden verse las siguientes obras. Calamandrei, "La relatividad del concepto de la acción", en "Estudios", ob. cit. páginas 136 a 160; Chiovenda, "Ensayos", ob. cit. páginas 12 a 14 y sus notas; Carmelutti, "El Derecho del Acreedor", en "Estudios", ob. cit. páginas 427 a 434; Couture, "Fundamentos", ob. cit. páginas 13 y 39; H. Alsina, "Tratado", ob. cit. páginas 182 a 186.



enunciada por Degenkolb, en el último cuarto del Siglo pasado, en un esfuerzo por encontrar una base común tanto a la acción victoriosa como a la no victoriosa, para fundamentar su autonomía (21).

Retrocedamos un poco y recordemos que la teoría mixta de Wach (nombre que le dio Chiovenda), tenía una doble orientación: frente al Estado para que diera su tutela jurídica y frente al contrario para que la soportara. Como muy bien dice Calamandrei, con su siempre oportuna crítica, "esta relación de colaboración que mientras la acción se concebía como un derecho a la prestación dirigido contra el Estado, llevaba a la absurda construcción de un titular de derecho que exigiendo la prestación presta un servicio al obligado, y de un obligado, (se refiere al Estado) que al cumplir la obligación satisface en primer término el interés propio" (22), hizo de esa concepción de la acción algo inaceptable, pero permitió dividir en campos perfectamente delimitados el problema de la acción. Aquí nos parece muy oportuno citar otra magnífica frase del mismo autor últimamente mencionado: "¿se debe ver en el proceso civil un servicio que el Estado presta al ciudadano, proporcionándole el medio de actuar su derecho subjetivo, o bien un servicio que el ciudadano presta al Estado, proporcionándole la ocasión para actuar el derecho objetivo"? (23). En realidad nadie podría hacer un planteamiento mejor del asunto, porque alrededor de esas dos ideas ha girado siempre la cuestión de qué es la acción.

Ahora bien, la posición propia de Wach está dentro de la teoría privadística de la acción, pues si bien hace intervenir al Estado, lo coloca en un plano de servidor sumiso en tutela de la relación privada existente entre las partes.

Chiovenda, en cambio, si logra ubicar el punto de equilibrio entre el interés público y el privado. Consideramos, como atrás se expuso, que en el fondo la doctrina de los derechos potestativos, base de la autonomía chiovendiana, es errada, pero reconocemos que con su acción como el "acto condición para la actuación de la ley" va acercando un poco más el punto hacia el derecho público subjetivo, porque aquella noción implica la necesidad de que exista la voluntad particular para la intervención del órgano jurisdiccional. Es curioso observar que Chiovenda llegó a sus conclusiones combatiendo la parte de la teoría de Wach que se refiere a la intervención tutelar del Estado (aspecto más o menos publicístico de la misma) y desarrolló su concepción en dirección a la persona contraria al actor en la relación privada, con lo cual nos obliga a colocarlo dentro de las doctrinas privadísticas (pese a la opinión distinta y no muy clara de Calamandrei), pero, a su vez, y aunque parezca una contradicción evidente, sus deducciones, como muy bien lo hace notar Carnelutti, fueron "el capullo de donde tenía que salir el derecho público subjetivo". De aquí para adelante, como luego veremos en algunos casos, las teorías publicísticas, en sus diversos matices, proveen a las modernas orientaciones del Derecho Procesal.

(21) Degenkolb, "La coacción en el contradictorio" (1877), referido por Chiovenda, obra citada, página 83.

(22) Calamandrei, obra citada, página 147.

(23) Calamandrei, obra citada, página 136.

¿Qué es, fundamentalmente, la noción del derecho público subjetivo? La búsqueda incansable por la autonomía que comenzó desde mediados del Siglo XIX, podemos decir que se ha creído terminada al alcanzarse el concepto de la acción como un derecho público, porque sólo así se logró establecer la debida separación entre la relación privada y el aspecto procesal por medio del que se discute la pretensión. Si decimos que la acción es un puro poder jurídico, que es un derecho en sí mismo, que nada tiene que ver con el derecho privado; si se reconoce la obligación del órgano jurisdiccional de actuar legítimamente sin que importe que exista o no una pretensión fundada, vale decir, por el simple requerimiento de un particular, entonces, ¿cuál es el interés que impulsa esa intervención, si además la aceptamos aún cuando al final se demuestre que faltó un verdadero y legítimo interés privado? Esto nos lleva a preguntarnos, nuevamente, como en el primer capítulo, la razón del ¿por qué el Estado asumió la función judicial? Respondemos diciendo que es el interés social el que está en juego; el interés de todos nosotros porque haya un medio posible, también para todos, de resolver los conflictos humanos, en garantía de la tranquilidad y la seguridad sociales. El Estado interviene porque el Estado somos todos sus integrantes y todos estamos interesados en vivir libres de temores, atendidos a la protección que nos brinda la justicia que nosotros mismos hemos establecido. A nadie le podemos negar el derecho de ocurrir con sus pretensiones al órgano público; la acción es el derecho de todos para pedir el amparo del Estado; que ese amparo, en definitiva, se traduzca o no en algo concreto a favor del peticionario, es algo que no interesa para que el Poder Jurisdiccional intervenga; la acción es, concluimos, un derecho público.

Por otro lado, al hablar de derecho subjetivo se quiere decir que la acción es un derecho que depende de la voluntad de las personas ejercitarlo o dejar de hacerlo, que se trata de una facultad, de una potestad, de un poder jurídico al arbitrio de los individuos. No queremos insistir en este concepto que ya ha sido tratado a través de toda la tesis.

Pero, ¿es suficiente esta noción del derecho público subjetivo para explicarnos qué es la acción? Evidentemente que no. Sólo se ha llegado a obtener una catalogación acertada del lugar que le corresponde a la acción en el sistema de los derechos. Hagamos una comparación recurriendo de nuevo a aquel ejemplo que usamos en el capítulo anterior: la libertad. Este es un derecho público subjetivo: lo primero, porque es tutelado por el Estado en interés de toda la sociedad; lo segundo, porque podemos usar de él a voluntad, haciendo todo aquello que no perjudique a los demás. Sin embargo, si decimos solamente que la libertad es un derecho público subjetivo, nos hemos quedado a la mitad del camino, porque lo único que se ha logrado con esto es catalogarla, clasificarla dentro de un grupo donde hay muchos otros derechos que tienen los mismos caracteres. Por eso es que, para desentrañar el por qué uno de estos dos derechos es público subjetivo, tenemos que hacer un análisis de la naturaleza de esos derechos en relación con el contenido intrínseco o propio de la acción o de la libertad. Bien, pues ya que tenemos como verdad científica que la acción pertenece a la categoría de los derechos públicos subjetivos, ahora nos corresponde ver ¿qué es la acción en sí misma, cuál es la finalidad que persigue?

Carnelutti ve en la acción el medio de llevar al órgano jurisdiccional el conocimiento de la litis, lo que naturalmente es deber de las partes, por que el Juez ignora la relación privada. Recordemos que la litis de Carnelutti es equivalente a conflicto de intereses, el cual es el contenido del proceso y el fin del mismo es la composición de la litis. El gran "constructor" italiano nos habla entonces de un derecho subjetivo procesal dirigido contra el órgano del proceso, a quien le incumbe cumplir determinados actos y pronunciar la sentencia, pero no el deber de dar la victoria al que ejercita la acción (24). Hay, nos parece, una cierta laguna en esta tesis, ya que, por un lado, acepta sin reticencias la doctrina publicística de la acción y, por el otro, hace de ella un simple medio de llevar al oficial público el conocimiento del conflicto de intereses, lo que supone la existencia de una verdadera relación privada como elemento necesario para el ejercicio de la acción. Entonces, ¿y la demanda infundada? Parece que anteriormente se le han formulado críticas parecidas; concretamente, un procesalista denominado Allorio (25), ha denunciado la circunstancia de que la tesis carneluttiana "señala un retorno a las concepciones individualísticas, como sería la de la jurisdicción entendida como composición de la litis".

Otra dirección que han tomado las teorías publicísticas —y que nos llaman mucho la atención— es hacia el regreso a los principios sustentados por Adolfo Wach, lo que significa, ni más ni menos, que desandar lo andado en más de cincuenta años. Para ilustrar, veamos las siguientes dos definiciones: "La acción o derecho procesal de obrar es un derecho público subjetivo dirigido contra el Estado para obtener la tutela jurídica del mismo mediante sentencia favorable" (Goldschmidt) (26); la acción es un "derecho público subjetivo contra el Estado para obtener la tutela de un derecho privado" (H. Alsina) (27). Chiovenda calificó de mixta la concepción de Wach; y Carnelutti, criticando las tesis regresionistas, hace este razonamiento: "Se comprende, finalmente, por qué la acción pueda competir a quien no tiene el derecho; en efecto (perdone el lector si abuso del fácil parangón), el poder de disparar puede ser concedido también a quien no tenga el poder de matar; pero si la acción fuere el derecho a la tutela del derecho (material), ¿cómo podría tenerlo quien no tuviera este último? (28). Para aclarar, explicamos que Carnelutti había desarrollado un curioso ejemplo comparativo, para destacar la diferencia entre la acción y el derecho material, en esta forma: no es lo mismo tener el derecho de disparar el arma que tener el derecho de matar —suponiendo que este último pudiera existir—: el derecho de disparar corresponde a la acción y el de matar al derecho material. Todos estos argumentos y los que antes hemos hecho, son concluyentes en contra de esas tendencias "híbridas" de la acción.

(24) Carnelutti, obra citada, Tomo I, páginas 427 y siguientes.

(25) Citado por Calamandrei, obra citada, página 149.

(26) Citado por H. Alsina, "Tratado", obra citada, Tomo I, página 182.

(27) H. Alsina, obra citada, Tomo I, página 186.

(28) Carnelutti, "El Derecho del Acreedor", en "Estudios", obra citada, Tomo I, página 432.

Comentando ahora rápidamente la excepción, se comprende que las doctrinas publicísticas la consideran como un derecho público subjetivo que le permite al demandado oponerse a la pretensión, sin que para ello sea necesario que cuente con un derecho material contra el actor (autonomía de la excepción). Es así la excepción un poder abstracto que tiene toda persona de rechazar la pretensión contraria, independiente de que tenga o no un derecho sustancial que hacer valer. Por ese motivo, la excepción no consiste en un contraderecho del demandado (29).

**e) La teoría de los derechos a la jurisdicción y a la defensa en juicio:**

Por exactitud de los conceptos, la claridad de la exposición y la autoridad que modernamente tiene su autor, hemos querido hacer un comentario por separado a las teorías enunciadas en el anterior subtítulo, correspondientes, respectivamente, a las ideas de acción y excepción.

Eduardo J. Couture, en unas pocas páginas de su sencillo y valiosísimo tratado "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", con un dominio sólo alcanzable por quien puede ostentar hoy por hoy el título de uno de los primeros procesalistas en la historia, explica sus tesis de la acción como el derecho a la jurisdicción y de la excepción como el derecho de la defensa en juicio (30). Lógicamente, estas teorías se encuentran dentro de las tendencias publicísticas recién comentadas.

Después de hacer un corto enfoque para distinguir los conceptos de derecho sustancial, pretensión y acción, dice Couture que la acción es el "poder jurídico que faculta para acudir a los órganos de la jurisdicción" y agrega que como tal "existe siempre, con derecho material o sin él; con pretensión o sin ella, pues todo individuo tiene ese poder jurídico, aun antes de que nazca su pretensión concreta" y aunque dicho poder "no se ejerza efectivamente".

Couture considera que la acción, como poder jurídico de requerir la intervención del órgano jurisdiccional, forma parte del derecho de petición consagrado en todas las constituciones desde que en Inglaterra se dictó el "Bill of Rights" en 1869 (31) y argumenta que "el Poder Judicial no tiene por qué ser excluido de los órganos y autoridades ante los cuales los particulares pueden ejercer el derecho de petición."

En cuanto a la excepción, Couture destaca la similitud de conceptos con la acción. "Si la acción —nos dice el maestro uruguayo— es un puro derecho a la jurisdicción, que compete aun a aquellos que carecen de un derecho material efectivo que justifique una sentencia que haga lugar a la demanda, también debemos admitir que disponen de la excepción todos aquellos que han sido demandados en el juicio y que a él son llamados para defenderse".

El actor ha tenido una libertad absoluta para ejercer su acción; este derecho a demandar nadie se lo puede discutir, ya que no será sino

(29) Couture, "Fundamentos", obra citada página 39.

(30) Couture, obra citada, páginas 16 a 26 y 40 a 42.

(31) En la Constitución Política de Costa Rica este derecho está contemplado en el artículo 27.

hasta sentencia que se determine si su pretensión es o no fundada; el demandado tiene también un derecho que nadie le puede discutir a defenderse, puesto que sólo en sentencia se sabrá si su oposición es o no legítima. "Por la misma razón por la cual no se puede repeler de plano la demanda, no se puede repeler de plano la defensa".

Con estas bases, nuestro tratadista expone su concepto de la excepción como "el poder jurídico del demandado de oponerse a la pretensión que el actor ha aducido ante los órganos de jurisdicción".

#### 16.—UNA OPINION MAS.

Cuando se estudian las teorías a que nos hemos referido, se tiene la sensación de que en realidad se está dentro del Derecho y no se quisiera salir de ese campo. Y es que el Derecho Procesal es el Derecho por excelencia, es el Derecho de los derechos, el Derecho de tener Derecho, el Derecho de hacer valer la razón. Ahora bien, formando parte la acción y la excepción de esta importantísima rama de las ciencias jurídicas, vienen a constituir algo que es nada menos que la médula espinal del complicado organismo procesal.

Con gran lógica y bastante razón, Calamandrei (32) sostiene que la disputa sobre el concepto de la acción es un trabajo inútil en búsqueda de la "verdadera definición, como si existiese una sola que se debiera considerar absolutamente exacta frente a todas las otras consideradas como erróneas"; y, más adelante, cuando habla de la justificación histórica de la diversas doctrinas de la acción, concluye sabiamente: "cada una de las teorías no se puede considerar en sí misma ni absolutamente verdadera ni absolutamente falsa, porque sirven para recoger desde un diverso punto de vista una diversa porción de verdad".

Aun aceptando las justas observaciones de Calamandrei, somos del criterio de que nuestra ciencia necesita de la polémica y se engrandece con ella, porque todas las ideas contribuyen, si no a obtener una certeza de verdad plena, sí a acercarse a lo que podríamos llamar metafóricamente la construcción más sólida posible de la columna que sirve de sostén principalísimo a los preceptos de justicia, paz y seguridad sociales: el Derecho Procesal. Comprendemos de esta manera el porqué de la trascendencia del estudio de la acción y la excepción, al ser estos derechos quienes, con su independencia de la relación material, le han dado una categoría autónoma a esta rama de las ciencias jurídicas.

Empero, nos apresuramos a reconocer nuestra falta de conocimientos y a aclarar que nunca hemos pretendido hacer ni al menos un aporte a la ciencia del proceso, porque bien sabemos que este trabajo es únicamente el reflejo del entusiasmo que sentimos por una atractiva disciplina jurídica. Con estas advertencias previas, ahondaremos en lo que para nosotros es el criterio personal; pero que, realmente, no pasa de ser una opinión más.

(32) Sobre las dos citas de este párrafo ver Calamandrei, "La relatividad del concepto de acción", en "Estudios", obra citada, páginas 137 y 139.

Además de las observaciones que a cada concepción hemos hecho en las páginas anteriores, salvo a las de Couture que las hemos reservado para este momento, comenzaremos ahora con una nueva crítica que abarca a todas las doctrinas por igual.

Hemos notado que, en mayor o menor grado, las teorías enunciadas han sido dirigidas hacia la acción en una finalidad de iniciación de la controversia judicial; es decir, en cuanto a que la acción es un poder jurídico que se da sólo dentro de la institución del proceso (entendiéndose éste como el instrumento para la composición de un conflicto). En ese sentido la acción es una potestad inseparable del derecho de demandar (así la considera Couture). Nosotros hicimos esa misma asimilación de conceptos cuando desarrollamos, en la primera parte de la tesis, la acción como elemento constitutivo del proceso. Tal identidad es indudable, pero no es suficiente para abarcar todos los aspectos que presenta el poder jurídico de la acción.

Sabemos que el Poder Judicial tiene tres funciones: la jurisdiccional o procesal, la constitucional y la administrativa (voluntaria). Pues bien, hasta el momento las teorías se han encaminado en búsqueda de lo que podríamos configurar como la acción dentro de la función jurisdiccional, nada más. ¿Y las otras dos funciones, en virtud entonces de qué atributo se instan por los particulares?

En cuanto a la función constitucional parece que fuera enteramente extraña al derecho de acción, ya que su fin inmediato es el de salvaguardar los principios básicos del ordenamiento jurídico de un país; pero analizando las consecuencias (fin mediato) vemos que, tanto en el recurso de inconstitucionalidad propiamente, como en los de hábeas corpus y amparo (que en nuestro criterio integran también esta función), quien los plantea está ejerciendo un derecho de petición en su favor, puesto que el recurrente tiene el carácter indudable de interesado en ellos, lo que resulta exactamente igual que con lo acontecido cuando se requiere la intervención jurisdiccional propiamente dicha.

Acercas de la función administrativa no hay que detenerse mayor cosa para darse cuenta de que en ella es aún más claro que el gestionante actúa en ejercicio de su derecho de petición al órgano público

Vemos, pues, que es necesario buscar un concepto de la acción que contenga todas las manifestaciones del derecho de petición ante el Poder Judicial. El mismo Couture, sin reparar en ello, nos está concediendo la razón, al decir en un párrafo recién citado, que el "Poder Judicial no tiene por qué ser excluido de los órganos y autoridades ante los cuales los particulares pueden ejercer el derecho de petición"; nótese que esta concepción es global, pero su error consiste en que luego restringe, sin motivo alguno, el campo de aplicación de esa potestad.

Siguiendo la misma línea que nos ha señalado el ilustre profesor uruguayo, formulamos el siguiente concepto del derecho de acción: **ES EL PODER JURIDICO QUE TIENE TODA PERSONA DE PEDIR LA INTERVENCION JUDICIAL EN SU FAVOR O EN EL DE UN TERCERO REPRESENTADO LEGALMENTE.**

Al decir "en su favor o en el de un tercero" no queremos significar nada en relación con el derecho material, porque éste puede o no existir, eso se verá en sentencia; lo único que se tiene es el derecho de pedir algo en favor (ya que sería un contrasentido tener derecho de pedir algo en contra), pero que en definitiva que se conceda o no es cuestión extraña al poder jurídico de la acción.

Esta definición nuestra, tan genéricamente concebida, corresponde igualmente a las nociones de acción y de excepción, aun cuando para la segunda tiene un sentido un poco menos amplio. En todo este estudio hemos aceptado la excepción como equivalente a derecho de defensa en juicio, lo cual no es otra cosa que conferirle al demandado la facultad de pedir la intervención judicial en su favor.

### CAPITULO TERCERO

#### DE LA INTERVENCION DEL DEMANDADO EN EL PROCESO CIVIL.

##### 17.—OBJETO DEL CAPITULO

Hasta el momento hemos hecho un recorrido doctrinario sobre los postulados básicos del Derecho Procesal. De aquí en adelante trataremos de exponer, hasta donde nuestras reducidas capacidades alcancen, lo atinente a la intervención del demandado en el proceso civil. Empresa difícil nos proponemos —y por eso interesante—, de comentar un poco aquella parte del proceso donde todavía queda mucho por dilucidar, en vista de que los autores han concentrado su atención en la actividad del que demanda y no en la del que se defiende.

No obstante, valga la oportunidad para aclarar que únicamente nos referiremos a lo que es intervención propia sólo del demandado, es decir, al derecho de excepción en sí mismo y no a lo que es atributo también de la gestión del actor, como, por ejemplo, lo relativo a incidentes en general, recursos, pruebas, etc.

El presente estudio tiene finalidades prácticas, razón por la que sus comentarios serán simples y tan claros como nos sea posible; citas teóricas las haremos sólo en casos de que tengan gran importancia y sirvan para orientar los principios que son de nuestra aceptación. Ojalá se logre, en parte al menos, este propósito que nos ha animado en el desarrollo de toda la tesis, pero, muy particularmente, que perseguimos con los puntos siguientes.

El análisis se hará en relación al juicio ordinario de mayor cuantía en nuestra legislación.

##### 18.—LAS EXCEPCIONES DE FORMA Y DE FONDO.

De acuerdo con lo dicho en el capítulo anterior, las excepciones son las defensas que el demandado opone al actor. El derecho de excepción es un poder jurídico que puede ejercitar toda aquella persona contra quien

se presente una demanda, independientemente de la razón que acompañe o no a su oposición, ya que por eso constituye un derecho autónomo de pedir la intervención jurisdiccional en su favor.

La defensa que se realiza contra la actuación judicial del actor puede hacerse atacando defectos del instrumento en que se debate la controversia (proceso), o del derecho sustancial que sirve de fundamento a la pretensión. Este distinguo nos da la clasificación de excepciones de forma y excepciones de fondo, según la naturaleza del defecto a que se refieran.

En cuanto a las de forma debemos, a la vez, hacer dos grupos: las que tienen su origen en la propia demanda y las que se relacionan con las condiciones de prosecución efectiva del proceso.

Las excepciones de fondo aluden al derecho material alegado por el actor o bien a su titularidad activa o pasiva (excluimos el interés).

En número posteriores comentaremos cada una de las excepciones que contienen estas tres clases de defensas.

#### 19.—EXCEPCIONES DILATORIAS, PERENTORIAS Y MIXTAS:

Nuestra legislación, al igual que la de casi todos los países latino-americanos que provienen del Derecho Español, establece la distinción entre excepciones dilatorias y perentorias, a las que algunos agregan otro grupo: las mixtas.

##### a) Excepciones dilatorias:

El nombre de "dilatorias" proviene del latín "differre", que quiere decir alargar, diferir, por lo que en el Derecho Clásico Español se les llamada "alongaderas" y más tarde "artículos de no contestar".

Estas excepciones corresponden a las defensas, que se oponen en general contra el proceso en virtud de referirse al elemento formal y no al derecho sustancial alegado.

La denominación de dilatorias es debida a los efectos que producen de extender o alargar el juicio, en vista de que suspenden su curso hasta que no sean resueltas. La razón de esa consecuencia se debe al carácter preventivo de las mismas, pues tienden a evitar procesos inútiles, porque los defectos que atacan, de existir, harían imposible la decisión sobre el mérito de la demanda y traerían la nulidad de la sentencia.

Lo anterior contiene la respuesta al "¿por qué la oposición de excepciones dilatorias interrumpe el término para la contestación de la demanda?" Sabemos que el ejercicio del derecho de acción que una persona realiza con la presentación de una demanda constituye el primer acto dirigido a la constitución de un proceso, pero que la litis o conflicto judicial no se forma sino hasta que el demandado contesta o se tiene por contestada la demanda en su rebeldía. Pues bien, el espíritu que ha animado a estas excepciones es el de evitar que la controversia procesal se establezca, eliminando de previo la demanda cuanto contiene defectos que luego traerían, de seguirse adelante, la nulidad de lo actuado. Entonces, la ma-



nera ideada para este fin fue la de impedir que "naciera" el juicio, lo cual se logró no permitiendo la contestación en presencia de una de esas excepciones.

De acuerdo con lo expuesto, y conforme con lo que hasta ahora ha sido la doctrina imperante, el artículo 221 de nuestro Código de Procedimientos Civiles contiene un error técnico fundamental, cuando establece:

"Aunque el demandado propusiera en el plazo que fija el artículo 214 alguna excepción dilatoria, no por eso dejará de quedar obligado a contestar la demanda en cuanto al fondo. Igual obligación existirá para el actor respecto de la contra-demanda".

La "violación teórica" de nuestro legislador de 1938 consistió en que no es posible que frente a una excepción dilatoria (nótese que mantuvo el mismo nombre), que posteriormente se declarara con lugar, pueda formarse una litis. Es decir, que para la doctrina que sostiene esta categoría de defensas no hay proceso válido donde existe un defecto que dé lugar a una excepción dilatoria.

Todos conocemos que la idea que privó para la reforma comentada fue la de impedir los abusos de los litigantes, quienes, por ganar un poco de tiempo para preparar la contestación de la demanda, oponían excepciones dilatorias verdaderamente temerarias (33). Este propósito se obtuvo con éxito, porque ahora carecerían de eficacia práctica excepciones con ese carácter. Pese a todo, criticamos la reforma porque se quedó a medias, debido a que no fue lo suficientemente radical como lo imponía una revisión completa en nuestro régimen de defensas.

En primer lugar, debía haberse suprimido la arcaica distinción de excepciones dilatorias y perentorias y, a su vez, hacerse la diferencia a base de excepciones formales y de fondo. La clasificación tradicional se basa no en la naturaleza propia de cada grupo de excepciones, sino en los defectos que su oposición y acogimiento producen. Además, el término "dilatoria" es por completo equívoco, ya que pareciera dar a entender que el objetivo de estas excepciones fuera el de "alargar" premeditadamente el juicio, lo que no es exacto, ya que su finalidad es más bien evitar procesos inútiles y lo primero no pasa de ser una consecuencia que se presenta en algunos casos, ni siquiera en todos.

Es tan deficiente esa clasificación que no todas las llamadas excepciones dilatorias son realmente dilatorias, sino que muchas son más bien perentorias. Partiendo del principio de que las dilatorias evitan procesos nulos, pues tienden a corregir defectos y, de esta manera, a alargar el proceso, encontramos que hay algunos casos en que la declaración de procedencia de una de estas excepciones hace terminar el proceso y no lo difiere simplemente. Como ejemplos tenemos la falta absoluta de jurisdicción (no ser el asunto de conocimiento de los tribunales judiciales), la incompetencia en cuanto a territorio nacional o en cuanto a la materia y cualquiera de las demás citadas por nuestro Código, cuando los defectos no se corrigen debidamente. En todos estos casos el proceso concreto fenece totalmente y no sólo se alarga.

(33.) Explicación reformas al Código de Procedimientos Civiles, Lic. Antonio Picado G., páginas 149 y 150.

Desviando un poco el tema, es conveniente hacer un breve enfoque sobre este sentido que se le ha querido imprimir a las excepciones dilatorias de "impedir el nacimiento de un proceso". Jamás ha inventado la ciencia del Derecho nada más artificial. De acuerdo con el criterio que sustentamos en el capítulo primero, el proceso se forma al ejercitarse los poderes jurídicos de acción, excepción y jurisdicción (con la explicación que oportunamente hicimos sobre el segundo de esos conceptos). Observemos el caso de una excepción "dilatoria" que termina con el asunto por defectos de forma no corregidos o incorregibles (la incompetencia por razón del territorio nacional, por ejemplo) y podremos notar que: hay acción, porque se planteó una demanda en justicia (los tribunales del país); hay excepción, porque se hizo una defensa, ya que tanto se defiende el que se opone por cuestiones de fondo como de forma, pues lo que caracteriza a este poder jurídico es la contradicción a la demanda del actor; y hay jurisdicción, en vista de que se hizo una declaratoria de derecho (nótese que no debe tomarse restrictivamente el poder del Estado de juzgar sólo para los casos en que cabe pronunciamiento de fondo, porque ese atributo no significa otra cosa que potestad decisoria y también se decide en un proceso cuando se resuelve el punto de forma). Tenemos entonces representados los tres poderes jurídicos que integran el proceso y por lo mismo es "antiprocesal" afirmar que cuando se declara procedente una excepción dilatoria se ha "impedido su nacimiento". Error evidente éste; en nuestro concepto el proceso ha existido, lo que sucede es que feneció, terminó; "murió", quizás en forma prematura, pero de manera "natural".

Esta teoría que hemos sostenido en toda la tesis viene a dar en cierta forma una razón jurídica a la reforma de 1933 antes comentada, porque ella significó un paso firme hacia la eliminación del equívoco origen de las excepciones dilatorias. Esto lo decimos en vista de que, si se permite contestar la demanda, ya ni los mayores sostenedores de la doctrina clásica española podrán dudar de que la litis o conflicto judicial se ha planteado y, en consecuencia, que hay un proceso civil, pese a la interposición de una o más excepciones dilatorias. Habiendo formalmente proceso no sería posible decir que luego se convierte en absolutamente nulo, por virtud de que semejante cosa supone inexistencia jurídica. Si luego se declara con lugar una dilatoria que pone fin al proceso, legalmente el asunto termina y eso es todo. Por el mismo motivo preferimos, en nuestra concepción sobre el proceso, decir que su "fin es el de resolver un conflicto judicial", ya que si se trata de una institución formal debemos hacer abstracción del derecho de fondo que hay ventilándose, lo cual se logra considerando el contenido del proceso en su realidad objetiva de conflicto judicial.

Sólo se da un caso en el que aceptamos que hay nulidad absoluta y, aún más, que se trata de un "no proceso", usando la expresión de Couture, es el de falta absoluta de jurisdicción. Este defecto consistiría en que la demanda (un divorcio) se hubiera presentado ante una oficina administrativa (el Ministerio de Gobernación) o ante un particular. En efecto, si analizamos la situación nos damos cuenta de que en realidad en tales supuestos no podría hablarse de proceso, y quizás ni siquiera de proceso

nulo, por la ausencia de uno de sus elementos integrantes, sea, el poder jurisdiccional, que sólo puede estar representado por un funcionario capaz de administrar justicia.

Ahora bien, hemos dicho que hay proceso cuando una excepción dilatoria se declara con lugar y termina el asunto. Pero ¿qué sucede en el caso de que el Juez dispone sin más trámite el archivo de la demanda de oficio. ¿hay también proceso? No en rigor. El argumento es fundamentalmente el mismo que acabamos de usar en el caso de la jurisdicción: falta la presencia de uno de los elementos integrantes del proceso. Aquí lo que está ausente es el poder de excepción, debido a que no se ha otorgado todavía al presunto demandado la posibilidad de ejercitar su derecho de defensa. El conflicto judicial no ha nacido aún. La demanda del actor y el rechazo del Juez no pasan de ser simples actos jurídicos, sin contenido de proceso.

Otra disposición del legislador del 38 que no acertamos a comprender es la del párrafo primero del artículo 214 del Código de Procedimientos Civiles que dice:

“Las excepciones dilatorias sólo podrán oponerse dentro de los dos primeros tercios del término del emplazamiento”.

Sin perjuicio del comentario que haremos adelante acerca de la oportunidad para presentar excepciones formales y el impulso oficioso del Juez, queremos ahora llamar la atención sobre lo inoperante, contradictorio y hasta peligroso de ese texto. Quisiéramos preguntar: ¿qué razón hay para que tengan que oponerse estas excepciones necesariamente dentro de un término tan caprichoso?; ¿qué motivos existen para que no puedan alegarse al contestar la demanda? Creo que nadie podría dar una contestación a estas interrogantes con argumentos jurídicos, porque no tiene ningún fundamento lo que es más bien un error. En la doctrina tradicionalista sí existía un motivo: el de impedir el nacimiento del juicio —que en modo alguno compartimos—; pero eliminado “el temor al proceso nulo”, como entre nosotros se ha hecho con el artículo 221 *ibidem*, queda sin explicación lógica la restricción que venimos comentando.

Es más, en la práctica resulta engañoso el artículo 214 citado: imaginemos que a un lego (en la gran mayoría de los casos los demandados no son versados en Derecho) le notifican el traslado de una demanda concediéndole treinta días para contestarla, sin decirle (y aunque se le advirtiera no lo entendería) que las excepciones dilatorias debe oponerlas dentro de los primeros veinte días. Lo natural y común es que esa persona recurra de inmediato donde su abogado, pero supongamos que no lo pueda hacer (porque no tiene dinero, porque cree arreglar extrajudicialmente el asunto, porque estima que tiene “mucho tiempo”, etc.) y deja pasar el término a tal extremo que cuando llega donde el profesional ya ha concluido el período correspondiente a excepciones dilatorias. Entonces el caso se complica. Veamos: en la incompetencia por razón del lugar se produce la prórroga; en los demás casos de incompetencia, así como en el de falta absoluta de jurisdicción y en los de personería activa y pasiva, tendrá que recurrir a un incidente de previo y especial pronunciamiento; en cuanto a la litispendencia no hay solución posible. ¿Es esto justo? No. ¿Es necesario en miras a un mejor procedimiento? Tampoco.

co. No es más que un error legal, ya que perfectamente podrían oponerse junto con la contestación y resolverse previamente a todo trámite ulterior.

**b) Excepciones perentorias:**

El término "perentorias" deriva del latín "perimere", que al castellano se traduce por "matar", lo cual se debe a que el efecto que se les ha conferido siempre es el de liquidar el derecho del actor. Veamos el mismo error que apuntamos a las dilatorias, en cuanto a que su nombre no proviene de su naturaleza misma sino que más bien se relaciona con las consecuencias que producen.

Sin embargo, dada la clase de defensas que se incluyen en este grupo, es indudable que por perentorias se quiere significar excepciones de fondo.

Sobre este tipo de excepciones no se puede hacer una enumeración taxativa, porque son tantas cuantas alegaciones sea posible legalmente para el demandado oponer contra el derecho sustancial que pretende hacer valer el actor.

En materia de obligaciones podemos concretar a tres clases las causas que puedan dar fundamento para plantear una excepción perentoria:

1.—Circunstancias impositivas, sean aquellas que producen la nulidad absoluta de la obligación, a tal grado que se dice que jurídicamente no ha nacido nunca la relación privada de derecho. Estas nulidades pueden declararse de oficio. Véase el artículo 835 (nulidades absolutas), en relación con los números 23, 25 y 26 (nulidades de actos y contratos de menores e incapaces), 627 (elementos de las obligaciones: capacidad, objeto y causa justa), 768 (condición imposible), etc., todos del Código Civil.

2.—Circunstancias anulatorias, son las que producen la invalidez de la obligación, si se alega por el interesado, pero no pueden declararse de oficio. Véase el artículo 836 (nulidades relativas), en relación con los números 1015 y 1021 (vicios del consentimiento en los contratos: error, fuerza, miedo grave y dolo), 108 (nulidad de venta por vicios redhibitorios que anulen el consentimiento), 24 (nulidad de actos y contratos del menor de edad pero mayor de 15 años), etc., todos del Código Civil.

El mismo Código citado establece en su artículo 843 que "la nulidad ya sea absoluta o relativa, puede oponerse siempre como excepción," con lo cual se ve claramente la realidad de la clasificación que formulamos.

3.—Circunstancias extintivas, son aquellas que, no obstante que la obligación a que se refieren nació en completa legalidad, ha dejado de existir en el momento de plantearse la demanda. Este grupo lo forman: el pago, la compensación, la novación, la remisión, la confusión, la imposibilidad del cumplimiento y la prescripción, (artículo 633 del Código Civil).

Aun cuando las circunstancias anulatorias son también extintivas, hemos preferido colocarlas en lugar aparte porque aquéllas se refieren a motivos que se producen en el preciso instante de constituirse la obligación, viciándola desde su nacimiento; en cambio, en las últimas, la obligación vino a la vida jurídica con toda normalidad, pero después desaparece al operarse un hecho que legalmente termina con la relación privada de las partes.

A lo anterior, tenemos que agregar un fenómeno que permite oponer también la excepción perentoria de falta de derecho o, como algunos sostienen, de falta de interés jurídico: se trata de la inexactitud de los hechos expuestos por el actor en sustento de su pretensión.

En muchos países (y aun en Costa Rica de vez en cuando se ve en alguno que otro juicio) se acostumbra interponer la excepción "sine actione agit," usando el término acción en concepto de derecho sustancial, para significar cualquier defecto de fondo en la pretensión del actor. Esta defensa es empleada tanto en materia de obligaciones propiamente, como en los juicios en que se discute algo relacionado con el Derecho de Familia y Bienes en general. Se trata, pues, de una excepción que se puede oponer para basar procedimentalmente cualquier alegación del demandado en contra del derecho material pretendido por el actor. Creemos que por el sentido errado que se le atribuye al concepto de acción con el nombre de "sine actione agit", de acuerdo con los principios aceptados por la doctrina moderna, debe olvidarse esa "fórmula romanista" y, en su lugar, sería más correcto y claro decir excepción de falta de derecho o bien de pretensión infundada.

En cuanto a la oportunidad para oponer estas excepciones hay que distinguir tres momentos o casos:

1.—La regla general es que deben oponerse en el escrito de contestación de la demanda (artículo 223 del Código de Procedimientos Civiles)

2.—Después de contestada la demanda y, lógicamente, también cuando se ha tenido por contestada en rebeldía (contumacia), serán admisibles las excepciones perentorias aún ante la Sala Civil, antes de la citación para sentencia, si se fundan en HECHOS POSTERIORES A LA CONTESTACION O QUE HUBIEREN LLEGADO A NOTICIA DEL DEMANDADO DESPUES DE EXPIRADO EL TERMINO PARA DARLA (párrafo segundo del artículo 224 del Código citado). Es decir, se trata de un caso típico de "hechos nuevos" que establece el artículo 239 *idem*, pero con la diferencia de que en este último texto sólo se permite la alegación de los mismos antes de citarse partes para sentencia de PRIMERA INSTANCIA y en el primero es posible presentar excepciones perentorias aún en SEGUNDA INSTANCIA. Esta contradicción de nuestra ley es al parecer debida a que como la Comisión Redactora del 38 proponía que el fallo de los juicios ordinarios de mayor cuantía fuera dictado por la Sala Civil, era entonces más o menos lo mismo decir que podían hacerse alegaciones basadas en hechos nuevos "antes de citarse partes en primera instancia" o bien "aún ante la Sala". Pero al no prosperar la idea ha dado un resabio inconveniente y que puede dar pie a variadas interpretaciones de los tribunales.

Ahora bien, nuestro criterio en esto es que cuando existe un hecho nuevo, debe dársele a quien lo puede presentar la oportunidad de hacerlo y oponer las excepciones consiguientes, hasta el momento de la citación de partes en segunda instancia, ya que no vemos razón lógica para impedirlo, pues lo contrario sería cerrar los ojos ante muchas injusticias que continuamente podrían presentarse. Por lo tanto, es recomendable aplicar en esto la disposición contenida en el artículo 224 y hacer olvido en materia de excepciones de la del 239

3.—Después de la sentencia firme favorable al actor, quien figuró como demandado puede establecer un nuevo juicio y reclamar el pago que hizo o que se le mandó hacer, si existiere algún hecho no alegado y que le hubiere permitido oponer una excepción perentoria con base en una CIRCUNSTANCIA EXTINTIVA DE LA OBLIGACION, salvo en cuanto a la prescripción (al parecer nuestro legislador nunca ha sabido qué hacer con la prescripción y ha buscado todos los medios para crearle un régimen "excepcional a esa excepción"). Esta norma parece contenida en el artículo 6 ídem, en cuyo párrafo primero, sin embargo, se dispone que no puede entablarse otro juicio, con base también en motivos no alegados oportunamente, sobre el argumento de que la obligación no llegó a nacer o que era anulable (CIRCUNSTANCIAS IMPEDITIVAS Y ANULATORIAS).

Tarea difícil es hacerle un comentario a semejante texto; ni siquiera nuestra Comisión de 1938 se "animó a tocarlo" Pero intentemos algo al respecto.

En primer lugar, es de hacer notar que el artículo no habla en verdad de "hechos nuevos" sino que simplemente de lo que trata es de "motivos no alegados" en el juicio inicial, que perfectamente, y casi seguro, pudieron haber sido del conocimiento del demandado. Es, en consecuencia, una salvedad inconcebible al imperativo inexorable que caracteriza a la cosa juzgada. Sobre cuestiones patrimoniales las partes pueden dejar sin efecto lo dispuesto en una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, ya de manera expresa (contractualmente), ya en forma tácita (cuando se establece un nuevo juicio sobre el mismo punto debatido en otro y el demandado no opone la excepción). Pero es muy distinto esto a permitir que, de pleno derecho, una sola parte pueda plantear otra demanda para lograr lo contrario a lo ya dispuesto de modo definitivo. En otras palabras: lo antijurídico de la cuestión es que pueda haber un "nuevo juicio" sobre la misma materia, sean cuales fueren las causas alegadas, sin que al ahora demandado (antes actor) se le dé oportunidad para oponer la excepción de cosa juzgada. Si lo que se quiso fue evitar injusticias se pudo haber establecido el asunto como un motivo de recurso de revisión, pero con base en HECHOS NUEVOS, entiéndase bien. Todavía más, si revisamos con cuidado el artículo 933 del Código de Procedimientos Civiles tal vez, "forzando un poco la cosa", podemos llegar a la conclusión de que el caso está previsto en el inciso primero, pues la ignorancia de un hecho de esa naturaleza evidentemente es una circunstancia que obra como "fuerza mayor" que impide al demandado "presentar algún documento u otra clase de prueba", produciendo una "indefensión" y resultando imposible, por esa misma ignorancia, "en el curso de los autos pedir reparación del mal". También podría ocurrir que el desconocimiento de la excepción del demandado fuera debido a "obra de la contraria" y por ahí entrar el recurso. No obstante, lo más acertado habría sido consignar expresamente una nueva causal de revisión.

La segunda crítica que tenemos que hacer al artículo 6 citado, es que establece una distinción inexplicable: permite el nuevo juicio cuando hay motivos que producen circunstancias extintivas de obligaciones (sin comprender entre ellas la prescripción) y no cuando existen circunstancias im-

peditivas y anulatorias. Si entre nuestros legisladores había el deseo de cometer "el error del juicio nuevo" y por simples "motivos no alegados oportunamente", no vemos cómo pudieron excluir la posibilidad de establecerlo en presencia de una nulidad absoluta (artículo 835 del Código Civil), en la que la obligación ni siquiera ha existido nunca.

La solución de este complicado problema creemos que sería el recurso de revisión, tal como recién lo expusimos, concediéndolo en todos los casos de circunstancias impositivas que, por cualquier razón, no fueron opuestas por medio de las excepciones perentorias y permitiéndolo también para las circunstancias anulatorias y extintivas, pero en presencia sólo de hechos nuevos, aún cuando bien se comprende que sería muy difícil que éstas pudieran producirse.

Para terminar este punto diremos que las excepciones perentorias se resuelven, lógicamente, en la sentencia definitiva, habida cuenta de que dependen para su acogimiento o denegatoria por el Juez, al igual que la pretensión del actor, del resultado obtenido con la prueba aportada al juicio (artículos 84, inciso 4, y 225, párrafo cuarto).

#### c) Excepciones mixtas:

En España y en gran parte de los países latinoamericanos existe otra categoría de excepciones llamadas mixtas y la forman, por lo general, la cosa juzgada y la transacción.

El nombre de mixtas lo deben a que, en las legislaciones y la doctrina tradicionalista, se consideran perentorias (en cuanto a que atacan el derecho de fondo), pero se resuelven como dilatorias (interlocutoriamente).

Estamos en desacuerdo con la teoría española, porque estimamos que la cosa juzgada y la transacción son excepciones que no se refieren en su esencia misma al fondo del asunto, sino que terminan con el proceso por cuestiones formales que eximen al Juez de entrar a analizar la verdadera razón o sin razón del derecho cuestionado. Nos parece muy conveniente consignar unos conceptos emitidos al respecto por el Doctor Couture, que contribuyen singularmente a aclarar ideas y nos relevan de mayores explicaciones:

"La excepción mixta procura, en todo caso, la decisión del proceso por una cuestión no sustancial. En este sentido, su carácter es común con las excepciones dilatorias, porque intenta evitar como se ha dicho, un juicio inútil o nulo. Entre las excepciones de cosa juzgada y de litispendencia, por ejemplo, no median diferencias formales profundas: ambas procuran impedir que siga adelante un juicio que, en definitiva, provocará resultados gravosos: si las dos sentencias (la del juicio anterior y la del nuevo juicio) son iguales, la segunda es innecesaria; si son distintas, aparejarán la colisión de dos decisiones pasadas en cosa juzgada.

Las excepciones de cosa juzgada y transacción evitan, en todo caso, el debate sobre el derecho expuesto en la demanda. Quien aduce la cosa juzgada no discute el derecho mismo, sino que se ampara en un pronunciamiento anterior a su respecto, que le resulta favorable y que le ahorra una nueva discusión. El que invoca la transacción tampoco quiere dilucidar

el derecho tal cual era, sino que se ampara en un estado de cosas que ha surgido luego del contrato de transacción y que hace innecesario todo debate sobre el estado anterior; la transacción, que es el equivalente contractual de la sentencia, actúa en el juicio como una verdadera excepción de cosa juzgada" (34).

Pasemos ahora al análisis de nuestro Derecho positivo. El artículo 224 del Código de Procedimientos Civiles establece un régimen "muy especial" para las excepciones de cosa juzgada, transacción y "prescripción", que no se conforma ni con el sentido tradicionalista ni con la doctrina recién expuesta. Según el espíritu que anima ese texto legal, dichas excepciones son mixtas en cuanto "PUEDEN Oponerse EN CUALQUIER ESTADO DE LA CAUSA, ANTES DE QUE ESTEN CITADAS LAS PARTES PARA SENTENCIA EN LA SALA CIVIL". Sin ánimo de herir la susceptibilidad de los distinguidos abogados que estuvieron encargados de elaborar las reformas de 1938, creemos que privó en ellos una falta absoluta de criterio técnico, que los hizo crear algo que no podría catalogarse en ningún lugar, tal vez llevados por falsas impresiones prácticas. Veamos.

En la doctrina española las excepciones mixtas son perentorias, pero actúan como dilatorias en lo que atañe a su resolución en juicio, es decir, se deciden como cuestión previa. En Costa Rica parece que también se refieren al fondo, pero se pueden alegar en cualquier momento antes de la citación en segunda instancia, sin más motivo para ello que la voluntad del demandado.

¿Y por qué esta manera de oponerlas — preguntariamos nosotros — si nuestra legislación las acepta dentro del grupo de perentorias y éstas, conforme vimos atrás, en tesis general, se deben oponer en la contestación a la demanda (artículo 223)? Aquí entra el "régimen especialísimo" de que hablábamos, porque el mismo artículo 224, en su párrafo segundo, dice que LAS DEMAS EXCEPCIONES PERENTORIAS que se propongan después de la contestación sólo serán admisibles cuando se funden en HECHOS NUEVOS. En resumen, buscándole alguna explicación al sistema costarricense, podría decirse que lo que pretende es dar al demandado la oportunidad, a través de todo el juicio, de proponer ciertas excepciones perentorias (nombre tradicionalista) por referirse a circunstancias ante las cuales no podría dictarse una sentencia estimatoria de la demanda, "si el demandado así lo quiere en cualquier momento". Sólo faltó a los integrantes de la Comisión redactora permitir que esas excepciones se pudieran interponer en Casación para "matar" el recurso del actor...!

Pensando detenidamente la orientación que en nuestro país le hemos dado al asunto, se puede apreciar en los reformadores del 38 una pequeña impresión de que no hay tales excepciones mixtas, porque queremos creer que la verdadera razón que tuvieron para permitir su oposición antes de citar partes para sentencia en segunda instancia, es debido a que, frente a la procedencia de ellas (hacemos abstracción de la prescripción, con la que se ha cometido el mayor

(34) Couture, "Principios", obra citada, página 56.



error imaginable), no es oportuno entrar a conocer sobre el verdadero fondo del asunto, pero no se atrevieron a disponer que fueran resueltas interlocutoriamente.

Tenemos un criterio completamente distinto al anterior sobre la categoría a la que pertenecen las excepciones de cosa juzgada y transacción, pero, aparte de eso, nos llama mucho la atención que habiéndose estado tan cerca de lo que constituyen los hechos nuevos (en el mismo artículo 224 se habla de ellos) no se hubiera pensado que en la naturaleza propia de esos hechos estaba la solución correcta, sino que más bien se hiciera una salvedad para nuestras "excepciones mixtas", con el fin de darles mayor amplitud, dejando su aplicación únicamente para "las demás" excepciones perentorias.

Nada raro tiene entonces que, dentro de tan singular modo de ver las cosas, nuestro legislador incluyera a la prescripción dentro de este grupo de excepciones. Esta defensa no puede estar, ni doctrinaria, ni lógica, ni prácticamente, en el lugar que se le asigna en la legislación costarricense. La prescripción, por referirse a una circunstancia extintiva de las obligaciones, es una excepción característica de fondo, porque va en contra del derecho sustancial pretendido por el actor.

Para resaltar más todas las críticas que hemos hecho hasta aquí, con el fin de que se establezca un análisis comparativo entre los principios doctrinarios expuestos y el contenido dado por la Comisión redactora al artículo 224 ídem, consideramos muy oportuno transcribir las siguientes explicaciones del licenciado don Antonio Picado G.:

"Sobre la resolución de las excepciones de cosa juzgada, transacción y prescripción ha habido fluctuaciones en el procedimiento, pues en un tiempo se dispuso que se resolvieran en sentencia; después, se legisló en el sentido de que podrían resolverse en artículo de previo y especial pronunciamiento, y el Código vigente, según interpretación de la Sala de Apelaciones, volvió al sistema antiguo de reservarlas para sentencia.

La Comisión ha recibido la insinuación, por parte de persona autorizada en derecho, de que se vuelva al sistema de permitir facultativamente al Juez que resuelva en incidente de previo y especial pronunciamiento esas excepciones, o que las reserve para sentencia cuando su procedencia no sea evidente; pero la Comisión no se inclina por ese parecer y resuelve mantener el principio de que deben resolverse en sentencia, tanto por haberse dispuesto que en los juicios ordinarios el fallo de primera instancia los dicte la Sala Civil como porque en muchos casos, lo que al Juez le parece muy claro para declarar procedente la excepción, no lo estiman así los Tribunales superiores, y entonces el sistema de previo y especial pronunciamiento produce muy serias demoras. Además, por la calidad ESENCIALMENTE PERENTORIA de esas excepciones, preferible es que se resuelvan de modo definitivo en sentencia" (35).

(35) Explicaciones de las Reformas", obra citada, páginas 154 y 155.

## 20.—LA EXCEPCION DE "FALTA DE PERSONERIA AD CAUSAM"

Por la importancia práctica que en nuestro medio tiene, nos hemos decidido a hacer un intento en búsqueda del verdadero significado de la llamada excepción de "falta de personería ad causam", a la que podríamos calificar de "autóctona" porque no aparece en la doctrina ni en legislación alguna, sólo la encontramos a diario en la práctica judicial de Costa Rica. Tan confusa es la naturaleza de esta singular defensa que, después de un período regularmente largo de estar "de moda" entre nuestros jueces y abogados, ha llegado a "sentar cátedra" en los tribunales como múltiple, polifacética, absoluta y casi hasta infalible. Así es, en efecto, la excepción de "falta de personería ad causam" se opone y admite cuando se alega la ausencia de cualquiera de los llamados "presupuestos de fondo", sean, el derecho, la titularidad y el interés (en este último guardamos una reserva) y aún algunos litigantes usan de ella para la falta de personería procesal (capacidad para ser parte).

Como ya lo hemos dicho en otra parte, el Derecho Procesal se ha visto inundado de conceptos civilistas que más bien complican sus instituciones propias. Esto es lo sucedido con la causa, que en la ciencia del proceso ha venido a constituir lo que se denomina "causa petendi" (causa de pedir). Comencemos, pues, por analizar este elemento.

Enseña la doctrina del Derecho Civil que la causa es el fundamento, el por qué, la razón jurídica de una obligación. Así, por ejemplo, la obligación del vendedor de entregar el bien, se debe a la obligación contraída por el comprador de pagar el precio, de tal forma que ambas obligaciones se sirven recíprocamente de causa (36). Ahora bien, recordando que los clásicos civilistas consideraron que el proceso era de naturaleza jurídica contractual, nada extraño tenía entonces que incluyeran el elemento causa en esta institución formal. De ese modo llegamos a la conclusión de que la causa en el proceso es la razón de pedir o demandar. Si hacemos memoria de que la teoría clásica identificó la acción con el derecho sustancial, viendo en aquélla una simple manifestación de este último, vale decir, algo así como "el derecho mismo puesto en movimiento", hay que llegar forzosamente a aceptar que para los civilistas "la razón de pedir" no era otra que la existencia de un derecho material incuestionable, que facultara a una persona para recurrir ante los tribunales en demanda de su protección. Tenemos de esa manera que para la doctrina civilista, de donde proviene el concepto, la causa no es otra que el derecho de fondo alegado por el actor. La fórmula para los clásicos sería: no hay proceso sin causa, porque tampoco puede haber proceso sin derecho sustancial. Por último, siendo la acción parte integrante del derecho material, no es de extrañar que se use el concepto de causa como sinónimo de acción; confundidos en esta forma los encontramos en varias páginas de la magnífica monografía del Licenciado Antonio Picado

(36) Alberto Brenes Córdoba, "Tratado de las Obligaciones", edición de 1936, página 21.

G. "Acumulación de acciones y de autos", quien sigue al respecto, según parece desprenderse de sus propias citas, el criterio de renombrados autores españoles. (37).

Como muy bien dice Couture "el concepto de la causa es, por sí mismo, dificultoso en todos los órdenes del Derecho. En Derecho Procesal su determinación se halla en sus comienzos" (38). Este es uno de los motivos que nos llevan a eliminar el elemento causa dentro del proceso. También pensamos: ¿acaso no sería más acertado, cuando en el Derecho Procesal es necesario buscar el ORIGEN del asunto controvertido (en la cosa juzgada, la litispendencia y la acumulación), atenernos al examen del propio derecho sustancial en disputa para lograr establecer la identidad, analogía o diversidad entre dos juicios y olvidar se de la causa? Creemos que al hablarse del derecho como cuestión de fondo del conflicto judicial, no se está haciendo una simple referencia a la disposición legal o reglamentaria que sirve de base jurídica a la pretensión, sino que a todo el fundamento de la demanda, que comprende tanto la relación puramente material (decimos esto porque desechamos el concepto de "interés") que pueda existir entre las partes, como la norma jurídica que contempla y resuelve el caso. Nos parece, pues, que la causa es un elemento inútil y confuso desde el punto de vista procesal.

Pero volviendo a la excepción de "falta de personería ad causam" tenemos que sin duda ha de haber sido el resultado de la influencia en nuestro medio de las doctrinas civilistas. Desglosando la "fórmula" se encuentran en ella confundidos el concepto procesal de la personería y el civil de la causa, para producir lo que en castellano se podría entender como falta de personería en la causa. Esta "causa de pedir", de que aún se habla en el Derecho Procesal, desde el punto de vista clásico no es otra cosa que la circunstancia de poseer un derecho sustancial, porque para esas doctrinas sólo se puede pedir el amparo jurisdiccional cuando existe un derecho privado violado que proteger. Ahora, ¿quién es el que posee un derecho sustancial, quién es, entonces, el que puede pedir el amparo del poder jurisdiccional? Pues para los civilistas, como tantas veces lo hemos dicho, únicamente tiene esa facultad el TITULAR DEL DERECHO MATERIAL. Así, hemos llegado en este análisis lógico a inducir que nuestra excepción de "falta de personería ad causam" se refiere a la titularidad (elemento de fondo), también llamada cualidad, calidad y "legitimatio ad causam".

Con el deseo de confirmar lo anterior, sigamos brevemente la misma ruta trazada y examinemos el significado de la "exceptio legitimatio ad causam". Esa defensa quiere decir carencia de legítima causa de pedir, lo cual le sucede a quien no es titular del derecho privado controvertido.

No se crea que la conclusión a que hemos llegado sobre la "falta de personería ad causam" es nueva; el Profesor Fernando Baudrit, en unos cortos apuntes escritos en marzo de 1953, expresó su criterio de-

(37) Picado, obra citada, edición de 1951, páginas 14 y siguientes

(38) Couture, "Principios", obra citada, página 326.

finitivo sobre la identidad que existe entre "legitimatio ad causam", y "personería ad causam"; también muchos juristas costarricenses comparten la misma opinión. Tal vez lo que ha faltado es el desarrollo de esa idea a través de las fuentes civilistas del Derecho Procesal.

Sería muy conveniente que, al menos los tribunales, se decidieran a terminar de una vez por todas con el vicio y la anarquía que se han creado alrededor de la excepción de "falta de personería ad causam".

## 21.—LOS PRESUPUESTOS (39)

La doctrina dominante en la actualidad establece una distinción entre presupuestos procesales y excepciones propiamente dichas.

El término significa supuesto previo, por lo que se han definido los presupuestos procesales como "aquellos antecedentes necesarios para que el juicio tenga existencia jurídica y validez formal". Esta definición presenta dos clases de presupuestos: los que se refieren a la existencia y los que se relacionan con la validez del juicio.

Los presupuestos de existencia son los requisitos mínimos para que pueda hablarse de proceso, pues de faltar alguno los actos que se realizarían no tendrían la categoría de jurídicos. Estos presupuestos son los siguientes, según la doctrina: a) demanda judicial; b) órgano jurisdiccional; c) partes que se presenten como sujetos de derecho.

Los presupuestos de validez atienden a la eficacia del juicio; éste existe, pero luego se declara nulo. Como ejemplos se citan la incompetencia, el mandato con el que se comparece a demandar cuando ya había sido revocado por el poderante, etc.

Dentro de estas categorías de defectos procesales, las excepciones desempeñan la función de ser el medio legal de denunciar al Juez la falta de presupuestos. Sin embargo para diferenciar más el contenido de unas y otros se dice generalmente que las excepciones necesitan de la alegación del particular y que los presupuestos se pueden hacer valer aun de oficio.

No quisiéramos dar la impresión de que pretendemos criticarlo todo, pero nos hemos atrevido en algunos casos a hacer comentarios porque somos opuestos a cuanto venga a oscurecer los principios de una rama del Derecho que, precisamente, debe distinguirse por lo contrario: su claridad absoluta. Ese es el lugar en que nos colocamos frente a los presupuestos procesales. Reconocemos que hay varias categorías de excepciones formales, pero nos negamos a admitir la distinción entre éstas y los presupuestos. Trataremos de explicarnos.

Lo que no podremos aceptar nunca, como ya lo hemos dicho anteriormente en alguna otra parte, es que se hable de inexistencia y nulidad de procesos cuando han intervenido los poderes jurídicos de jurisdicción, acción y defensa.

Los llamados presupuestos de existencia nos arriesgamos a calificarlos de conceptos innecesarios o inútiles y al mismo tiempo afirmamos que de ellos ni siquiera debería ocuparse la Ciencia del Proceso, porque no salen del campo de simples hechos, sin entrar siquiera al terreno del Derecho. Ya casi se estaría llegando al absurdo si quisie-

(39) Couture, "Principios", obra citada, páginas 46 a 52.

ra examinarse la naturaleza "procesal" de una querrela (entiéndase como simple disputa) en donde no hay acción o jurisdicción (son los dos primeros presupuestos que citamos en la página anterior) .

Esto no tiene sentido, jurídicamente hablando. Sería exactamente lo mismo que decir que no hay litis mientras no haya demanda judicial o en tanto no se presente el asunto ante un Juez. Semejante cosa no necesita regulación ni explicación doctrinaria alguna. Los mencionados requisitos de existencia ni al menos pueden denominarse presupuestos del proceso (ya se entraría al campo del Derecho); tal vez sería más acertado decirles "presupuestos del Derecho Procesal", lo que no pasaría de ser una perogrullada. ¿Para qué se van a normar cuestiones que nunca podrían tener el más mínimo asomo de efectos jurídicos?

Ahora, se nos preguntará: ¿si no se ha dado la posibilidad al demandado de usar su derecho de defensa y se ha seguido adelante en los procedimientos...habrá proceso? Pareciera que, de acuerdo con la importancia que le concedimos a este poder jurídico en el primer capítulo, tal cosa nos llevaría a contradecirnos y aceptar que se trata entonces de un proceso inexistente. Pero no es así. Cuando falta acción o jurisdicción, repetimos, no hay nada, pero cuando es la posibilidad de defenderse la que ha estado ausente tenemos ya el inicio de un proceso, sólo que no ha llegado a constituirse formalmente, sin que por ello pueda tampoco decirse que sea un proceso inexistente. Se podrá hablar de nulidad de actuaciones, pero no de un proceso absolutamente nulo. Las que son nulas son las actuaciones posteriores a la demanda, pero ésta es válida y por eso lo que en estos casos procede es dejar sin efectos lo actuado y comenzar de nuevo, dando al demandado la oportunidad que le corresponde (traslado). La diferencia de este caso con los del párrafo anterior es evidente: aquí hay un acto jurídico; en aquéllos sólo hay hechos (¿qué otro carácter podría tener una demanda que no se presentara ante un Juez o un "juicio ordinario" que no se iniciara con una petición de parte, sino de oficio?)

El otro presupuesto de existencia de que se hablaba es el que se refiere a "partes que se presenten como sujetos de derecho". Este es un planteamiento impreciso, que podría referirse a la titularidad activa o pasiva (elemento de fondo), a la personería, o bien a la ausencia absoluta de alguno de los poderes jurídicos que integran el proceso. Por esa sola circunstancia no haremos más comentarios sobre el punto.

En cuanto a los presupuestos de validez diremos que, aparte de la poca exactitud que notamos en doctrina sobre la clasificación de ellos, no vemos cómo puedan producir la nulidad de un proceso. Si reflexionamos un poco podremos distinguir que al hablarse de esos presupuestos se está aceptando que ha habido ejercicio del derecho de acción (demanda), ejercicio del poder jurisdiccional (resolución que los declara) y ejercicio efectivo de la potestad de defenderse (excepción por la que se denuncia); en tales condiciones no sólo existe un proceso, sino que es formalmente válido. Aplicando un criterio distinto se quedarían sin explicación una enorme cantidad de actuaciones judiciales integradas por manifestaciones efectivas de todos esos poderes

jurídicos que intervienen en la formación del proceso. En consecuencia, los requisitos aludidos no suponen nada previo al proceso; quizá serían más bien antecedentes de la legalidad o validez de la sentencia definitiva, porque, de existir alguno de ellos, habría que considerar nula la resolución de fondo. Sería entonces, volvemos a repetir, una nulidad de actuaciones y no otra cosa. Lo procedente en un caso como éstos es dejar sin efecto las diligencias realizadas y enderezar los trámites conforme a la ley, si es que resulta posible; de otro modo el proceso termina.

Algunos procesalistas también se refieren a los presupuestos de fondo, en el sentido de supuestos previos a una sentencia estimatoria de la demanda, es decir, a una resolución final que acoja la pretensión del actor. Integran estos presupuestos los llamados elementos materiales: derecho, titularidad e interés (?). No vemos que sea necesario hablar de presupuestos para significar los requisitos del mérito, aunque hay que reconocer que el concepto es correcto.

## 22.—EXCEPCIONES DE LA DEMANDA (FORMALES):

En el número 18 se hizo el distinguo de dos clases de excepciones formales: las que se refieren a la demanda y las que hacen relación a la prosecución efectiva del proceso.

Estudiando con cuidado las características de estas excepciones se llega a la conclusión de que en algunas de ellas los defectos que las producen aparecen desde la propia presentación de la demanda, de tal manera que el proceso no puede legalmente avanzar de ese estado mientras no se corrijan (error de preparación, incompetencia, falta de personería, etc.); si el Juez se da cuenta de uno de esos vicios, antes de la oposición del demandado, de oficio ordena corregirlos y, una vez subsanados, el asunto sigue su curso normal; de lo contrario ahí mismo termina, sin dar nacimiento siquiera a un proceso. En caso de que el demandado los denuncie mediante su derecho de excepción, la relación procesal se establece y si posteriormente el actor o el Juez, según corresponda, los corrigen, sólo se ha causado una demora; pero de no suceder así, fenece el proceso.

Hay otro grupo de excepciones dentro de la categoría de las formales que en nada se relacionan con la demanda, sino que atacan otros defectos propios del proceso. En ellas la demanda es perfecta (las partes tienen capacidad, la preparación es correcta y la pretensión es jurídica), sin embargo, el demandado puede impedir que el proceso continúe hasta la sentencia de fondo. A este último tipo de defensas les hemos dado el nombre de excepciones del proceso.

Sabemos que con este planteamiento no se está descubriendo una novedad de gran importancia para el Derecho Procesal, pero sí estamos convencidos de la simplicidad y utilidad práctica de la distinción. Ya se podrá apreciar la verdad de lo que decimos conforme se avance en la exposición siguiente.

Primeramente tenemos un breve comentario sobre cada una de las excepciones que integran el grupo de las que se refieren a la demanda.

**a) Error en la preparación de la demanda:**

Es natural que desde un principio se lleve al Juez la más completa información posible sobre la relación privada en que el actor se funda para ejercitar el derecho de acción. Así lo imponen el orden y la legalidad de los procedimientos y el interés de que el demandado pueda saber qué se pretende en su contra y en virtud de qué motivos de hecho y de derecho, para que en esa forma tenga amplia oportunidad de defenderse. Todo eso hace que desde la demanda el juicio se canalice, por un lado, contra una persona determinada y, por el otro, hacia un fin jurídico definido. Para lograr esos objetivos es que se exige en la preparación de la demanda seguir un silogismo perfecto: hechos, derecho y pretensión.

En la reforma de 1938 se suprimió este defecto como motivo de excepción dilatoria, con un afán tendiente a terminar con el vicio de muchos litigantes que la oponían con el propósito de alargar el juicio. Sin embargo, esta supresión es más aparente que real, ya que en la segunda parte del artículo 208 ídem se permite al demandado, como es lógico, hacer al Juez las observaciones que tenga respecto a la forma de la demanda en el momento de oponer excepciones, caso de que éste no hubiere ordenado corregir los defectos al examinarla para darle curso.

Reconocemos la buena intención que animó al legislador, pero al no suspender el término para contestar la demanda la oposición de excepciones dilatorias, como entre nosotros sucede, resulta entonces innecesario para esos fines no permitir expresamente la excepción, de acuerdo con la técnica procesal. La razón que puede encontrarse a este proceder de la ley costarricense es que la innovación que en la materia se hizo fue por iniciativa particular de uno de los redactores, el licenciado don Antonio Picado Guerrero, presentada posteriormente a la Comisión del Congreso, quien la aceptó de lleno, pero la que parece no se cuidó de estudiar las variaciones naturales que semejante novedad tendría que producir en muchos otros de los artículos del Código, como es el caso del defecto legal en la forma de la demanda. Esto se desprende de lo que dice ese distinguido jurista en sus "Explicaciones de las Reformas" (40).

Puede notarse fácilmente que en la práctica judicial de nuestro país no existe un criterio muy definido sobre cómo debe prepararse una demanda, especialmente en cuanto a su parte final. En efecto, muchas veces hemos visto los términos "acción" y hasta "demanda" para significar la pretensión. Por eso, nos permitimos recomendar que, después del encabezamiento, se siga el siguiente sistema: HECHOS... DERECHO... PRETENSION... CUESTIONES DE TRAMITE... Preferimos el uso del vocablo "pretensión" al de "pe-

(40) Picado, obra citada, página 149.

ción", pues se ajusta más al contenido verdadero de lo que ahí se incluye (lo que el actor pretende que se declare contra el demandado) y, además, es preferible dejar el término últimamente referido para cuando se habla de la acción (derecho de petición.)

#### b) Falta de pretensión jurídica:

A primera vista parece contradictorio que se exija este requisito como cuestión formal, porque da la impresión de referirse más bien al mérito de la demanda. Pero es completamente otro el significado que le queremos imprimir al asunto. No se trata del fundamento de la pretensión, sino de algo ajeno en un todo al derecho sustancial que pueda tener el actor. La idea nuestra es permitir al Juez y al demandado el rechazo de una demanda absurda, o de fondo ilícito, o bien carente por completo de sentido jurídico y que nunca podría, por más pruebas que se aportaran, ser acogida en sentencia. Se trata de cuestiones antijurídicas (que el actor diga expresamente que su pretensión deriva de una deuda de juego), o extrajurídicas (a una persona se se le ocurre demandar al Estado para que se declare "la importancia de la energía atómica" o el "error de la política seguida por el Gobierno"). Se comprende que un juicio de esa naturaleza carecería de objeto y es lastimoso que el demandado y los tribunales pierdan su tiempo en cuestiones que de antemano se sabe que a nada conducirán. El defecto tendría que ser evidente para que pudiera apreciarse con la propia demanda. Distíngase bien este defecto con la falta de derecho material: el Juez no está diciendo lo más mínimo sobre el fundamento de mérito, únicamente analiza la demanda para ver si su pretensión es posible en Derecho; puede una pretensión tener el carácter de jurídica, porque su sustento legal sea al parecer bueno y luego se comprueba la temeridad con que obró el actor en vista de que los hechos eran muy otros a como él los expuso. Insistimos: la pretensión debe ser jurídica para que se dé trámite a la demanda, no precisamente fundada en un efectivo derecho sustancial.

#### c) Incapacidad de las partes:

Todos los que intervienen en la relación procesal (Juez, actor y demandado) deben ser legalmente capaces, para que la sentencia que se dicte al final tenga validez y pueda surtir efectos duraderos.

Desglosemos en los siguientes puntos el tema:

1.--Falta absoluta de jurisdicción. Se refiere a que la demanda sea presentada ante una persona u organismo que no esté investido de la potestad de administrar justicia. Aquí, como lo dijimos anteriormente, no hay en realidad proceso, tampoco en rigor puede hablarse de excepción, pero incluimos el caso por simples cuestiones de método. Artículo 35, en relación con los números 152 y 153, todos de la Constitución Política.

2.--Incompetencia. Estos defectos se originan en que el Juez ante quien se interpone la demanda no es de pleno derecho al que corres-



ponde conocer de la misma. Hay jurisdicción, pero falta competencia. Es imperfecta la denominación que nuestra ley (artículo 215, inciso 1º, ídem) le da a esta excepción; hablando estrictamente se puede decir que no existe la "incompetencia de jurisdicción"; ni siquiera es posible expresar en términos corrientes lo que ese concepto podría significar; es una superposición de conceptos, sin base técnica alguna.

Se distinguen tres clases de incompetencias: por razón de la materia, del territorio (nacional y extranjero) y de la cuantía.

La incompetencia por la materia se funda en que el asunto no corresponde conocerlo a los Tribunales Civiles de Justicia, por tratarse de causas penales, de trabajo o de simples procedimientos administrativos. La procedencia de esta excepción produce el efecto de terminar con el proceso, salvo, en nuestro concepto, cuando se trata de un asunto civil que se plantea por la vía contencioso-administrativa, o viceversa, en que nos parece que lo natural —pese a que son materias distintas, pero reguladas en general por los mismos procedimientos—, sería ordenar pasarlo al Juzgado respectivo. Artículos 221 y 919 del Código citado y 173 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La incompetencia por el territorio puede referirse al nacional o extranjero. La primera es una limitación lógica proveniente de las dificultades que traería el que todos los Jueces conocieran indistintamente de cualquier asunto civil que se presentara en el país. La incapacidad de un Juez por este motivo es posible remediarla en virtud del fenómeno denominado prórroga, que puede ser expresa o tácita, sin embargo, sólo se da para los negocios contenciosos (no en los que se realizan actuaciones dentro de la función administrativa judicial) y entre Jueces de la misma clase y categoría. La declaración con lugar de una excepción por este motivo trae como única consecuencia la demora del juicio y que se pase al Juez que corresponda. Artículos 220 del Código de Procedimientos y 157, 164 y siguientes de la Ley Orgánica. La incompetencia del territorio extranjero es producida por cuanto el negocio no pueda ser conocido por los Tribunales Civiles del país, de acuerdo con las Reglas del Derecho Internacional Privado. El acogimiento de esta excepción trae consigo la terminación del proceso. Artículo 919 citado.

La incompetencia por razón de la cuantía hace relación a la categoría del funcionario judicial: por regla general a los Jueces les corresponden los negocios de mayor e inestimable cuantías y a los Alcaldes los de menor y mínima cuantías. El efecto que trae la procedencia de esta excepción es de trasladar el caso al funcionario competente. No hay posibilidad de prórroga. Artículos 221 del Código de Procedimientos y 81, 91, 167 y 173 de la Ley Orgánica.

3.—Falta de personería activa. Esta excepción se refiere a defectos en la capacidad y condiciones de la persona que gestiona como actor o en su representación. La deficiencia puede presentarse por los siguientes motivos: incapacidad propiamente para gestionar en persona (artículos 215, inciso 2, del Código de Procedimientos); vicios en la representación o carácter con que se reclama (mismo texto) e ilegalidad o insuficiencia del poder judicial del abogado (inciso 3, artículo y Código citados).

La incapacidad para gestionar en persona la sufren los menores, los enajenados mentales y los sordomudos que no saben leer y escribir. En vista de que el Código de Procedimientos Civiles no establece ninguna norma expresa para estas incapacidades, debemos atenernos a las reglas del Código Civil contenidas en los artículos 23 y siguientes. Pese a que tradicionalmente se ha aceptado en nuestros Tribunales que la incapacidad, por razón de la edad, la tienen todos los menores de 21 años, es interesante observar las diferentes clases de ellas que se incluyen en los artículos citados, lo cual, de aplicarse estrictamente, sería una verdadera revolución en nuestro procedimiento civil. Todo se debe a la imprevisión del legislador que no se ha preocupado de regular este aspecto procesal en el Código de la materia.

Por otra parte, las enormes y constantes contradicciones de las leyes costarricenses a menudo llevan a resolver principios diferentes en un solo texto, como si fuera la cosa más natural. Eso sucede con el artículo 1 del Código de Procedimientos Civiles que, estando abiertamente concebido con los postulados de las teorías civilistas de la acción y comprendiendo los que se denominan presupuestos de fondo, contiene también, en su inciso tercero, el requisito procesal de la capacidad para gestionar judicialmente.

Los vicios en cuanto a la representación o carácter con que se comparece en juicio es otro de los motivos que dan lugar a la excepción de falta de personería activa. Estos son dos términos casi sinónimos, pero podemos hacer la siguiente pequeña diferencia: la representación es el medio legal de realizar actos válidos en nombre de una persona particular, física o jurídica; esta institución se llama mandato y poder el documento en que se consigna; el defecto formal se daría, por ejemplo, si quien comparece como demandante alega ser apoderado de otro y no lo comprueba o resulta falso; también sería el caso del padre, tutor o curador que gestionan en representación de un menor o incapaz mental, sin serlo. En cuanto al término "carácter" creemos que se refiere a la calidad que se obtiene con el desempeño de una función pública; así decimos que el señor... actúa en carácter de Rector de la Universidad de Costa Rica o de Procurador General de la República en este negocio.

La falta de personería por insuficiencia o ilegalidad del poder del abogado del actor, se refiere a la condición del profesional en Derecho que demanda haciendo uso de un poder judicial, general o especial, que se le ha conferido. Concretamente la excepción por insuficiencia procedería si se ha conferido un poder sólo para un negocio determinado e intenta otro para el que no se le autorizó (un divorcio en vez de una demanda reivindicatoria); la ilegalidad se refiere a defectos en la constitución del mandato (por ejemplo, un vicio en el consentimiento ejercido sobre quien aparece como poderdante). Artículo 140 de la Ley Orgánica en relación con los números 1288 y siguientes del Código Civil.

4.—Falta de personería pasiva. Son los mismos defectos recién comentados, pero referidos a la parte demandada o a su representante en juicio. Es curiosa la forma como el inciso 4 del artículo 215 citado enfoca el problema. Sólo establece la excepción cuando el vicio se funda

en la representación o en el carácter que se le atribuye al demandado (se demanda a una persona como padre de tal menor y ya ha perdido la patria potestad o a un individuo como Gerente de una Institución Bancaria cuando ha dejado de serlo). Pero, lamentablemente, nuestra legislación no contempla los casos de incapacidad del demandado (menor, insano mental o sordomudo). No obstante, la jurisprudencia se ha encargado de remediar la falla, admitiendo y declarando con lugar excepciones por esas deficiencias. Lo contrario a este proceder traería una nulidad de actuaciones y la ilegalidad de la sentencia definitiva. Es bueno hacer notar que, aunque no se incluyen esos puntos dentro del artículo 215 citado, sí se pueden considerar contemplados como causa de la nulidad del artículo 385 ídem, pues su párrafo segundo in fine no hace salvedad alguna cuando permite establecer un incidente de previo y especial pronunciamiento por razón de la "personería de cualquiera de los litigantes o de su procurador", pero el problema siempre subsistirá si el vicio no se refiere a hechos ocurridos después de la contestación de la demanda, conforme lo ordena la disposición legal citada.

### 23.—EXCEPCIONES DEL PROCESO (FORMALES)

Dijimos anteriormente que hay ciertas excepciones que cuando son opuestas y se acogen por el Juez obstan a la efectiva prosecución del proceso, porque terminan con él, pero que si el demandado no las plantea el asunto sigue su curso normal y la sentencia que al final recaiga tiene plena validez.

Las excepciones que aluden a defectos que provienen de la demanda, en cambio, invalidan los procedimientos que se han efectuado sin que sean corregidos y su declaratoria posterior obliga a reponer los trámites hasta el momento en que sea necesario para que el juicio pueda continuar ordenada y legalmente. Por eso es que hemos sostenido en otro lugar que una sentencia dictada en presencia de defectos de esa naturaleza no tiene valor alguno. Imaginemos el caso de un juicio en que una de las partes de la relación procesal sea incapaz (incompetente, falta de personería activa o pasiva) o que la demanda no contenga exposición de fundamentos de hecho y de derecho, o que la pretensión sea extrajurídica ¿podrá tener validez una sentencia dictada ante semejantes vicios? Claro que no. Por el contrario, las excepciones del proceso no producen una situación antijurídica tan evidente y el juicio puede llegar hasta su terminación y la sentencia surtir todos sus efectos. Estas razones, entre otras, son las que llevan a distinguir la diferencia absoluta que existe entre las excepciones de la demanda tratadas en el número pasado y las excepciones del proceso, integradas por la litispendencia, la transacción y la cosa juzgada. Por supuesto, estamos dando por aceptado que éstas no se refieren al fondo del asunto.

#### a) *La litispendencia:*

Nuestro Código, en el último inciso del artículo 215, siguiendo el paso que le ha señalado la doctrina y la legislación españolas, estable-

ce la litispendencia dentro del grupo de las excepciones dilatorias. Sería caer en repeticiones innecesarias traer de nuevo todas las críticas que hemos hecho a esa clasificación; sólo diremos que, aparte de la ubicación errónea, la ley costarricense adolece de un vacío muy grande al no señalar en ningún lado los principios que deben seguirse respecto a la litispendencia.

El nombre de esta defensa significa "litigio pendiente", de donde se induce que procede oponerla cuando hay otro juicio igual en trámite y no fallado, porque de haber sido resuelto se entraría al terreno de la cosa juzgada. Motivos poderosos en pro del crédito, de la justicia y de la economía de gastos y de tiempo son los que impulsan esta excepción, ya que carecería de objeto seguir dos juicios exactamente iguales y más bien se plantearía el peligro de producirse sentencias contradictorias. Es preciso entonces que exista identidad absoluta para que haya litispendencia; procesalmente hablando, y de acuerdo con los términos que en esta ciencia nos parece que deben usarse, se está en frente de un fenómeno de litispendencia cuando entre dos juicios resulta igualdad de PARTES (no de personas, porque en uno se puede demandar por intermedio de un representante y en otro aparecer personalmente y hay identidad de partes), de DERECHO (fundamentos legales y de hecho de las demandas) y de PRETENSIONES (lo que solicita el actor que se declare contra el demandado). Conforme se desprende de las explicaciones que se han dado a través de la tesis, consideramos más apropiados al Derecho Procesal los anteriores vocablos a los que tradicionalmente se han empleado, procedentes o trasplantados de la teoría de las obligaciones (partes, objeto y causa).

Un aspecto de suyo importante es el distingo entre litispendencia y acumulación de autos. En cuanto a la primera, no es preciso insistir que únicamente se produce cuando hay identidad absoluta en todos los elementos de ambos juicios; pero en lo que hace a la acumulación, puede sobrevenir también cuando se presenta esa identidad sólo en dos elementos y hasta en uno de ellos, en tratándose de la causa (del derecho, preferimos decir nosotros). Esto que hasta ahora ha sido en verdad el pequeño punto de diferencia de fondo, aparte de ciertos detalles de puro procedimiento (oportunidad para plantear una y otra y archivo o reunión de los expedientes, según corresponda), puede muy bien servir en el futuro para señalar definitiva y claramente los campos de cada uno de esos fenómenos. ¿Hay acaso algún motivo técnico que impida disponer que en frente a la identidad completa sólo proceda la excepción de litispendencia y dejar la acumulación de autos para los demás casos? No encontramos razón ninguna que se oponga.

#### b) *La Transacción:*

La transacción se define como "un contrato por cuyo medio, haciéndose los estipulantes recíprocas concesiones, terminan un litigio pendiente o evitan un litigio eventual" (41). No hay duda de que ésta es

(41) Alberto Brenes Córdoba, "Tratado de las Obligaciones y Contratos", página 548.

la manera más prudente para zanjar las controversias privadas, puesto que el acuerdo amistoso es de mucho mayor beneficio para las partes que la contienda judicial, por las molestias y gastos que ésta trae consigo. En general, se afirma que puede transigirse sólo sobre cuestiones patrimoniales y por quienes tienen capacidad contractual. Artículos 1367 y siguientes del Código Civil.

Hay que recordar lo que hemos dicho antes: la excepción de transacción no se refiere propiamente al fondo del conflicto, sino que termina con el proceso por cuestiones formales ajenas al fundamento mismo de la pretensión. El Juez al declarar con lugar una oposición con este motivo no entra a conocer sobre el mejor derecho sustancial alegado; lo único que hace es examinar el contenido del convenio y si resulta en un todo legal da por fenecido el asunto y ordena el archivo del expediente.

c) *La cosa juzgada:*

En una visión tan rápida de las excepciones como la que estamos haciendo, no se puede entrar en los múltiples problemas que la cosa juzgada trae consigo. Pensemos no más que no existiría justicia efectiva sin la fuerza casi inconvencible de esta garantía; ella es la razón misma de la jurisdicción. Dejemos, pues, todo ese interesante campo de la esencia filosófica, al igual que el de los alcances y la identidad que debe existir entre los dos juicios (nuevo y anterior), y tratemos tan sólo de algunas condiciones formales para que pueda prosperar la excepción de cosa juzgada.

Aceptamos la doctrina dominante, que fue expuesta por Pothier, en cuanto a que la cosa juzgada es una "presunción de verdad". Es de lógica jurídica que no podría llegarse a establecer esa presunción sino después de un debate amplio, en donde las partes aporten todas sus pruebas y hagan las alegaciones que estimen a bien, para que el Juez tenga suficientes elementos de juicio y así dicte una sentencia ajustada a la verdad, dentro de las limitaciones humanas. Por eso, es principio general que la cosa juzgada sólo la produce la sentencia pronunciada en juicio ordinario. Pero las legislaciones establecen, por razones varias, otros casos en que también hay cosa juzgada. En nuestro Derecho tenemos los siguientes:

1.—La cuenta partición aprobada contradictoriamente en las sucesiones. Así se ha declarado por jurisprudencia, según sentencias de Casación de 2.50 horas (tarde) de 29 de julio de 1930, 3.25 horas (ídem) de 1º de diciembre de 1931 y 2.50 horas (ídem) de 30 de noviembre de 1933. A este resultado se ha llegado en aplicación a lo establecido por el artículo 363 del Código Civil, en cuanto a que las particiones "hechas mediando contención, sólo pueden ser atacadas en los casos que puede serlo una sentencia", en relación con el 557 del de Procedimientos Civiles, que habla de aprobación DEFINITIVA de la cuenta partición. Es correcto a nuestro entender este modo de resolver el problema, porque no sería lógico que las adjudicaciones en las herencias quedaran sujetas a discusiones posteriores si ya ha habido contradicción para llegar a ellas.

2.—La sentencia dictada en la vía arbitral, sea pronunciada por árbitros de derecho o arbitradores. Artículo 397 del Código de Procedimientos Civiles. Ajustada en un todo a la técnica es esta disposición, ya que el juicio de árbitros sustancialmente es igual al ordinario.

3.—Lo resuelto en los incidentes para el cobro de honorarios de abogado. Artículo 153 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esta es una "nueva" categoría de incidentes denominados privilegiados y cuya finalidad es garantizar los intereses profesionales. El efecto de cosa juzgada que se concede aquí posiblemente se deba a que en esa forma se ha querido asegurar la pronta y definitiva recaudación de los emolumentos por los servicios prestados en un litigio. De este incidente se podría decir que es un juicio ordinario "pequeñito" dentro de otro ordinario "grande".

4.—Las sentencias dictadas por la Justicia represiva tienen autoridad de cosa juzgada ante los tribunales civiles, en los términos y condiciones que indican los artículos 725 y 726 del Código Civil.

En materia de cosa juzgada se hace una distinción: cosa juzgada en sentido formal y cosa juzgada en sentido sustancial. La primera se refiere al elemento inimpugnabilidad que adquiere una sentencia cuando no admite recurso alguno, pero sí la posibilidad de modificarse en un procedimiento posterior (es el caso de los juicios sumarios y sumarísimos —ejecutivos, interdictos, etc.—); aquí la cosa juzgada tiene más bien el carácter de sentencia firme, en cuanto a que ya no cabe ningún trámite ordinario en su contra dentro del mismo proceso. La cosa juzgada en sentido sustancial se produce cuando una sentencia, a más de inimpugnable, posee la condición de inmutable, es decir, de algo que no se puede variar. Este atributo lo tienen sólo las sentencias dictadas en juicios ordinarios y en los demás casos comentados antes, por lo que hace a Costa Rica. Se desprende fácilmente de lo dicho que esta última es la verdadera cosa juzgada y la única que opera como excepción formal, dirigida contra la continuación efectiva del proceso civil, pues su oposición y acogimiento termina interlocutoriamente con el asunto (recuérdese nuestra posición en cuanto a la naturaleza de la cosa juzgada, cuando hablamos de las excepciones mixtas, número 19-c).

#### 24.—OPOSICION, EFECTOS Y RESOLUCIONES DE LAS EXCEPCIONES FORMALES

Conforme lo hemos adelantado ya, en nuestro criterio todas las excepciones formales deberían oponerse al contestar la demanda, como principio general.

Las excepciones que llamamos de la demanda, en virtud de referirse a defectos que si no se corrigen anulan las actuaciones posteriores (inclusive la sentencia), lógicamente su tramitación y resolución debe hacerse como artículo de previo y especial pronunciamiento. Esto es también por completo posible, pues las características de los vicios que atacan hacen que la procedencia o improcedencia de esas excepciones sea de fácil apreciación por el Juez y aún en la mayoría de los casos que puedan resolverse sin necesidad de trámite alguno.

Cosa distinta sucede con las excepciones del proceso. En éstas el juicio puede seguir adelante, porque nada tienen que ver con la validez de los procedimientos. Además, los motivos que permiten oponerlas no aparecen de un modo tan claro como en las excepciones de la demanda y, por esa razón, es necesario que las partes tengan la oportunidad de presentar sus pruebas en defensa y en contra de la excepción opuesta, para que así el Juez pueda formarse criterio y dictar su pronunciamiento. No obstante, siempre habrán de resolverse antes de dictar sentencia definitiva, en razón de que sería contrario a Derecho que se hiciera una declaración sobre el fondo del asunto, habiendo pendiente una cuestión de forma. La sentencia no debe ser pronunciada sino cuando el aspecto formal está ajustado en un todo a la ley, pues de no hacerse así vendrían luego nulidades y éstas deben evitarse en un buen sistema procesal. Aquí hay que aclarar que las excepciones del proceso no producen en su acogimiento judicial la nulidad de lo actuado, como sí acontece con las de la demanda, pero son defensas que el demandado opone precisamente para impedir que se haga declaración sobre el fundamento propio del derecho sustancial alegado; en consecuencia, si estando pendientes y siendo además procedentes se dicta resolución de fondo, ésta es nula.

También son distintas las situaciones que presenta el planteamiento tardío de esas dos clases de excepciones formales. Se ha dicho que las excepciones de la demanda son vicios que invalidan los procedimientos (por ejemplo, el caso de un Juez Penal conociendo de una demanda de divorcio o el de un proceso en que el demandado es menor y no está representado legalmente, etc.), por cuya virtud debe dejárseles el camino abierto para que el defecto pueda denunciarse en cualquier momento. Claro está que la celeridad de los trámites impone que una excepción de ese carácter, opuesta después de la contestación, no puede detener el curso normal del juicio, pues eso se prestaría a recursos abogadiles que tienen que evitarse, por lo que su tramitación se debe hacer en pieza separada, pero no se debe dictar sentencia mientras no hayan sido rechazadas por resolución firme. Este mismo criterio nos lleva a concluir que los defectos que se refieran a la demanda pueden declararse aun de oficio.

En cuanto a la gestión oficiosa del Juez, bien se podría decir que está aceptada por nuestro Derecho positivo en la materia que nos ocupa, de acuerdo con lo establecido en el artículo 173 de la Ley Orgánica para incompetencias y en el párrafo sexto del artículo 385 del Código de Procedimientos Civiles por lo que hace a las demás nulidades de actuaciones que se producen por otros vicios de la demanda.

Cosa muy distinta acontece con las excepciones del proceso. En la crítica que antes hicimos al sistema costarricense y a la doctrina tradicionalista sobre las excepciones mixtas, dejamos esbozado nuestro criterio respecto a cómo deben actuar las excepciones del proceso. Aparte de su resolución interlocutoriamente, creemos que sólo es conveniente admitirlas, después de contestada la demanda, cuando se fundan en hechos nuevos y aun estando el juicio en segunda instancia. El derecho a oponer las excepciones de litispendencia, transacción y cosa juzgada es perfectamente renunciable y tiene que considerarse que eso ha hecho el de-

mandado cuando en la contestación no las plantea. Se comprenden los inconvenientes que trae consigo el hecho de que se estén siguiendo a la vez dos juicios sobre el mismo asunto (litispendencia) o que se establezca un nuevo juicio cuando ya en otro anterior se resolvió definitivamente la misma controversia (cosa juzgada), pero si las partes así lo quieren (expresa o tácitamente), no son los tribunales quienes pueden impedirlo. Todavía es más claro el caso de la renuncia que hace el demandado del derecho a hacer valer lo acordado en un convenio de transacción cuando no opone esa defensa al contestar. Tomando en cuenta estas razones, es que nos parece que sólo con base en hechos nuevos pueden aceptarse las excepciones del proceso después de la contestación a la demanda.

Los mismos motivos pueden argumentarse para negarle al Juez la facultad de declarar de oficio la litispendencia, la cosa juzgada y la transacción. Así, brevemente, lo exponen también nuestros juriconsultos Alberto Brenes Córdoba (42) y Antonio Picado Guerrero (43), apoyándose en la razón de haberse aceptado que en estos casos no hay un interés público de por medio que compela a los Tribunales a actuar sin la manifestación de las partes.

No obstante, hay que hacer algunas salvedades en cuanto a la cosa juzgada. Si bien es muy difícil que el caso se dé, creemos que en tratándose de juicios de divorcio, separación de cuerpos, nulidad de matrimonio e investigación de paternidad, perfectamente podría admitirse que el Juez declarara, de oficio y en cualquier momento, la cosa juzgada, ya que sobre estas materias sí parece que hay un interés público superior al privado de las partes.

Para terminar diremos que sobre la litispendencia podría producirse una situación muy curiosa y perfectamente legal; es la siguiente: si el demandado no opone esa excepción al contestar, una vez que en alguno de los dos juicios haya sentencia firme adquiere el derecho de plantear la cosa juzgada, pues la sentencia dictada viene a constituir un hecho nuevo en el otro juicio.

## 25.—LAS EXCEPCIONES DE FONDO:

Ya adelantamos atrás que para que se pronuncie una sentencia estimatoria de la demanda deben darse los requisitos que se han llamado presupuestos del mérito o de fondo, representados por el derecho, la titularidad y el interés. Es entonces exacto afirmar que, cuando se contesta negativamente una demanda, aunque no se diga expresamente, lo que se hace es rechazar los fundamentos de la pretensión y, de esa manera, oponer una excepción de fondo.

Procesalmente hablando no es correcto plantear las excepciones de falta de causa, pago, prescripción, confusión, error, dolo, violencia, etc., que se refieren a las circunstancias impeditivas, anulatorias y extintas de las obligaciones, en virtud de que esas son situaciones que

(42) "Tratado de las Obligaciones", página 117.

(43) "Acumulación de acciones y autos", página 27.



importan sólo al Derecho Civil, no así al Procesal, porque en un juicio tales hechos operan simplemente como EXCEPCION DE FALTA DE DERECHO o, lo que es lo mismo, de PRETENSION INFUNDADA.

Siempre que se usa el término "derecho" hay que comenzar por explicar el significado que se le está dando. Como elemento del mérito el derecho es, para nosotros, la razón jurídica basada en hechos verdaderos que sirven de sustento a la pretensión que quiere hacer valer el actor. Esta se acoge porque el actor tiene un derecho sustancial que reclamar del demandado. En un concepto tan amplio del derecho, pero exacto —permítasenos creerlo así—, se abarcan perfectamente los otros dos elementos, sean, la titularidad y el interés. Porque el actor sólo tiene un derecho material contra el demandado cuando es su titular y éste el obligado, al mismo tiempo porque la ley que invoca es aplicable por existir una relación privada verdadera que necesita de la composición judicial.

No obstante, reconocemos la conveniencia de hacer el distingo entre el derecho en sí mismo y su titularidad. Recurriendo a dos ejemplos se aclara la diferencia de conceptos: una finca está indebidamente en poder de Juan, lo cual crea a otro un derecho para reivindicarla, pero ese derecho no pertenece a cualquier individuo, sino que sólo a Pedro, el propietario, porque únicamente él reúne la condición de ser titular del derecho (titularidad activa); ahora, supongamos que Pedro en vez de establecer su demanda contra Juan lo hace contra José, quien es ajeno al hecho que referimos; aquí procederá en favor del último una excepción de fondo, ya que sólo tiene el deber de restituir el bien aquél que posee la calidad de obligado en la relación privada (titularidad pasiva). Vemos así que, aunque exista un derecho sustancial, la sentencia puede rechazar la pretensión del actor por no tener la calidad de titular del mismo o porque el demandado no tenga la de obligado. Este es el objeto y contenido de la excepción de la falta de titularidad, que no debe ser confundida con la falta de personería, que se refiere a la incapacidad de las partes para gestionar judicialmente (excepción de la demanda, formal).

Pasando ahora al interés, debemos confesar que siempre nos ha sido confuso el concepto y ahora nos hemos convencido de su inutilidad. Copiamos los siguientes conceptos sobre lo que debe entenderse por interés: "La utilidad que para el titular del derecho subjetivo deriva de provocar en favor suyo la tutela jurisdiccional" (Ugo Rocco); "Por lo general, el interés que mueve al que intenta una acción, es un interés pecuniario; pero basta que haya un interés jurídico para que la acción sea viable, sin que a los Jueces les sea permitido investigar la naturaleza del interés del demandado... Hay interés cuando hay un "caso" (Máximo Castro). Todo esto y lo demás cuanto del interés se diga puede simplificarse diciendo que es la relación privada que el actor quiere hacer valer en justicia, apoyado por un texto legal.

No podremos aceptar nunca que se considere al derecho con el significado únicamente de norma abstracta. Si existe un derecho para pretender algo y si se es titular de él y el demandado tiene la calidad de obligado efectivo, ¿qué otro elemento puede ya exigirse? Estos dos

conceptos (el derecho y la titularidad) son todos los requisitos de fondo indispensables para que venga una sentencia estimatoria de la demanda, porque suponen la existencia de un "caso". Se debe considerar el derecho no en un sentido restrictivo de disposición legal, sino de derecho sustancial en juicio y se comprende que para que el actor tenga ese derecho es menester que esté basado en una relación privada. El derecho abstracto contenido en la ley se convierte dentro del proceso en un derecho concreto del demandado para lograr el acogimiento de su pretensión. Preguntamos: ¿es posible imaginar en el proceso la existencia de un derecho en favor del actor independientemente de una relación privada? No, hay que responder, pues esta circunstancia se encuentra unida de modo inseparable con la noción derecho.

Muy oportunos resultan unos párrafos del maestro Carnelutti, quien, en defensa de "su litis" y contra el interés jurídico, alega lo siguiente:

"...El interés en accionar estaba ya muerto, o moribundo cuando menos, desde que los renovados estudios del proceso civil habían extraído y separado de ella la noción de la legitimatio ad causam, que consiste precisamente en una cierta situación (de titularidad, o ¿cómo decirlo?, de contacto) respecto del quid que constituye la materia del proceso.

Excluido así que el interés consista en la relación entre quien demanda y el efecto jurídico pretendido o negado, ¿qué queda? Calamandrei, en sustancia, lo considera como la necesidad del proceso, esto es, como la necesidad en que se encuentra la parte de echar mano del proceso si quiere conseguir el efecto que pretende. Pero esto no es más que el reflejo de la existencia de la litis (o en los casos de proceso sin litis, de una de las situaciones respecto de la cuales exige la ley que intervenga un proceso a fin de hacer que surjan ciertos defectos). Cuando se dice, pues, que existe una litis (o una de esas situaciones) y que respecto de ellas se debe encontrar en la relación que constituye la legitimatio, se ha dicho todo, y el interés para accionar no representa más que la quinta rueda del carro. Para acudir al médico basta la enfermedad; ¿hay necesidad de decir además que hace falta el interés en curarla?..." (44).

## 26.—OBJECCION AL ARTICULO 1º DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES:

Para terminar este capítulo, y con él la tesis, creemos útil llamar una vez más la atención sobre la urgencia que hay en nuestra legislación de reformar el artículo 1º del Código de Procedimientos Civiles, porque representa la violación mayor a la técnica procesal que jamás se haya hecho. En efecto, ese texto nada menos que, si se aplicara estrictamente,

(44) Carnelutti, obra citada, Tomo II, página 29

tamente, llevaría a los Jueces a examinar el contenido sustancial de una demanda desde el momento mismo en que es planteada, porque al exigir derecho, titularidad, interés y capacidad para ejercitar el derecho de acción, no podría ningún Tribunal de Costa Rica dictar una sola sentencia que no acogiera las pretensiones del actor. Hay que buscarle el sentido apropiado que debe tener ese artículo, con el objeto de llegar a establecer en nuestro país expresamente que "toda persona puede demandar en ejercicio de su derecho de acción, ya compareciendo por sí misma, ya por medio de un representante legal, cuando así lo estime oportuno o necesario para la protección de sus derechos".

### BIBLIOGRAFIA

- Principios del Derecho Procesal Civil . . . . . Eduardo J. Couture  
 Estudios de Derecho Procesal . . . . . Francesco Carnelutti  
 Estudios sobre el Proceso Civil . . . . . Piero Calamandrei  
 Ensayos de Derecho Procesal Civil . . . . . Guisepe Chiovenda  
 Tratado Teórico Práctico de Derecho  
 Procesal Civil y Comercial . . . . . Hugo Alsina  
 Tratado de las Obligaciones y Contratos . . Alberto Brenes Córdoba  
 Apuntes tomados en las lecciones del profesor Fernando Baudrit Solera  
 Explicaciones de las reformas al Código  
 de Procedimientos Civiles . . . . . Antonio Picado Guerrero  
 Acumulación de acciones y autos . . . . . Antonio Picado Guerrero

## LA NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES NATURALES

RODRIGO FOURNIER GUEVARA

### EXPLICACION PREVIA

No pretendo que este trabajo sea un análisis exhaustivo del tema tan interesante sobre el que versa. La obligación natural es uno de los aspectos de la doctrina del Derecho Civil que los tratadistas han discutido en forma más apasionada, a pesar de su poca importancia práctica. ¿Se debe esto a infundados refinamientos de la doctrina? En el campo de la investigación todo intento por definir una institución jurídica tiene justificación, por abstracta que sea la labor. En el caso particular de las obligaciones naturales, el tratadista se ve obligado a recorrer la línea fronteriza entre el Derecho y la Moral —tema de gran amplitud y dificultad— y a revisar el fundamento mismo del Derecho de las Obligaciones. Las raíces son demasiado profundas y, aunque la sombra de esta institución cobije muy pocos casos en la práctica forense, el investigador no puede negarse a tratar de fijar el punto en que la raíz del árbol detiene su penetración en la tierra.

Quien ha ejercido la profesión de abogado sabe que el estudio teórico sobre la naturaleza jurídica de una institución, tiene siempre utilidad práctica en el campo del derecho. Son tantos los recodos del camino que recorre el abogado, que alguna vez se encontrará frente al caso insólito que un día calificara como simple creación de las abstracciones de la doctrina. Nadie ignora la trascendencia que han tenido discusiones como la que surgió en el siglo pasado sobre la naturaleza jurídica de la acción. Polémica teórica, puramente doctrinaria, de la que nació el Derecho Procesal como ciencia autónoma. Y todo tuvo origen en los sutiles razonamientos de los catedráticos.

Lo anterior queda consignado en defensa de los tratadistas que se han ocupado de las Obligaciones Naturales, y que en torno a esta institución han formulado sus explicaciones y teorías, poniendo dedicación y ardor polémico en su estudio y en la defensa de sus conclusiones. ¿Pero qué decir ahora en defensa del estudiante que se acerca a este tema, sin gran preparación previa, y que tiene la osadía de abordarlo en su tesis de grado? La tarea no es para un principiante. Me doy cuenta de ello. Por eso mi tesis, más que un aporte a la ciencia jurídica, es un diálogo de un estudiante consigo mismo sobre un tema de la ciencia que escogió como profesión. Diálogo sincero que trata de encontrar penosamente una explicación que satisfaga al autor. Como escudo de esa osadía opongo, pues, la sinceridad del intento, única justificación académica de mi trabajo.

## I.—OBLIGACIONES CIVILES Y OBLIGACIONES NATURALES

1.—El concepto de obligación es tal vez la más elaborada de las nociones jurídicas. Desde el tiempo de los romanos alcanzó un grado de perfecta construcción, y en el transcurso de los siglos, hasta nuestra época, ha ocupado un lugar preferente en la atención de los juristas. Dar las razones de este fenómeno no es el objeto de mi trabajo. Muy superficialmente diremos que esa circunstancia se debe a que en el concepto de obligación se encuentra la esencia de la norma jurídica. Es el tema central del derecho como ciencia. En la definición de Justiniano aparece ya la obligación con sus contornos definidos, con sus perfiles claramente delineados: "*Obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura*".

"La obligación es un vínculo jurídico"... De la definición que por siglos se mantuvo, —hecha exclusión de la referencia "al derecho de nuestra ciudad"— es la frase primeramente señalada la que ha despertado las críticas de la doctrina moderna. Una crítica sutil, de índole muy técnica, que lejos de señalar la falta de consistencia de la definición producida hace tantos siglos, nos da una idea de la solidez granítica de la tradición clásica. La definición de Justiniano fue completada por Paulo: "La esencia de la obligación no consiste en convertir algo en cosa o servidumbre nuestra; sino en compeler a otro a darnos, hacernos o prestarnos algo". (1). De ambas definiciones nació el concepto admitido por la jurisprudencia francesa del siglo XIX. "La obligación es la necesidad jurídica en virtud de la cual una persona está ligada hacia otra, a dar, hacer o no hacer alguna cosa". (2). El término "vínculo jurídico" fue sustituido por el de "necesidad jurídica"; por considerarse que la relación del deudor con el acreedor no constituye en el derecho moderno una sujeción tan absoluta y total como lo fue en el Derecho Romano, el cual otorgaba al segundo la facultad de disponer de la vida y libertad del primero. Algunos autores contemporáneos han sustituido el término "necesidad" por el de "relación", y otros han llegado a despersonalizar la relación jurídica eliminando todo elemento subjetivo. (3).

Sea que la obligación comprenda al deudor en su integridad como ser humano, vinculando su persona de manera total al acreedor; sea que se trate de una "necesidad jurídica" que lo somete a la realización de una conducta positiva o negativa; sea que dicha sujeción constituya una relación impersonal entre patrimonios, lo cierto es que la imperatividad del cumplimiento de la obligación y, en consecuencia, el deber del deudor de dar, hacer o no hacer una cosa, y la correspondiente facultad del acreedor de exigirle dicho cumplimiento, están presentes en todas las definiciones de todas las épocas. La nota característica de las obligaciones es, pues, la de imponer de modo ineludible una conducta al deudor. Esa característica y la regulación bilateral del comportamiento hu-

(1) Dig. XLIV tit. 7, ley 3.

(2) Aubry y Rau. Cours de Droit Civil Français. Tomo IV. Pág. 2. N° 296. 4ª Edición.

(3) Rojina Villegas. Derecho Civil Mexicano. Tomo V. Vol. I. Pág. 21.

mano que es su consecuencia, son el puente que une al Derecho de las Obligaciones con la Teoría General del Derecho, porque esas propiedades definitorias que hemos señalado, son precisamente las de toda norma jurídica y las que diferencian las obligaciones jurídicas de los deberes morales:

“El comportamiento del hombre puede ser regulado unilateralmente o en forma bilateral o multilateral. La regulación es unilateral, o simplemente imperativa, cuando impone deberes sin conceder correlativamente facultades; es bilateral, o imperativo-atributiva, cuando, además de obligar a uno o varios sujetos, faculta a otro u otros para exigir de los primeros la observancia de lo ordenado. La norma ética que nos manda socorrer al menesteroso no da a éste el derecho de exigirnos la limosna. Frente al obligado por la ley moral no existe un pretensor. En cambio, si hemos recibido un depósito, el depositante tiene el derecho de reclamar-nos la devolución. Certestamente ha dicho Radbruch que el deber moral es deber, pura y simplemente, en tanto que el jurídico no es sólo deber, sino deuda. (4).

El estudio de los elementos de la obligación desemboca en el análisis de la estructura de la norma. Toda norma jurídica se compone de tres partes: supuesto, cópula y disposición. (5). El supuesto es la hipótesis, el hecho del hombre o de la naturaleza que al realizarse produce las consecuencias jurídicas que señala la disposición. El enlace de ambos elementos es la cópula normativa. La estructura de la norma se expresa por la fórmula, si *a* es, debe ser *b*. Dado el hecho que contempla la hipótesis legal, las consecuencias jurídicas de la parte dispositiva de la norma, deben aplicarse de modo forzoso, inexorable, para emplear la expresión que usa Recaséns Siches. La fórmula, como lo indica García Maynez, tiene un defecto: señala el deber, pero de modo expreso, al menos, no indica el correlativo derecho. A pesar de ello, es el modo más rápido de representar la estructura de la norma. Sin embargo, si queremos encontrar la esencia del concepto de obligación partiendo de la estructura de la norma, es preciso agregar otros elementos. El deber jurídico le imputa una conducta a una persona determinada, y le otorga la facultad de exigir el cumplimiento de esa conducta, a otra. Hay en los extremos de la relación jurídica creada por la norma, dos centros de imputación, dos sujetos: el deudor y el acreedor; y finalmente, existe una conducta concreta que cumplir, un acto que realizar o una abstención que debe ser observada; en otras palabras, la relación tiene también un objeto. (6). El deber y la facultad, son hijos del “deber ser” ineludible, inexorable de la norma.

2.—¿Cómo definir una obligación en la que falta esa nota de forzosa imposición? Ya hemos visto que el elemento coactivo yace en

(4) Eduardo García Maynez. Introducción a la Lógica Jurídica. Pág. 176. Fondo de Cultura Económica. 1ª Edición.

(5) Eduardo García Maynez. op. cit. pág. 177.

(6) Rojina Villegas, op. cit. pág. 13.

el fondo de la norma jurídica, como columna vertebral de su estructura, como punto de apoyo de sus otros elementos. ¿Cómo debe clasificarse, dentro de qué categoría de formas jurídicas debemos incluir una obligación que no obliga? Ese es el problema que se ha planteado la ciencia jurídica desde el tiempo de los romanos, respecto a las llamadas obligaciones naturales. El rigor del *jus civile* obligó a aquéllos a admitir que cierta clase de obligaciones, que no podían ser sancionadas por su ordenamiento jurídico, llegaran a surtir efectos, como si fueran obligaciones admitidas por el derecho estricto, cuando el deudor voluntariamente les diera cumplimiento. Más que una convalidación de la obligación, se trataba del reconocimiento de la situación de hecho creada por el pago, al cual se le conferían todos los efectos legales, y se negaba en consecuencia su posible repetición, pues el acreedor tenía el derecho de excepcionarse en tal evento invocando la existencia de una obligación natural. A pesar de ello, jamás admitieron los romanos que el cumplimiento de estas obligaciones pudiera ser exigido por el acreedor. Surgió así la distinción entre las obligaciones civiles, sancionadas por el *jus civile*, y las obligaciones naturales, que dentro del ordenamiento jurídico romano estaban desprovistas de acción. La división se ha mantenido a través de los siglos y de los comentarios de los tratadistas pasó a la terminología de los Códigos. El dualismo del Derecho Romano, motor de su evolución y perfeccionamiento, buscó la justificación de la existencia de las obligaciones naturales recurriendo a criterios que se encontraban más allá de las reglas del *jus civile*, ubicados en un reino difícil de definir y precisar al cual los jurisconsultos dieron muchos nombres: equidad, *Jus Gentium*, o Derecho Natural. La terminología que aún emplean todos los Códigos es un reflejo del *jusnaturalismo* romano. Pero la doctrina no se ha satisfecho con la explicación que nos dan del fundamento de esta figura jurídica quienes fueron sus creadores, y con ardor renovado los tratadistas han intentado definir su naturaleza. Dos grandes tendencias podemos señalar en la doctrina: la de los que consideran que la obligación natural es un deber moral "que en el fuero del honor y de la conciencia obliga a aquél que la ha contraído al cumplimiento de lo que en ella se contiene" (Pothier), y la de los que la consideran como una obligación civil, imperfecta para unos, con características propias para otros, pero en todo caso claramente distinguible de los deberes morales.

## II.—LAS OBLIGACIONES NATURALES EN EL DERECHO ROMANO

1.—Estamos obligados a dar noticias, aunque en forma breve de la concepción que de las obligaciones naturales tuvieron los romanos. Todos los autores concuerdan en que la tarea es difícil, en especial, por las confusiones que provoca la terminología poco precisa que emplearon los romanos. Para algunos tratadistas —los señores Aubry y Rau, entre ellos— la denominación "*obligatio naturalis*" correspondía a la figura jurídica que nos ocupa, en tanto que los términos "*natura debere*", "*na-*

*turaliter debere*", "*debitum naturale*", de que también se servían los jurisconsultos romanos, tenían una significación más extensa y se referían a los deberes morales o de piedad, propiamente dichos. La confusión ha sido aumentada por la amplitud que tuvo la institución en tiempo de Justiniano, época en la que se vino a considerar como obligación natural, no sólo a los deberes morales, sino también a cierto tipo de obligaciones derivadas del cumplimiento de los deberes religiosos.

2.—Según Beudant, "las obligaciones naturales fueron un medio de ampliar el cuadro estrecho del derecho civil, de corregir, en nombre de la equidad los excesos del legalismo formalista". (7). La institución es hija del derecho honorario, de la labor correctiva del pretor. Hugo Tapia Arqueros nos relata en forma resumida el origen de la institución: "...Y, ¿cómo se gesta la obligación natural? Veamos. Para contratar había que ser capaz y gozar, por tanto, de los derechos de libertad, ciudadanía, y familia, y la carencia de cada uno de estos derechos originaba una disminución de cabeza (*capitis diminutio*). El incapaz no podría obligarse civilmente. El contrato se generaba mediante ciertas solemnidades que si se omitían impedían la formación de un vínculo de acuerdo con el *jus civile*. El pretor vio, entonces, que los incapaces o los que habían contratado sin sujetarse a las formalidades legales, no podían obligarse civilmente y que carecían de acción para exigir el cumplimiento de lo pactado. Pero si bien el pretor consideró que según el *jus civile* no había obligación, no es menos evidente que tiene que haber admitido la presencia de un vínculo existente de acuerdo con el *jus gentium*. Este vínculo no autorizaba para exigir judicialmente el cumplimiento de la obligación, pero si el deudor pagaba, debía protegerse al acreedor contra posibles maniobras del deudor que quisiera repetir lo dado o entregado. El pretor juzgó de equidad conceder una excepción a este acreedor". (8).

Como queda consignado más arriba, en el período clásico, las obligaciones naturales fueron diferenciadas de los deberes morales, y se las ubicó en un terreno intermedio entre éstos y las obligaciones civiles. Después, en virtud de la ampliación que sufrió esta figura jurídica en tiempo de Justiniano, su naturaleza cambió y fue entonces más difícil el diferenciar las obligaciones naturales de los deberes morales.

3.—Vamos a referirnos a las fuentes de las obligaciones naturales en el período clásico. Según el civilista chileno, Hugo Tapia Arqueros, se pueden clasificar dichas fuentes en tres grupos: a) En la primera clasificación incluye a aquellas obligaciones que pudieron haber tenido plena validez en el derecho civil de no haberse omitido alguna de las formalidades esenciales del acto. En el Derecho Antiguo, se citan como ejemplo las obligaciones derivadas de los pactos, y en el derecho clásico, a las obligaciones nacidas de los pactos nudos. b) El segundo grupo abarca las obligaciones contraídas por los incapaces: relaciones

(7) Citado por Hugo Tapia Arqueros. Las Obligaciones Naturales. Pág. 25. Colección de Estudios Jurídicos del Seminario de Derecho Privado de la Universidad de Chile. Editorial Nascimento.

(8) Hugo Tapia Arqueros. op. cit. págs. 22 y 23. párr. 32.



del *alieni juris* con su padre; obligaciones contraídas por el impúber sin la *autoritas tutoris*; las relaciones entre esclavos, etc. c) Finalmente, en el último grupo incluye las deudas prescritas, es decir, aquellas obligaciones que en una época tuvieron plena validez, pero que, cumplido el lapso señalado por la ley sin ser exigido su cumplimiento, se extinguen para el derecho civil.

El romanista español J. Arias Ramos señala que "realmente ni en el Derecho justiniano se formula un concepto y una doctrina general sobre la obligación natural. Aquí, como en tantas otras materias, los romanos se ocuparon de casos concretos, que fueron resolviendo sin preocuparse de configurar una institución unitaria". (9). En forma condensada se refiere en su obra a esos casos.

a) Según Arias Ramos el caso genuino de obligación natural es la obligación del *servus*. Entendida en su aspecto pasivo, pues sabido es que como derecho de crédito, la obligación pertenece al *dominus*. El desarrollo de la institución de los peculios dio a esta clase de obligaciones una fisonomía distinta, pues se creó entonces la posibilidad de reclamar contra el dueño del esclavo en la medida del importe del peculio.

b) En cuanto a las obligaciones contraídas por el *alieni juris*, señala el tratadista español citado, que se reconocieron como naturales las contraídas entre varios *alieni juris* sometidos a un mismo *paterfamilias*, bien entre sí o con este último. Las contraídas con los extraños, en las que el *filius familias* resultase deudor, eran, a diferencia de lo que sucedía con los esclavos, obligaciones civiles, aún cuando la acción para reclamarlas sólo pudiera ejercitarse una vez salido el obligado de la *patria potestas*. También en este caso el desarrollo de la institución de los peculios vino a hacer más rara la existencia de una obligación natural en las circunstancias antes señaladas, pues en el período post-clásico los peculios se convirtieron en un verdadero patrimonio del *filiusfamilias*.

c) Expone Arias Ramos que el caso más discutido es el de la obligación nula civilmente contraída por un pupilo sin la *autoritas tutoris*. Afirma que la discusión ha surgido en cuanto al derecho justiniano, pues se considera que algunos de los textos estudiados por los intérpretes han sido interpolados. En cuanto al período clásico, no hay duda, no se considera como obligación natural la contraída por el pupilo sin la autorización del tutor, puesto que quien recibiera el pago de una obligación de este tipo, quedaba expuesto a la *restitutio in integrum*. En consecuencia, se le negaba la *solutio retentio*, esencia misma de la obligación natural. Estas son, junto con algunas otras obligaciones nacidas de la *litis contestatio*, las principales obligaciones naturales que señala el citado tratadista español. Omitimos referirnos a lo que él llama obligaciones naturales impropias, por ser muy discutidas.

Como podemos observar coincide en gran parte Arias Ramos con el civilista chileno Tapia Arqueros en la enumeración de los casos de obligación natural admitidos por los romanos. Podríamos señalar como

(9) J. Arias Ramos. Derecho Romano. Tomo I. Págs. 549 y sigs. Sexta Edición. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

puntos de discrepancia la obligación contraída por el pupilo sin la *autoritas tutoris*, las obligaciones nacidas de los pactos y finalmente, el pago de una deuda prescrita, caso al que no hace referencia Arias Ramos.

Mientras el rigor del *jus civile* se mantuvo, la obligación natural cumplió su función compensadora del excesivo rigorismo del Derecho Romano, y aunque no se llegó a elaborar una teoría de la obligación natural, se admitió en este período su existencia como una figura jurídica con características propias, cuya determinación se estableció caso por caso. De ahí que cuando el *jus civile* atenuó su formalismo extremo, la obligación natural dejó de existir como figura aplicable a determinados supuestos, como queda consignado en el caso de las obligaciones contraídas por el alieni juris. Por otra parte, se operó el fenómeno contrario con respecto a los deberes morales, y la figura jurídica de la obligación natural se extendió y amplió en el período justiniano, hasta perder los perfiles definidos que alcanzó en el derecho clásico. La obligación natural dejó de cumplir la función compensadora que le asignó la justicia práctica de los romanos, y se transformó, en el período bizantino, en un medio de espiritualización del derecho.

### III.—LAS OBLIGACIONES NATURALES EN EL PERIODO ANTERIOR A LAS GRANDES CODIFICACIONES

1.—La legislación romana se diluye en lo que se ha llamado el Derecho Intermedio. Falto de fuentes de información, no podemos dar referencias amplias sobre esta etapa de la evolución del derecho en lo que respecta a las obligaciones naturales. Citaremos la Partida Quinta, Título Doce, ley quinta de Don Alfonso El Sabio, que las define dentro de la misma concepción romana. Las Partidas mencionan las obligaciones naturales en otros pasajes, siempre con referencia a casos concretos. El resurgimiento de los estudios de Derecho Romano en los siglos XVII y XVIII, trae de nuevo la discusión en torno a esta figura jurídica, y es Pothier el primero en esbozar una teoría de las obligaciones naturales.

2.—Para el eminente jurisconsulto francés la palabra obligación tiene dos significados. En un sentido lato es sinónimo de deber y comprende tanto las obligaciones imperfectas como las perfectas. Llama obligaciones imperfectas a aquellas de las que “no somos responsables sino ante Dios, y que no dan a persona alguna el derecho de exigir su cumplimiento; tales son los deberes de caridad y reconocimiento; tal es, por ejemplo, la obligación de hacer limosna de lo superfluo”. (10): La palabra obligación, “en un sentido más recto y menos amplio”, no comprende sino las obligaciones perfectas, que conceden al acreedor el derecho de exigirnos su cumplimiento. Estas son las obligaciones civiles en sentido estricto, según Pothier. Dentro de esta última clasificación incluye a las obligaciones naturales, pues otorgan, “si no en el fuero externo, a lo menos en el fuero de la conciencia, a aquel con quien ha sido contraída, el derecho de exigir su cumplimiento, cuando la obli-

(10) R. J. Pothier. Tratado de las Obligaciones. N° 1. Editorial Atalaya. Buenos Aires.

gación imperfecta no da tal derecho". En un sentido general, para Pothier todas las obligaciones son civiles y naturales al mismo tiempo. Sin embargo, admite que esos elementos puedan desdoblarse en ciertas situaciones. (11). Hay algunas que solamente son civiles, y no son naturales. El cumplimiento de estas obligaciones es exigible ante los tribunales, aunque no lo sea en el fuero de la conciencia. Tal es el caso de la obligación impuesta por una sentencia injusta. Hay también obligaciones que son sólo naturales, sin ser al mismo tiempo obligaciones civiles, y sólo en "el fuero del honor y de la conciencia, obligan a aquel que las ha contraído", pues la ley niega al acreedor la acción para exigir su cumplimiento. Admite que carecen del *vinculum juris*, el cual se encuentra sustituido en ellas por el *pudoris et aequitatis vinculum*. Más adelante (12), explica que la razón por la cual los romanos negaron acción a las obligaciones que llamaron naturales, era el interés de los patricios de mantener bajo su dependencia a los plebeyos, ya que estos últimos no tenían conocimiento de las fórmulas, y se veían obligados a pedirles asistencia y colaboración en sus negocios. La explicación de Pothier es un poco confusa, sin embargo, no podemos negarle cierto valor, como se verá más adelante.

Según Pothier, en el Derecho Francés de la época, existían únicamente dos casos de obligaciones naturales: aquellas a las que la ley niega la acción, por proceder de una causa ilegítima; y las que nacen de contratos celebrados por persona que, teniendo juicio y discernimiento suficientes para contratar, a pesar de ello son inhábiles según la ley civil. Cita como ejemplo la obligación contraída por una mujer bajo la potestad marital. Sin embargo, no admite que estas obligaciones puedan garantizarse mediante fianza, servir de causa a una obligación civil o ser el fundamento de una excepción de compensación. Considera que si los romanos admitieron todos esos efectos de las obligaciones naturales, se debía a que para ellos eran verdaderas obligaciones civiles, desprovistas del derecho de acción, únicamente. Y agrega: "El solo efecto de nuestras obligaciones puramente naturales, es que cuando el deudor ha pagado voluntariamente, el pago es válido, y no está sujeto a repetición, por lo mismo que había un justo motivo para pagar, a saber: la carga de la conciencia. Así no puede haber lugar a las acciones que se llaman *condictio sine causa*, y *condictio indebiti*". (13). Finalmente, admite un tercer caso de obligación natural: el pago de una deuda prescrita.

3.—A Pothier, repetimos, corresponde el mérito de haber sido el primer jurisconsulto que esbozó una teoría de las obligaciones naturales. Sus observaciones sobre la concepción romana de las obligaciones naturales no pueden ser más acertadas. En efecto, dentro de un sistema legal en el que un derecho puede existir, aunque su ejercicio esté limitado a la utilización exacta y precisa de una acción determinada, no es difícil concebir que una obligación civil tenga el carácter de tal, y que

(11) R. J. Pothier. Op. cit. N° 174.

(12) R. J. Pothier. Op. cit. N° 191 y sigs.

(13) R. J. Pothier. Op. Cit. N° 195.

al mismo tiempo no sea exigible, pues la imposición del cumplimiento y el ejercicio de la acción, en la realidad se encuentran confundidos. El derecho existe, pero el formalismo extremo del sistema legal impide su realización. En tal situación, sólo queda una posibilidad de cumplimiento: el pago voluntario. Pero hace luego la observación de que las obligaciones naturales en el derecho son distintas de lo que fueron en el derecho romano. Por las peculiaridades de su sistema legal, para los romanos las obligaciones naturales eran obligaciones con verdadera existencia jurídica, en tanto que en el derecho moderno la obligación contraída por un incapaz, una deuda prescrita, etc., no pueden garantizarse, ni ser objeto de novación, pues no tienen ningún efecto legal. Y termina fijando la única consecuencia jurídica de las obligaciones naturales en el derecho moderno: que el pago voluntario no está sujeto a repetición. ¿Cuál es el fundamento, entonces, de las obligaciones naturales? Pothier responde: no se encuentra en el derecho y debemos buscarlo en el fuero de la conciencia. Lo paradójico en Pothier, es que, siendo esa la conclusión final que extraemos de su pensamiento, insistiera, por otra parte, en diferenciar las obligaciones naturales de los deberes morales, cuando su punto de vista conduce a identificarlos. Preciso es que señalemos que esta posición, llevada todavía a extremos mayores, se repetirá en otros tratadistas.

#### IV.—LAS OBLIGACIONES NATURALES EN LA DOCTRINA FRANCESA DEL SIGLO XIX

##### *Aubry y Rau*

1.—Al comenzar el siglo XIX se inicia una nueva etapa en la historia del derecho. El movimiento de codificación se extiende a todos los ámbitos de la tierra y el Código de Napoleón influye en la mayoría de las legislaciones del mundo. Se inicia también la época de los grandes comentaristas. Francia produce sus mejores jurisconsultos y las doctrinas de éstos inspiran los fallos de los jueces y las lecciones de los catedráticos, y se citan con respecto en las obras de derecho. El pensamiento jurídico del mundo se nutre en los libros de los intérpretes franceses del Código de Napoleón. No se puede hacer alarde de erudición en Derecho Civil sin referirse a Demolombe, Larombière, Marcadé, Troplong, Duranton, Aubry, Rau, etc. Siguiendo las opiniones más autorizadas, hemos escogido a dos autores que representan a la pléyade de jurisconsultos franceses del siglo XIX. Los modernos civilistas franceses coinciden en otorgar a Aubry y Rau la más alta categoría científica dentro de ese selecto grupo de juristas. Refiriéndose a la obra de los dos profesores de la Facultad de Derecho de Strasburgo, Bonnetcase (14) dice "...la obra de Aubry y Rau constituye el monumento más perfecto que la ciencia francesa del Derecho Civil haya producido en el siglo XIX; su examen se impondrá a los historiadores del Derecho de todos los tiempos, como el tipo acabado de la producción

(14) J. Bonnetcase. La Escuela de la Exégesis en Derecho Civil. (pág. 102). Editorial José M. Cajica. Puebla, México.

científica de una época". La limitaciones de este trabajo nos obligaban a hacer una selección y lo expuesto justifica el que hayamos escogido a Aubry y Rau como paradigma de todo un período de la historia del derecho.

2.—Aubry y Rau inician su exposición sobre las obligaciones naturales, definiendo antes las obligaciones civiles. (15). Estas son todas las que se encuentran sancionadas de una manera completa por el derecho positivo, por medio de una acción, es decir, por el derecho conferido al acreedor de perseguir su cumplimiento por las vías legales. "Las obligaciones civiles se fundan de ordinario sobre una causa jurídica cuya existencia y efecto obligatorio se comprenden independientemente de la disposición de derecho positivo que constituye su sanción; y cuando es así, se puede decir que tales obligaciones son a la vez civiles y naturales". Se repite aquí el razonamiento de Pothier, que transcribimos en un párrafo anterior. La identidad se hace más completa al desarrollar su pensamiento los autores y establecer la distinción entre lo que llaman obligaciones puramente civiles, que son las que toman su existencia y eficacia exclusivamente de la ley, —como las que resultan de una condenatoria judicial errónea e injusta—, y las simplemente naturales, que han nacido de una causa jurídica, y que serán legítimas y racionalmente susceptibles de ser objeto de una coerción exterior, aunque el legislador no haya juzgado conveniente reconocerlas como obligaciones civiles. Los autores sin embargo, modifican el razonamiento de Pothier. La definición de las obligaciones naturales se hace más jurídica, si cabe decirlo, porque Aubry y Rau trasladan la esencia de la obligación natural del fuero del honor y de la conciencia, a un punto de partida más objetivo: la existencia de una causa jurídica. Su crítica a aquella posición la exponen en la siguiente forma: "Se definen de ordinario las obligaciones naturales como las que se derivan de la equidad o de la conciencia, o también, como las que imponen la delicadez y el honor. Estas definiciones que carecen por lo demás de precisión, tienen el defecto esencial de no tomar en cuenta en absoluto el carácter propio de los deberes jurídicos, que suponen siempre la posibilidad legítima y racional de la aplicación de una compulsión exterior", que no es efectiva —agregamos nosotros— en las obligaciones naturales.

La existencia de una dualidad de elementos en el concepto jurídico de la obligación —uno natural y otro positivo; uno que se refiere a la justificación racional del deber, y otro que se refiere a su sanción legal — ya expuesta por Pothier, es recogida por Aubry y Rau, pero en manos de éstos se transforma en una distinción más técnica. No todos los deberes morales pueden ser considerados como obligaciones naturales; para que se les tenga como tales, necesitan además de una causa jurídica. Por eso las obligaciones naturales son a la vez naturales y civiles en su origen, pero el legislador, por razones de utilidad social, les niega el derecho de acción. Resucita en Aubry y Rau la herencia del período clásico romano.

3.—Después del análisis general de la institución, Aubry y Rau enumeran las principales obligaciones naturales según su criterio. Para

(15) Aubry y Rau. Cours de Droit Civil Français. D'Après la méthode de Zacharie. Tomo IV. 4ª Edición. Nos. 1, 2 y 3.

tal efecto hacen dos clasificaciones. La primera categoría de obligaciones naturales, según estos autores comprende:

a) Los vínculos contraídos libremente por personas moralmente capaces de obligarse, pero que, por razón de una incapacidad de derecho positivo de que esas personas se encontraban afectadas, son susceptibles de anularse o rescindirse. Ponen como ejemplo de este grupo las obligaciones contraídas por un menor llegado a la edad del discernimiento o por una mujer casada no autorizada a ese fin, o por un inhábil mental en un intervalo lúcido. Tales obligaciones conservan, a pesar de su anulación, o su rescisión, la fuerza de las obligaciones naturales, agregan. Observemos que los casos enumerados comprenden obligaciones relativamente nulas en el Derecho Francés. Los autores indican claramente que se trata de obligaciones contraídas libremente. Esta característica la consideran de primordial importancia, pues en su concepto no es obligación natural la derivada de una obligación simplemente anulable por cualquier causa. En una nota al pie del texto a que hacemos referencia, combaten la opinión de Colmet de Santerre en ese sentido. Una obligación anulable por vicio de violencia, error o dolo, en su criterio, no existe en obligación natural, pues la ejecución del deudor, no podría surtir ningún efecto.

b) Las obligaciones que resultan de convenciones o disposiciones que, aunque reúnen todas las condiciones requerida para su validez intrínseca, no han sido provistas de las formas extrínsecas exigidas por la ley para su eficacia civil. Estamos en frente de otro grupo de obligaciones anulables, pero por un motivo distinto del anterior.

c) Las obligaciones resultantes de convenios lícitos y válidos en sí mismos, pero a las cuales, el legislador, por razones de utilidad o ética social, ha negado la acción para exigir su cumplimiento. Citan como ejemplo de estas obligaciones, la deuda de juego.

d) El deber de los padres y madres de proveer al establecimiento de sus hijos, mediante matrimonio o de cualquier otro modo. El Derecho Francés establece que los hijos no tendrán acción para exigir el cumplimiento de este deber a sus padres; y concluyen Aubry y Rau, que de esa disposición se deduce que en caso de cumplimiento de esta obligación por parte de los padres, nace la no repetición de lo entregado, porque al negar expresamente la acción a los hijos en este supuesto, el legislador implícitamente reconoció la existencia de la obligación natural a cargo de los padres.

e) El deber que incumbe a los parientes próximos, no indicados por la ley, de suministrar, en la medida de sus posibilidades, alimentos a sus parientes legítimos o naturales que se hallan en necesidad.

f) El deber de reconocer y remunerar servicios prestados, cuando esos servicios son de la misma naturaleza de los que se prestan comúnmente mediante pago de salario.

Los autores hacen una segunda clasificación dentro de la que incluyen los siguientes casos:

a) La deuda prescrita, la cual subsiste como obligación natural.

b) La obligación que continúa pesando sobre el deudor como obligación natural, cuando éste se encuentra protegido por una presunción legal. El ejemplo típico, es la presunción aneja a la cosa juzgada.

c) La obligación a que permanece sometido el quebrado concordatario, de pagar íntegramente a sus acreedores, a pesar de la remisión obtenida por el concordato. Los otros dos casos que enumeran Aubry y Rau, no tienen importancia desde el punto de vista de nuestro derecho positivo. Finalmente, se refieren a los compromisos que las partes han calificado como obligaciones de honor, a las cuales el derecho positivo no les otorga la acción en justicia.

4.—Como certeramente lo señala Bonnacase (16) la clasificación de Aubry y Rau a que nos hemos referido en el párrafo anterior distingue “por una parte, las obligaciones naturales que deberían ser sancionadas por el legislador a título de obligaciones civiles, pero que no lo son, y por la otra, las obligaciones naturales que han sido antes obligaciones civiles, pero que han dejado de serlo”. Dos casos de insuficiencia del Derecho Positivo, nacidos de la imperfección de las reglas jurídicas vigentes, que en algunas situaciones no son lo suficientemente amplias, o que en otras, por la necesidad de dar certeza a las relaciones sociales, sacrifican la justicia en aras de la seguridad. A pesar del esfuerzo de Aubry y Rau por encontrar una noción técnica de las obligaciones naturales, su sistema continúa ubicándolas fuera del Derecho Positivo, pues lo que *debería ser* el Derecho, *no es* el Derecho actual vigente. La enumeración de los dos eminentes autores, a poco que se estudie, podría ser ampliada con muchas otras situaciones a las que perfectamente podríamos atribuir una causa jurídica, en el sentido en que ellos usan este término cuando se refieren a las obligaciones naturales. Su pretendida concepción objetiva, que en apariencia es antagónica del “fuero del honor y de la conciencia” de que nos hablara Pothier, en realidad nos lleva al mismo punto de partida: la moral, el sentido de justicia, la conciencia, señalándonos el lugar en que debemos completar la imperfección del Derecho y recurrir a la noción vaga y difícil de definir la obligación natural, especie de genio benéfico cuya presencia adivinamos pero cuya ubicación no logramos precisar.

5.—Después de la enumeración que hacen Aubry y Rau de las obligaciones naturales, los eminentes jurisconsultos franceses se refieren a los efectos de esta clase de obligaciones. Es ésta tal vez la parte más sólida de su exposición. Resumen dichos efectos en las siguientes proposiciones:

a) La obligación natural suministra una excepción contra la demanda en repetición de lo que se ha pagado voluntariamente.

b) Una obligación civil puede servir de causa a un compromiso civilmente eficaz: en otros términos, es susceptible de ser convertida por novación en una obligación civil. Sin embargo, se apresuran a establecer una excepción a este principio en lo que respecta a las deudas de juego o de apuestas, que no pueden ser transformadas en obligaciones civiles por medio de compromisos nuevamente contraídos por los deudores.

c) Los compromisos anulables o rescindibles por razón de la incapacidad civil del deudor son susceptibles de ser objeto de una garantía civilmente eficaz.

(16) J. Bonnacase. Elementos de Derecho Civil. Tomo II. Pág. 193. N° 150. Editorial José M. Cajica. Puebla, México.

Los efectos antes indicados según los autores, son los únicos que las obligaciones naturales entrañan en derecho francés. Así, agregan, una obligación natural no se transforma en compromiso civil tan sólo por un acto de ratificación expresa o tácita; y de allí la consecuencia de que la ejecución parcial de una obligación semejante no autoriza al acreedor a reclamar por vía de acción, el pago del saldo. De igual manera también, las obligaciones naturales no pueden, ni ser opuestas en compensación a créditos civiles, ni formar en general el objeto de una garantía civilmente eficaz, con la excepción antes apuntada en el párrafo c).

Y terminan: "por lo demás, ninguno de los efectos correspondientes a las obligaciones naturales podría atribuirse a compromisos que resultan de convenciones prohibidas por motivos de orden público, aunque hayan sido contraídas libremente y con pleno conocimiento de causa".

Hasta aquí el resumen comentado de la exposición de Aubry y Rau que incluimos en este trabajo. Las observaciones que hemos hecho en el aparte tercero respecto a su concepción de la naturaleza jurídica de las obligaciones naturales, constituyen la única crítica que podemos hacer a lo expuesto por ellos, pues su relación sobre los efectos de las obligaciones se ajusta al texto de la ley francesa, a pesar de que, como lo indicaremos más adelante, no consideramos que algunas de las consecuencias atribuidas a las obligaciones naturales por el Código de Napoleón, sean aplicables al derecho patrio, pues acertadamente nuestro Código Civil eliminó varias de esas reglas, dando oportunidad a la elaboración de un concepto a nuestro juicio más claro de la institución que nos ocupa.

## V.—LAS CORRIENTES MODERNAS DE LA DOCTRINA FRANCESA

Un fuerte movimiento de espiritualización del Derecho, que ha traído como consecuencia el que la jurisprudencia, sobre todo, se inclinara por la tesis de tomar cada vez más en cuenta la influencia de la moral sobre el derecho, trajo una variación sustancial en la actitud de la doctrina sobre las obligaciones naturales. Junto a la teoría del abuso de derechos, a la reelaboración de la doctrina jurídica del enriquecimiento sin causa, a las nuevas ideas sobre la causa de las obligaciones, etc., los tratadistas ofrecen nuevos puntos de vista sobre la institución que nos ocupa. Nos referimos a dos posiciones de la doctrina, una que parte de las ideas de Pothier, y otra que recoge la tradición de Aubry y Rau. La primera, representada por Planiol, Savatier y Ripert, da nueva vida a la idea de la obligación natural como deber de conciencia, y la segunda, defendida por Bonnecase, insiste en la tesis clásica de que la noción de la obligación natural es exclusivamente jurídica. Las opiniones de Planiol, Savatier y Ripert ofrecen diferencias de matiz: la posición del primero no es muy elaborada, la del segundo es excesivamente atrevida, casi exótica, y la del último, es la mejor fundamentada de las tres.



2-1.—Iniciaremos el análisis del pensamiento de los autores citados, con Planiol (17). La definición que da de las obligaciones naturales el tratadista que nos ocupa, es la siguiente: “una obligación reconocida por la ley, pero únicamente en el caso de que el deudor consienta en cumplirla. Su carácter propio consiste en la ausencia de coacción”. El cumplimiento de la obligación es el requisito necesario para que ésta obtenga el reconocimiento del derecho. Y antes de este cumplimiento, ¿qué naturaleza jurídica le atribuimos a la obligación natural? El autor guarda silencio. Se queja a continuación de la ausencia de textos en la ley francesa, la cual se refiere a las obligaciones naturales en dos artículos únicamente: uno que señala su efecto principal (art. 1235) y el inciso 2º del artículo 2012, que contiene implícitamente, en forma muy oscura, a juicio de Planiol, un caso de obligación natural. Después, refiriéndose a la jurisprudencia, afirma que se ha mantenido fiel a las ideas del siglo XVIII, sean las enunciadas por Pothier, al considerar en numerosos fallos que la obligación natural comprende todo lo que no es ni una obligación provista de acción ni una mera liberalidad. Sin embargo, la idea anterior, no es la admitida en general por la doctrina. Cita la opinión de Aubry y Rau como posición contraria a la antes enunciada. Sin embargo, señala muy acertadamente que el sistema de estos dos autores conduce a restringir el número de las obligaciones naturales reconocidas por la jurisprudencia. Además, Aubry y Rau admitieron que ciertos deberes morales, que no responden a su concepción de las obligaciones naturales, pueden servir de base a una obligación o a un pago válido, lo que es una característica de la institución que nos ocupa. Terminan: “no habiendo establecido nada la ley, los jueces aprecian libremente los casos que se les presentan. Por ello la Corte de Casación admite que los Tribunales de Primera Instancia tienen facultades soberanas para decidir si las prestaciones o promesas tienen causa suficiente para hacer de ellas obligaciones naturales, o si su cumplimiento constituye una liberalidad”.

2-2.—Aunque Planiol no plantea con todo rigor el problema de la naturaleza jurídica de las obligaciones naturales, pareciera inclinarse por la solución de la jurisprudencia francesa que tiende a identificar los deberes morales con la institución objeto de nuestro estudio, con lo que abandona la teoría clásica enunciada por Aubry y Rau. Esta posición, como ya se podrá haber observado, conduce a dos consecuencias prácticas de gran importancia, sobre las que insistiremos más adelante y a las que se refiere en forma más clara Ripert: 1º Es innecesario establecer una enumeración de los casos de obligación natural: 2º Los jueces tienen la facultad de apreciar libremente en qué situaciones existe una obligación natural, siguiendo la regla muy general de que ésta es distinta de las obligaciones civiles, que sí pueden ser ejercitadas en juicio a través de la acción, y de las que el pago es producto de la liberalidad del donante y no del cumplimiento de un deber moral.

2-3.—Al analizar los efectos de las obligaciones, Planiol señala puntos muy interesantes en cuanto al pago. Sienta la premisa de que

(17) Marcel Planiol. Tratado Elemental de Derecho Civil. Tomo IV. Las Obligaciones. Pág. 236 y sigs. N° 337. Editorial José M. Cajica jr. Puebla, México.

el pago debe ser voluntario, pues al acreedor se le niega la acción judicial. Si el deudor paga es porque esa es su voluntad, demostrando esto que la obligación tiene un valor jurídico, ya que no puede repetirse lo que se ha pagado a sabiendas. Esta afirmación tendremos que discutirla adelante, pues, acaso no es prueba del carácter no jurídico de una obligación el hecho de que no pueda ser exigido su cumplimiento por el acreedor, y que, en consecuencia, la única posibilidad de cumplimiento la constituya el pago voluntario del deudor, lo que equivale a decir que este último no está obligado a nada? Los demás efectos de la obligación natural que señala el autor, lo mismo que la enumeración de casos no contienen ninguna novedad en relación con lo expuesto por Aupry y Rau, y para evitar una repetición innecesaria preferimos omitir el referirnos a esos dos puntos.

3-1.—Nos toca dar noticia ahora de la opinión de Savatier. Tendremos que examinar a este autor a través de las citas que hacen otros tratadistas. La originalidad de su posición nos obliga a ello. Desgraciadamente, Savatier expuso su teoría sobre las obligaciones naturales en su tesis de Doctorado y su monografía es accesible, por ese motivo, únicamente a los autores franceses. Aprovechando las referencias de Bonnecase y Ripert analizaremos su pensamiento.

Como queda dicho, la tesis de Savatier invierte el planteamiento del problema de la explicación de la naturaleza jurídica de las obligaciones naturales. Para Savatier todas las obligaciones civiles al mismo tiempo son deberes morales, de tal manera que en el caso de las obligaciones naturales, no se trata de un deber moral que ingresa a la esfera de acción del derecho, sino por el contrario, de un deber moral al que el derecho le niega su reconocimiento. He aquí su definición de la institución que nos ocupa: "La obligación natural es el deber moral que, sin la intervención expresa y contraria de la ley, habría sido civilmente obligatoria en virtud de la fuerza legal de la equidad y, en muchos casos, en virtud de los textos legales que corroboran la fuerza de la equidad". Las fronteras entre el Derecho y la Moral se borran, y como excepción a esa obligación natural, a la que de modo expreso el derecho le niega validez jurídica. Todos los demás deberes morales obtienen esa validez a través de la equidad en los casos de silencio de la ley, y mientras ésta de modo expreso, no les niegue su reconocimiento, las reglas éticas forman parte del ordenamiento jurídico. Todo acto contrario a la moral es ilícito, antijurídico. Las obligaciones naturales, aunque distintas de las obligaciones ilícitas, tienen igual categoría que éstas ante el ordenamiento jurídico ya que les niega validez y existencia. Ripert critica la teoría de Savatier así: "Declarar que la obligación natural, lejos de ser un deber moral que se beneficia espontáneamente con el favor de la ley, es un deber moral que sufre especialmente su enemistad, o que todas las obligaciones naturales propiamente dichas, son obligaciones ilícitas, es un juego del espíritu. En efecto, tales fórmulas, sólo pueden establecerse cuando se plantea como primer principio, la identidad del deber moral y de la obligación civil, siendo que la distinción de estas dos nociones siempre ha sido admitida por los juristas, y continúa siendo verdadera,

por lo menos para la buena organización de la sociedad civil". (18). Nada más se puede agregar a esta crítica de la audaz y paradójica teoría de Savatier, a la que sólo le reconocemos un mérito: el de señalar el punto débil de las teorías anteriores para explicar el porqué de la no repetición del pago. En busca de una posición más firme, Savatier invirtió los términos del problema, y en vez de decir que la obligación natural surte efectos porque el pago se funda en una obligación preexistente cuya validez reconoce a medias el derecho, —sea porque se trata de un deber de conciencia o de una obligación civil degenerada—, afirma que esa obligación no es exigible porque el derecho le niega su sanción. Este es el punto interesante de su teoría. Siguiendo el hilo de su razonamiento, la obligación natural antes del pago es, no sólo transitoriamente ineficaz, sino de modo absoluto inexistente para el derecho. Sobre este razonamiento volveremos al exponer más adelante nuestro propio punto de vista.

4.—Ripert es el continuador de la tradición de Pothier que de modo más claro formula su posición, fundándola en el sólido razonamiento que dejó consignado en las páginas de su libro "La Regla Moral en las Obligaciones Civiles", de muy bella forma literaria. La tesis general que Ripert defiende en esa obra es la de que las reglas morales ejercen una función reguladora de todo el Derecho, si bien el campo de su exposición lo limita en su libro a las obligaciones civiles. No pretende, dice, "explicar el Derecho por la Filosofía, sino ver lo que puede haber de Filosofía en el Derecho". La regla moral es el fundamento único de muchas instituciones jurídicas: un principio ético es el que limita la autonomía de la voluntad a través de la figura jurídica de la lesión; una norma moral es la esencia de la teoría del abuso de los derechos elaborada por la jurisprudencia y la doctrina francesas; el dolo, el fraude, son causas de nulidad de los contratos porque son inmorales; la fuente de la responsabilidad civil es el principio de conducta individual que nos manda no perjudicar a nuestros semejantes; nadie debe enriquecerse a expensas de otro, dice la moral, y sobre esa base, el derecho elabora la teoría del enriquecimiento sin causa. Al final de su enumeración, llega al punto de nuestro interés, y expresa lo siguiente: "Finalmente, cuando la regla moral no llega a tomar figura jurídica, la vemos a veces errar por la frontera del Derecho, pedir que se la considere por lo menos bajo la forma descolorida de una obligación natural, y no es uno de los aspectos menos curiosos de la vida jurídica el de esos fantasmas de obligaciones no obligatorias, con los cuales se avienen tan de mala gana los espíritus demasiado lógicos". (19). Entre la Moral y el Derecho, no existe una división absoluta. Siguiendo el pensamiento de Ripert, podríamos decir que hay una relación dinámica entre ambas esferas normativas. "No hay entre la regla moral y la regla jurídica ninguna diferencia de dominio, naturaleza, ni de objeto. Ni puede haberla porque el derecho debe realizar la justicia y la idea de lo justo es una idea moral". Hay sí una diferencia de carácter. La regla moral se hace re-

(18) Citado por Bonnacase. Tratado de las Obligaciones, pág. 198. N° 153.

(19) G. Ripert. La Regla Moral en las Obligaciones Civiles. (pág. 15). Editorial La Gran Colombia. 1946.

gla jurídica "gracias a un impulso más enérgico y a una sanción externa necesaria para que alcance su fin". (20). En virtud de esa relación dinámica, el legislador convierte las normas éticas en normas jurídicas, pero a partir de ese momento la regla moral, que forma el contenido de la ley, cobra vida propia, tiene existencia fuera de nosotros, y así es como nos puede ser impuesta como norma de conducta, sin que en nuestra conciencia nos encontremos íntimamente adheridos a determinado modo de actuar. La convicción es sustituida por la obediencia. La regla moral se convierte en norma jurídica.

En ciertas circunstancias el deber moral se esfuerza por convertirse en norma jurídica, y no hay una institución, según Ripert, que demuestre la certeza de esta concepción de un modo más claro, que la obligación natural. De allí la dificultad de definirla, porque se encuentra en tránsito del campo de la ética al campo del derecho, en una zona "donde la noche se extinguió ya, sin llegar aún el día". Cumplido el deber moral, la repetición del pago es improcedente. El deber se ha transformado en deuda. (21). Confundiéndose la obligación natural con el deber moral, según el autor, no existe una teoría general de esta institución, sino obligaciones naturales susceptibles de producir distintos efectos. En realidad queda en pie una sola cosa: "el deber de conciencia, que el juez no puede reconocer mientras sea un mero sentimiento del alma y que podrá reconocer el día en que sirva de causa a un acto jurídico, un pago o una promesa". Y llega Ripert, entonces, a objetar el nombre de "Obligación Natural", pues esta institución no trata de otra cosa que de los efectos legales que pueden surtir ciertos deberes de conciencia cuando son voluntariamente cumplidos. Se adelanta a las críticas que puedan hacerse a su concepción diciendo que el juez no es un moralista. No puede dosificar los deberes morales o imponer su cumplimiento. Pero, agrega, en el presente caso no se trata de transformar todo deber moral en obligación civil. Por esa razón, precisamente, se niega la acción a las llamadas obligaciones naturales; lo que se protege son los efectos del deber cumplido. Es imposible formular una lista de las obligaciones naturales. El juez está obligado a analizar cada caso, a buscar en cada situación concreta el deber moral. Cuando ha reconocido su existencia, califica el deber moral como obligación natural. Es necesario utilizar esta última denominación sólo como una ficción cómoda para introducir el deber moral en la vida jurídica.

El pensamiento de Ripert es la cristalización teórica más cabal de lo resuelto por la jurisprudencia francesa desde mediados del siglo XIX al siglo XX. La concepción romana de esta institución, con él, queda totalmente superada. Preciso es que reconozcamos que quien primeramente señaló las diferencias entre el derecho moderno y el derecho romano, en cuanto a este punto concreto, fue Pothier. En párrafos anteriores consignamos su opinión al respecto. Lo que ha sucedido de Pothier a Ripert, lo describe este último: a medida que la jurisprudencia se fue afirmando, la doctrina se hizo más audaz.

(20) G. Ripert. op. cit. pág. 18.

(21) G. Ripert, Op. cit. págs. 283 y sigs.

4-2.—Muchas son las sugerencias que siembra la teoría de Ripert. En su formulación queda casi aclarado el problema de la naturaleza jurídica de la Obligación Natural. Creemos que aún quedan algunos aspectos de tan difícil tarea que deben ser objeto de una disección más detallada, con el fin de obtener conceptos un poco más definidos. Sin embargo, el planteamiento total del problema, en sus grandes rasgos, llega en Ripert al grado máximo de perfección, tanto que teme uno caer en bizantinismos inútiles, al agregar a su tesis unos pocos razonamientos personales. Si más adelante intentamos, tomando como fundamento su posición, esbozar una teoría propia, lo hacemos siguiendo el impulso sincero de encontrar una explicación que nos satisfaga, en el diálogo con nosotros mismos, iniciado al revisar las opiniones más autorizadas de la doctrina sobre las obligaciones naturales.

5-1.—Con Bonnecase resurge la tesis clásica de que las obligaciones naturales tienen una fisonomía jurídica que se puede enmarcar dentro de los conceptos tradicionales del Derecho Civil, y que su naturaleza no guarda relación alguna con los deberes morales. "La obligación natural es una noción exclusivamente técnica, que traduce una obligación civil imperfecta o condicional, y más bien una obligación civil virtual de doble grado. La obligación natural debe distinguirse esencialmente, por una parte, del deber moral y, por otra, de la obligación civil impuesta, a falta de ley, por los datos de las fuentes reales del Derecho". (22).

Bonnecase inicia su análisis en los textos del Código Civil Francés. En su concepto la existencia de una noción técnica de la obligación natural está determinada en ellos. Critica a Ripert su afirmación de que no es posible elaborar una teoría de las obligaciones naturales. El texto fundamental según el autor, es el artículo 1235 del Código Civil Francés, que dice: "Todo pago supone una deuda: lo que se ha pagado sin ser debido está sujeto a repetición. Esta no procederá respecto a las obligaciones naturales que han sido cumplidas voluntariamente". Luego cita el inciso 2º del artículo 2012: "La fianza sólo puede referirse a una obligación válida. Se puede, sin embargo, prestar fianza por una obligación aunque pueda ésta anularse por una excepción puramente personal al obligado; por ejemplo, en el caso del menor de edad". Por último, el 1906 se refiere también a la obligación natural, si se compara con el 1235: Si el mutuario hubiese pagado intereses que no se habían estipulado, no puede exigir su devolución ni imputarlos sobre el capital". Además, invoca los artículos del Código Civil Francés que se refieren a la deuda de juego, (1965 y 1967), y la imposibilidad de confirmar la donación entre vivos que no se hubiere otorgado de acuerdo con las formalidades de ley (1339); y finalmente, la disposición que establece que la ratificación, confirmación o cumplimiento voluntario de una donación por parte de los herederos y causahabientes del donante, después de su muerte, entraña su renuncia a oponer los vicios de forma o cualquiera otra excepción. (1340).

(22) J. Bonnecase, Elementos de Derecho Civil, Tomo II, Pág. 204. N° 157. Editorial José M. Cajica jr. Puebla, México.

En opinión de Bonnecase, de todos esos textos se deriva la conclusión ineludible de que la noción de la obligación natural no implica de modo alguno referencia al deber moral; son, por el contrario, fiel reflejo de la técnica jurídica pura en su fisonomía tradicional. Según este autor, en tanto un grupo de juristas franceses se esfuerza por reducir el Derecho a la Moral, "los filósofos moralistas, separan claramente ambos órdenes normativos". La observación de Bonnecase es muy cierta. Ripert había admitido esas diferencias al criticar a Savatier. Sin embargo, la distinción entre Moral y Derecho que el autor de "La Regla Moral en las Obligaciones Civiles" apenas indica en su obra, no mereció un análisis detallado de su parte, y la crítica de Bonnecase, aunque de modo parcial, es, por ese motivo, acertada. Diremos que en la obra de Ripert la dinámica de las relaciones entre Moral y Derecho, el intercambio de contenidos que entre una y otra esfera normativa existe, fue magistralmente descrito, pero que no insistió en las características formales de cada una de esas disciplinas, no se detuvo a analizar en detalle las notas esenciales de cada una de ellas, y por eso diluyó, casi hasta borrarlas, sus diferencias.

5-2.—Partiendo de los textos legales arriba citados, Bonnecase trata de demostrar que las obligaciones naturales son obligaciones virtuales, o de segundo grado, como él dice, que aspiran a llegar a la vida civil (primer grado), y que efectivamente llegan a ella cuando el deudor cumple la prestación o la ratifica (segundo grado). La obligación natural nace sobre las ruinas de una obligación civil o en lugar de una obligación civil que los interesados tenían la intención de crear. El cumplimiento o la confirmación, vivifican la obligación civil en un caso, y en el otro, hacen morir la obligación natural para que se convierta en obligación civil. Es una situación similar a la convalidación de un acto afectado de una nulidad relativa, o bien, al de una obligación sujeta a condición suspensiva.

La obligación natural tiene existencia jurídica para Bonnecase. El artículo 1235 del Código Civil Francés, lo demuestra; si la ley niega la *actio conductio indebiti*, es porque existe una obligación anterior. Si el mutuario no puede repetir los intereses pagados aunque no se hubieren estipulado (artículo 1906), se debe a que la ley crea, de pleno derecho, una obligación natural a su cargo. Si, según el artículo 2012, puede caucionarse una obligación afectada de nulidad, por violación de las formas protectoras de los menores, débese a que esta obligación existe. Así analiza cada uno de los textos arriba citados.

5-3.—La similitud establecida por Bonnecase entre la obligación natural como él la concibe, y las obligaciones sujetas a condición suspensiva, y las obligaciones anulables que puedan ser convalidadas, pareciera ser cierto. Sin embargo, el pago voluntario del deudor de una obligación prescrita, o anulable, por tratarse de un acto que depende de su voluntad, hace inadmisibile cualquier semejanza que se quiera establecer con respecto a las obligaciones sujetas a condición, pues el cumplimiento de esta última no puede estar sujeto a la voluntad del obligado. Por otra parte, es muy distinta la situación que da origen a la convalidación de una obligación que nació con un vicio, al cumplimiento de una

obligación natural. Por más que Bonnecase haya intentado alejarse de la necesidad de recurrir al deber moral para determinar la existencia de una obligación natural, su intento es inútil. El apego a los textos legales traería como consecuencia el no admitir —nos referimos al Derecho Francés — otros casos de obligación natural que los que expresamente se encuentran enumerados en los artículos que él cita. Su insistencia en construir una noción de la obligación natural sobre lo que a la letra dice la ley, nos lleva a esa conclusión, a la que ciertamente el autor no se refiere. ¿Y los casos de obligación natural no contemplados por esos artículos, deben rechazarse y admitir entonces la repetición de lo pagado? La jurisprudencia francesa se ha encargado de refutar a Bonnecase ampliando los casos de obligación natural, siguiendo una tendencia que se puede calificar, de acuerdo con los demás autores, de dominante.

Ciertamente Ripert estaba equivocado al decir que no existe una teoría de la Obligación Natural. La estructura formal de la obligación natural existe y tiene fisonomía propia, sus elementos constitutivos se pueden diferenciar y precisar con claridad; convenimos en que el contenido de la obligación, sus supuestos y consecuencias, son variables, como sucede con muchas otras instituciones jurídicas; pero esto no niega la posibilidad de encontrar nociones comunes a todas las obligaciones naturales, tarea que no es otra que la construcción de una teoría, en la que, muy por el contrario de lo que afirma Bonnecase, encuentra lugar preferente, como aspecto central de la institución, el deber moral.

## VI.—OPINIONES DE LA DOCTRINA LATINOAMERICANA

1.—Hemos revisado las principales opiniones de la Doctrina Francesa. Exponente cada una de ellas de una tendencia que se repite, si bien con matices diferentes a veces, en la doctrina del Derecho Civil de los otros países. Aunque desde un punto de vista ideal, un trabajo de esta índole debe dar noticia de todas las posiciones doctrinarias, lo cierto es que una acumulación excesiva, erudita, de teorías elaboradas sobre esta materia, a nuestro juicio es innecesaria para el objeto que perseguimos. Los trazos principales que nos pueden ayudar a dibujar el paisaje de tan controvertido problema quedan expuestos en cuanto a la doctrina europea se refiere. Hubiéramos querido destinar un capítulo aparte a los autores italianos, en especial a Giorgi. Sin embargo, coincidiendo en algunos aspectos con sus puntos de vista, preferimos citarlo a la hora de exponer nuestra opinión, en refuerzo de ella. La doctrina italiana tiene especial interés para nosotros, pues su Código Civil, uno de los de más reciente promulgación en el mundo, recoge lo que parece ser la tendencia más acentuada de la jurisprudencia y doctrina modernas en materia de obligaciones naturales. Sin embargo, aunque reconocemos la importancia de las opiniones que dejamos al margen de este trabajo para ser congruentes con nuestro esfuerzo de síntesis, cerramos el capítulo de la doctrina europea con Bonnecase y entramos ahora al análisis de dos importantes teorías de autores latinoamericanos. La originalidad

de una de ellas —la de Rojina Villegas— y el campo en que plantea el problema la otra —la de Recaséns Siches— nos parecen motivos suficientes para que hagamos referencia a ellas. Rojina Villegas se mantiene en el campo estricto del Derecho Civil, en tanto que Recaséns, sin entrar en la dogmática jurídica, plantea desde el campo de la Teoría General del Derecho una crítica, que si bien no llega a cristalizar en una teoría, nos parece que es un magnífico punto de partida para aclarar la estructura y naturaleza jurídicas de la obligación natural.

2-1.—Rojina Villegas, (23) siguiendo el método de Bonnecase, analiza en primer término los textos del Código Civil Mexicano que tienen relación con las obligaciones naturales, comenzando por el artículo 1894 del referido cuerpo de leyes, que a la letra dice: "El que ha pagado para cumplir una deuda prescrita o para cumplir un deber moral, no tiene a derecho a repetir". Este es el texto fundamental. Después cita las siguientes disposiciones legales que se refieren, a su juicio, a las obligaciones naturales: "Artículo 2767. El que pierde en un juego o apuesta que no estén prohibidos, queda obligado civilmente, con tal que la pérdida no exceda de la vigésima parte de su fortuna". En opinión del autor esta disposición distingue la obligación civil de la natural, "desde el momento en que el legislador reconoce que puede una persona obligarse civilmente, de donde se infiere que existe otra forma de obligación". Nosotros creemos que la referencia a las obligaciones naturales en este caso es muy vaga, pues el legislador pudo tener en mente otros vínculos también, como el deber moral, por ejemplo, sin que esto signifique que implícitamente se refiera al perfil jurídico que la doctrina tradicionalmente ha señalado a las obligaciones naturales. El deudor relaciona el texto antes citado con el artículo 2786 del Código Civil Mexicano, que declara que: "la deuda de juego o de apuesta prohibidos no puede compensarse, ni ser convertida por novación en una obligación civilmente eficaz". Reconoce que aquí el Código de su país niega a la obligación natural uno de los efectos que el Código Francés le reconoce, consistente en la posibilidad de oponer la compensación, o de perfeccionar la relación, mediante la novación. Luego cita dos artículos más en relación con las deudas de juego, en los que se niega toda validez y el derecho de acción a las obligaciones nacidas de ellas.

Al estudiar cada uno de los artículos citados, se refiere en primer término al crédito prescrito, que es uno de los casos de obligación natural que universalmente se admiten. Aquí hace Rojina una interesante observación, pues la doctrina tradicionalmente ha admitido que las obligaciones naturales no tienen acción, y que en este punto se diferencian de las obligaciones civiles. En la obligación prescrita, no puede decirse en forma absoluta que el acreedor carezca de acción, como sucede en todas las demás obligaciones naturales, pues puede suceder que el deudor no oponga la excepción en juicio, circunstancia que hará válida la obligación reclamada, pues la prescripción no puede ser declarada por el Juez de oficio. En este supuesto la obligación natural es accionable.

(23) Rafael Rojina Villegas. Derecho Civil Mexicano. Tomo V. Vol. I. Pág. 75 y sigs. Editorial Antigua Librería Robledo. México, 1951.



Podría extenderse esta afirmación, a la luz de las nuevas doctrinas procesales sobre la naturaleza del derecho de acción, a los otros casos de obligación natural? Sobre este punto volveremos más adelante, pero sí queremos dejar constancia de que en nuestro derecho este problema teórico no existe, pues el artículo 634 del Código Civil dice: "Las obligaciones naturales no confieren *derecho* para exigir su cumplimiento". Nuestro Código, al usar una terminología más adecuada, se adelantó a las diferencias que después de su promulgación vino a establecer la doctrina entre derecho subjetivo y derecho de acción.

Pasa luego el autor a referirse al segundo caso contemplado por el artículo 1894 del Código Civil Mexicano relativo a la irrepitibilidad del pago en el caso de cumplimiento de un deber moral. Aclara Rojina que el deber moral en este caso, viene a tener trascendencia jurídica únicamente a través del pago voluntario, pues cumplido este supuesto es que viene a formar parte de la norma, como hipótesis de la consecuencia que la misma norma contempla: la irrepitibilidad de lo pagado. Expliquemos lo anterior con las palabras del autor: "...el derecho parte de dos supuestos jurídicos condicionantes: a) la existencia de un deber moral, y b) su cumplimiento voluntario. Realizados dichos supuestos, se presenta la consecuencia jurídica *sui generis*, de originar una obligación civil, en el instante mismo en que es cumplida, para establecer una coexistencia en el nacimiento y el cumplimiento". En nuestra opinión aquí queda resumida la teoría de las obligaciones naturales. El autor la aplica a una situación solamente, nosotros creemos que debe ampliarse a todos los casos de obligación natural, pues aquí queda contemplada la estructura formal de la institución. Rojina recurre a esta explicación únicamente al comentar el segundo caso de obligación natural contemplado por el artículo 1894 del Código Civil Mexicano, y para la figura jurídica que nos ocupa en general, esboza una nueva teoría, que pasamos a explicar a continuación.

Para el autor la relación jurídica origina dos facultades de orden distinto en el acreedor: la de recibir y la de exigir. A su vez la obligación impone al deudor dos cargas: el deber jurídico de cumplir y la responsabilidad patrimonial, para el caso de incumplimiento, del deudor o de tercera persona. Ahora bien, en las obligaciones naturales el creador carece de una de las dos facultades que le concede el Derecho, sea la de exigir al crédito, pero en cambio, conserva la otra, la de recibir el pago. Agrega: "En esta hipótesis se trata no obstante de una noción técnico-jurídica, por cuanto que el derecho protege con validez y eficacia plenas, la admisión y retención de lo pagado. A pesar de todos los esfuerzos que se hagan para negar la naturaleza jurídica de la obligación natural, necesariamente tendrá que reconocerse que la validez en el pago y el derecho de retener lo pagado, no pueden explicarse con datos exclusivamente de orden moral o social". "Los que afirman que la obligación natural, no es jurídica, parten de un supuesto indemostrado, o sea, que toda relación jurídica debe ser coactiva". Concibe, entonces, que haya relaciones jurídicas no coactivas. ¿Cuáles son? El autor contestaría, precisamente el caso que nos ocupa: la obligación natural. A pesar de ello, nos parece que la nota esencial del derecho es su coercibilidad, im-

posición inexorable, o como quiera llamarse a esa característica, sin la cual el derecho no sería derecho, pues lo contrario, sería precisamente caer en el error que Rojina señala, es decir, confundir el derecho con otras esferas normativas en las que falta precisamente esa nota esencial que da su fisonomía a la norma jurídica.

3-1.—Luis Recaséns Siches, desde el campo de su especialidad, se ha referido también a las obligaciones naturales. Rojina Villegas, en su obra citada (24) transcribe la opinión del eminente jusfilósofo. Como la cita comprende la esencia del pensamiento del autor que nos ocupa, transcribimos literalmente el párrafo referido:

“El concepto de obligaciones naturales dentro del sistema jurídico positivo, como un elemento imperfecto o incompleto de él, era una noción absurda que proyectaba grave confusión. Se construyó el concepto de obligación natural utilizando elementos heterogéneos y supuestos dispares que indebidamente se quisieron amalgamar en una figura jurídica inexistente. Bajo la influencia de unos conceptos jusnaturalistas estrictos, y bajo la influencia de la figura de otros contratos, se quiso formar, por ejemplo, para el caso del juego de azar, ese peregrino concepto de obligación natural. Con ello, de un lado, se pretendía unir en una sola figura dos situaciones jurídicas distintas; y de otra parte, proyectar dentro del orden jurídico positivo lo que se estimaba como exigencia lógica de un supuesto principio jusnaturalista. En primer término, adviértase que se trataba indebidamente dos situaciones jurídicas distintas: la del jugador que perdió y no quiere pagar... a quien no se puede exigir que pague...; y la del jugador que perdió y pagó... que no puede pedir la devolución de lo pagado... Se conjugaban estos dos casos como modalidades varias de una misma institución, y de esta mixtura y bajo la preocupación de que tal vez existiese cierto deber moral se quería extraer el peregrino concepto de obligación natural como algo perteneciente al ordenamiento positivo. Pero este concepto surge sólo por falta de limpieza de una operación intelectual que vincula y conjuga términos o supuestos diversos y después los mezcla con ingredientes heterogéneos (esto es, están fuera del ordenamiento positivo). No es posible hablar en términos de derecho positivo (español, alemán, etc.) del contrato de juego, como una figura y montar sobre él los dos casos mencionados. No, esos dos casos representan situaciones totalmente diversas. El caso del jugador que perdió y se niega a pagar es una situación jurídicamente irrelevante o inoperante, esto es, que no produce ningún deber jurídico para aquél, porque nadie puede exigirle que pague: ni el ganador ni el representante de la ley. El caso del que perdió y pagó constituye una figura de situación o

(24) R. Rojina Villegas. op. cit. pág. 71 y 72.

supuesto jurídico completamente diverso, cuya consecuencia es la firmeza o irrevocabilidad del pago. Se trata, pues, de dos supuestos de hecho diversos, que dan lugar a consecuencias diversas; sólo barajando indebidamente ambos supuestos y bajo el influjo de una preocupación ética nació el concepto de una obligación natural. Ahora bien, el absurdo de este pretendido concepto lo evidencia el siguiente razonamiento: Obligación jurídica —se entiende en derecho positivo— es la obligación exigible, esto es, cuyo cumplimiento puede —en principio— imponerse inexorablemente; pues bien, la obligación jurídica natural —en el sentido en que de ella hablan los civilistas— sería la obligación exigible no exigible. Lo mismo podría argumentar con respecto a los otros mal supuestos casos de obligación natural, como el del llamado negocio de diferencia, el pago del corretaje matrimonial, el crédito prescrito, etc. (págs. 190 y 191)".

Consideramos de una importancia fundamental la crítica de Recaséns, pues para nosotros tiene la virtud de aclarar y simplificar el problema que ha creado la doctrina alrededor de las obligaciones naturales.

### CONCLUSION

1.—Nuestro Código Civil se refiere a las obligaciones naturales en los siguientes artículos, cuyo texto transcribimos literalmente: "Art. 634.—Las obligaciones naturales no confieren derecho para exigir su cumplimiento; pero cumplidas, autorizan para retener lo que se ha recibido en pago de ellas". "Art. 635.—Las obligaciones civiles contraídas en satisfacción de una natural se regirán, en el fondo y en la forma, por las reglas de las obligaciones provenientes de título oneroso". El primero de los textos citados señala al principal efecto que podemos atribuir a las obligaciones naturales en nuestro derecho. El artículo 635 se refiere a lo que la doctrina francesa ha llamado novación de la obligación natural, esto es, la posibilidad de que se convierta en una obligación civil. Ese texto legal deja concretada la diferencia sustancial entre la nueva obligación civilmente válida, y los actos de mera liberalidad. En el artículo 1302 encontramos otra referencia a las obligaciones naturales. Dice el citado texto legal: Es nula la fianza que recae sobre una obligación que no es civilmente válida. Se exceptúa el caso en que la nulidad procede de la incapacidad personal del deudor, con tal que el fiador haya tenido conocimiento de la incapacidad al tiempo de obligarse, y que la obligación principal sea válida naturalmente". Este artículo de nuestro Código Civil reproduce exactamente la disposición del inciso 2º del artículo 2012 del Código Civil Francés. Brenes Córdoba, nuestro eminente comentarista, explica esta disposición en los siguientes términos (25): "Así, la deuda que contraiga acerca de materia lícita un individuo que se halla en el período de los 15 a los 21 años, si bien anulable por mediar incapacidad relativa del deudor, es susceptible de ser válidamente afianzada, porque a pesar de que la obligación principal no es

(25) Brenes Córdoba. Tratado de las Obligaciones. Pág. 523. Nos. 893 y 894.

coercible respecto al menor por faltar a éste la necesaria capacidad legal, eso no es impedimento para que un fiador hábil para contratar, responde de la obligación que voluntaria y conscientemente acepta y promete cumplir". Agrega después el autor citado que la excepción del artículo 1302 comprende exclusivamente la obligación natural nacida de falta de capacidad personal del principal obligado. Igual es el criterio de Aubry y Rau al comentar la disposición similar del Código Civil Francés, como lo dejamos consignado en párrafo anterior. Sin embargo, los profesores de la Facultad de Estrasburgo, van más allá. Para ellos, de un modo absoluto, no revisten el carácter de obligación natural, las obligaciones anulables por cualquier otro motivo que no sea la falta de capacidad. La limitación que señala va más allá de la simple posibilidad de ser garantizadas mediante fianza. La violencia, el error o el dolo, en su criterio, no pueden engendrar una obligación natural. (26). El tratadista Brenes Córdoba encuentra que la disposición que comentamos encierra una anomalía, consistente en tener como válida la fianza de una obligación principal anulable, y que, en consecuencia, carece de validez jurídica. Agrega que algunos escritores han tratado de justificar esta excepción al principio de que la obligación accesoria sigue en todo momento la condición de la obligación principal, diciendo que lo que se garantiza es la obligación anulable. Y termina: "pero como se comprende, tal argumento es de ninguna fuerza en el terreno de los principios y de la lógica, desde que la obligación natural al ser inexigible civilmente, no necesita ni admite fianza". Consideramos acertada la tesis del señor Brenes Córdoba, pues se funda en un criterio de estricta pureza doctrinaria. Admitir que una obligación anulable pueda ser garantizada, es un error explicable hasta cierto punto, pues en caso de ser convalidada, puede llegar a surtir efectos, condición que seguirá la fianza que para garantizar su cumplimiento se haya otorgado. Pero es de todo punto de vista innecesaria la frase final del artículo 1302 que dice: "y que la obligación principal sea válida naturalmente", pues agrega un elemento de muy difícil definición, que lejos de aclarar la disposición que comentamos, la complica.

En apoyo de lo anterior citamos a Giorgi (27): "...todo el razonamiento de los mantenedores de la opinión contraria queda reducido a repetir el antiguo silogismo: para que haya novación, hipoteca, obligación accesoria de la fianza, basta la existencia de una obligación principal o primitiva cualquiera; ahora bien, como una obligación natural es en cierto modo una obligación, la obligación natural es susceptible de fianza, hipoteca, novación. Pero no se han apercibido, al hablar así, de que si el razonamiento podía justificarse en los juriconsultos romanos, atendido el objeto que se proponían, contiene, en verdad un perfecto sofisma. Se funda en un equívoco, consistente en usar la palabra obligaciones en dos sentidos, ora propio, ora impropio, o en asimilar entre sí estos dos sentidos. O se debe permanecer en el campo jurídico, o fuera de él. Si en el campo jurídico, se impone argumentar así: la novación exige una obligación primitiva, la hipoteca, la fianza exigen una obligación principal; pero la obligación natural no es una obligación;

(26) Supra. Cap. IV. Fárr. 3º. Pág. 21.

(27) Teoría de las obligaciones. Vol. I. Pág. 56. Nº 57. Editorial Reus. 1918.

luego, no puede ser susceptible ni de novación, ni de hipoteca, ni de fianza. Si fuera del campo jurídico, entonces no se hable de novación, de hipoteca, de fianza, porque siendo precisamente instituciones jurídicas, sólo pueden coexistir con obligaciones reconocidas por el derecho civil". Cabe apuntar aquí que Giorgi viene a señalar la misma falta de limpieza en las operaciones intelectuales de los que así razonan, de que nos habla, en un sentido general, Recaséns Siches.

2.—¿Cuál es la causa de esa confusión? Creemos verla en la perplejidad que provoca el hecho de que el pago de una obligación natural surta todos los efectos liberatorios de una obligación civil, y que sea en consecuencia, irrepitable. Esto ha hecho suponer la existencia de una obligación anterior válida, aunque no exigible, pues de otra manera no podrían justificarse los efectos que acabamos de señalar. Así desde distintos puntos de vista, se le ha otorgado la categoría de relación jurídica al fantasma de una obligación. En frase muy gráfica, increpa Giorgi a quienes así razonan: ¿"Qué ser jurídico tan extraño es el vuestro que adquiere vida al convertirse en cadáver; no adquiere eficacia, sino que pierde su existencia?" (28). La noción de causa jurídica invocada por Aubry y Rau, la doble facultad de exigir y recibir de Rojina Villegas, no logran explicar la validez del pago. Como sucede muy a menudo, los juristas emprenden una larga búsqueda para la explicación de un problema, y no se detienen a mirar lo que tiene más cerca, lo que le da definición a su ciencia, método y campo de aplicación propios: la norma. Hay una disposición legal en nuestro derecho patrio —el artículo 634 del Código Civil— que señala la validez del pago cuando éste se ha hecho en cumplimiento de un deber moral, en virtud de ese texto no se permite la repetición de ese pago. La explicación está en la ley y nada más que en la ley. Suprimid ese artículo, y veréis cómo se esfuman las obligaciones naturales.

La fuente de la validez del pago es la norma. Ciertamente se trata de un excepción a la *actio condictio indebiti*, como lo dice Giorgi. Allí, en el capítulo del pago de lo indebido debe figurar la excepción que se establece a la posibilidad de repetir lo que se ha pagado sin causa jurídica, cuando el pago se ha hecho en cumplimiento de un deber de conciencia. No es una mera casualidad el que las legislaciones que no han seguido el modelo del Código de Napoleón, se hayan apartado de la concepción romana de la obligación natural. Dichos códigos civiles han sido más permeables a la revisión emprendida por la doctrina de las figuras jurídicas que nos legó el Derecho Romano. El Código Civil Alemán, el Código Suizo de Obligaciones y el Código Civil Italiano, no usan la terminología clásica y no hacen referencia a las obligaciones naturales con esa denominación. El artículo 72 del Código Suizo de Obligaciones es el más simple y el más claro, dice así: "No se puede repetir lo que ha sido pagado para solucionar una deuda prescrita o para cumplir un deber moral". Esa redacción es la del Código Mexicano, promulgado en 1928, que hemos citado al referirnos a las opiniones del tratadista Rojina Villegas.

(28) Giorgi, op. cit. pág. 37. N° 38.

3.—Pero alguien, no satisfecho con nuestra explicación, podrá preguntarnos: ¿por qué el legislador creó esa disposición que le da validez al pago hecho en cumplimiento de un deber moral, cuando ese pago, antes de su cumplimiento, no era exigible? Respondemos: ese es un problema de otra índole; obedece a consideraciones de bien social, de justicia, de moralidad, pero no se refieren a la validez formal de la norma. Pareciera que estamos conduciendo nuestro razonamiento hacia una concepción muy estrecha de las obligaciones naturales, que no encuentra otra explicación fuera de la ley. Así es desde el punto de vista de la vigencia de la institución, de la justificación de la obligatoriedad de su contenido. Sin embargo, como lo vamos a ver, analizado ese primer problema, llegaremos a conclusiones de mayor amplitud que las de la teoría tradicional. Efectivamente, Aubry y Rau y Bonnetcase, que son los exponentes más definidos de esa tendencia, hacen una enumeración rígida de los casos de obligación natural admisible. Diremos que los autores primeramente citados no ofrecen ninguna razón atendible para que no pueda ampliarse su enumeración, y que la del segundo es exageradamente limitada. Pero queda aún un argumento de mayor peso. ¿Qué característica común existe entre los casos tan disímiles de obligación natural que tradicionalmente se citan, que justifiquen su agrupación dentro de una misma figura jurídica? ¿Qué posibilidad de similitud existe entre una deuda prescrita y el deber que incumbe a los parientes próximos, no indicados por la ley, de suministrar, en la medida de sus posibilidades, alimentos a sus parientes legítimos o naturales que se hallan en estado de necesidad? Aubry y Rau no la indican, porque su preocupación fundamental es encontrar una noción técnica de la obligación natural, sin referirse al deber moral. Pero es lo cierto que el único puente de unión entre todos los casos que citan, es precisamente el deber moral subyacente en cada uno de ellos.

4.—La obligación natural la concebimos como una norma jurídica de especial configuración, en la que concurren las notas formales características de toda regla de derecho. La obligatoriedad del mandato que contiene esta norma, se deriva de su propia vigencia. El pago es válido, y no puede repetirse, porque así lo establece el Código Civil. Sin embargo, debemos analizar, no sólo los efectos de la obligación natural, sino también los supuestos que hacen que esos efectos sean posibles. Dijimos al principio de este trabajo que toda norma se compone de tres elementos: supuesto, cópula normativa y disposición. Analicémoslos en relación con la obligación natural. La hipótesis legal o supuesto lo constituyen conjuntamente la existencia de un deber moral que ligue al sujeto con respecto a otra persona, y el pago voluntario que haga en cumplimiento de ese deber. Ambas circunstancias, unidas indisolublemente constituyen la hipótesis legal que tiene como consecuencia, *por imperativo de la norma*, la no repetición del pago. Antes del cumplimiento de esos dos supuestos se trata de una relación inexistente desde el punto de vista jurídico. El deber de conciencia es incapaz de surtir, en esta etapa, ningún efecto; no tiene trascendencia jurídica. Con igual fundamento rechazamos toda concepción que pretenda presentarnos como figura jurídica a una obligación que no es coercible. Preferimos esta última expresión

a la usada por la teoría tradicional, que decía que estas obligaciones "están desprovistas de acción", porque lo que la ley niega de modo exclusivo es el derecho subjetivo para exigir su cumplimiento, ya que la facultad abstracta de recurrir a los tribunales se mantiene, en virtud de la autonomía del derecho de acción.

5.—El deber moral no se nos presenta, en la concepción anterior, como la explicación última de los efectos que surte la obligación natural cumplida. Juega el papel de supuesto de la norma jurídica, no como determinante último de su vigencia y obligatoriedad, sino como hecho condicionante de su aplicación. A través de la hipótesis legal de la norma, es que viene a representar el deber moral el papel que le asignamos en la obligación natural. Los deberes morales por sí mismos son incapaces de producir efectos jurídicos. Esta es la explicación que no dieron Pothier y Ripert. Este último expuso el problema en sus grandes rasgos, pero no lo examinó en sus detalles, y prestó muy poca atención a las diferencias radicales que existen entre la Moral y el Derecho, desde el punto de vista de sus notas esenciales. Es más, cometió la equivocación de afirmar que entre la Moral y el Derecho no hay ninguna diferencia de "dominio, naturaleza, ni de objeto". Como lo señalan los filósofos, tanto la Moral como el Derecho se encaminan a la creación de un orden, pero es distinto el orden propio de la Moral del orden propio del Derecho. El orden de la Moral es el que debe producirse en nuestro interior, en nuestra conciencia, en la intimidad de nuestro ser auténtico; el derecho trata de crear ese orden en la vida de relación, en la objetividad de nuestra convivencia social. Desde el punto de vista de los fines de ambos órdenes normativos, podemos decir con Recaséns Siches que "la moral aspira a crear una situación de paz; pero su paz es la paz interior. También el orden jurídico pretende establecer una situación de paz, pero su paz es la paz externa de las conexiones colectivas, es la paz exterior de la sociedad..." (29) Existe ciertamente un intercambio de contenidos entre ambas esferas, porque una norma de conducta individual puede ser benéfica para la paz y seguridad de la vida de relación, y a su vez, una norma de conducta aplicable a la convivencia con nuestros semejantes, puede interiorizarse y sentirse como un deber de nuestra conciencia; pero las diferencias entre Moral y Derecho se mantienen. Siguiendo el pensamiento del padre Francisco Suárez, a quien cita Recaséns Siches, el Derecho positivo no debe ordenar nada de lo que la Moral prohíbe, ni prohibir nada de lo que la Moral obliga a cumplir. Pero el derecho positivo no puede regular los comportamientos que se refieren a la perfección individual. El fin del Derecho no es la beatitud del individuo, sino tan sólo aquello que resulta necesario para el bien común. A pesar de las diferencias que de modo general señalamos, el Derecho puede y debe colaborar al triunfo de la Moral en la conciencia de los individuos. La institución de las Obligaciones Naturales es un instrumento legal que cumple a cabalidad ese fin, pero entendámonos, su estructura y efectos son netamente jurídicos. Son muchas las diferencias entre Moral y Derecho que podemos señalar, siguiendo a los autores más reconocidos:

(29) Luis Recaséns Siches. Vida Humana, Sociedad y Derecho. Pág. 155.  
Fondo de C. Económica

la unilateralidad de la norma moral, y la bilateralidad de la norma jurídica; la intimidad de la Moral y la exterioridad del Derecho; la libertad del cumplimiento en lo moral y la necesidad de realización en lo jurídico; la adhesión íntima del individuo a la regla moral, y la imposición externa de la regla jurídica a través del mandato.

6.—Debemos ahora señalar, dentro de la concepción que hemos expuesto de las Obligaciones Naturales, cuáles son sus consecuencias y efectos jurídicos en nuestro sistema legal. Como consecuencia única de las obligaciones naturales reconocemos exclusivamente la que señala el artículo 634 del Código Civil. Careciendo el deber moral de toda efectividad jurídica antes del cumplimiento que implica el pago voluntario, creemos que la obligación natural no puede ser objeto de compensación, ni de garantía. El caso que señala nuestro Código Civil en el artículo 1302, debe ser interpretado, a nuestro juicio, como la única situación en que se permite garantizar mediante fianza una obligación anulable por falta de capacidad del principal obligado, y en virtud de la vigencia, que no podemos negar, de ese artículo, a pesar de la equivocación doctrinaria que contiene, creemos que la frase "y que la obligación principal sea válida naturalmente", debe ser entendida en el sentido de que la ley exige como requisito la existencia del deber moral de satisfacer el compromiso contraído, como supuesto de la validez de la fianza. En cuanto a la novación, es valedero el mismo razonamiento. La novación implica la existencia de una obligación anterior jurídicamente válida, no teniendo ninguna trascendencia legal el simple deber moral antes de su cumplimiento, la obligación civil que se contraiga en satisfacción de una obligación natural, debe considerarse como una relación jurídica enteramente nueva, sin antecedentes legales, y en ese sentido es que cabe interpretar la regla que contiene el artículo 635 del Código Civil.

7.—La enumeración de casos se hace innecesaria, y como lo expone Ripert, el Juez está obligado a analizar cada caso, a buscar en cada situación concreta el deber moral. Si el pago se ha hecho en cumplimiento de aquél, estamos en presencia de una obligación natural, y procede en consecuencia, negar la repetición de lo pagado. Puede surgir la objeción de que el concepto de deber moral es impreciso, y que el Juez se verá obligado a apreciarlo desde un punto de vista subjetivo, en ausencia de una definición. Sin embargo, este fenómeno es más frecuente de lo que se piensa en la aplicación del derecho. La norma constantemente remite a criterios ajenos al jurídico, pues no todas las palabras tienen en las disposiciones legales una significación técnico-jurídica, sino que se usan también en su sentido corriente, o bien en la acepción que le da otra ciencia, que no es la del Derecho. Como lo indica Calamandrei en su estudio sobre "La génesis lógica de la sentencia civil" (30), esos criterios a los cuales nos remiten las palabras de la ley, pueden ser morales, económicos, políticos y técnicos. "En todos los casos antes citados, en los que el Juez es llamado en diversa medida a precisar y a completar la indicación del hecho específico (supuesto, o hipótesis, en la terminología que hemos usado nosotros), en realidad no es libre de aplicar a

(30) P. Calamandrei. Estudios sobre el Proceso Civil. Pág. 398 y sigs. Editorial Bibliográfica Argentina, 1945. Traducción de S. Sentís Melendo.



capricho el concepto que mejor le cuadre... sino que tiene el preciso y taxativo deber de buscar lo que, en ese momento, signifique, en la sociedad en que vive, aquella palabra usada por el legislador; de tal búsqueda sacará una máxima general (o bien una máxima de experiencia) con la cual integrará y precisará la norma de ley...". No otro es el procedimiento lógico que sigue el Juzgador al precisar nociones morales como la de "dolo", "mala fe", "buenas costumbres", "temor reverencial", "buen padre de familia", etc. No otro puede ser el procedimiento que siga al determinar la existencia de un "deber moral". Siendo este último un hecho puro y simple, lo mismo que el pago, creemos que pueden ser probados sin apego a las limitaciones que la ley señala para las obligaciones civiles. Todos los medios de prueba son válidos en este caso.

8.—Para terminar diremos, que el concepto de obligación natural, si bien es distinto por su estructura jurídica del deber moral, cumple una función de alta jerarquía humana como medio de espiritualización del derecho. Nos resistimos a aceptar la figura literaria de Ripert, que describe a la obligación natural como un deber moral que anda errante ante las puertas del Derecho. Para nosotros, no hay tal zona intermedia entre la noche y el día, en cuanto a las obligaciones naturales. Tal vez pequemos de lógicos, pero en esta materia no puede haber oscuridad. La obligación natural para nosotros es una ventana abierta por el Derecho en la pared divisoria que lo separa de la Moral, desde la cual se puede apreciar la belleza del jardín sembrado en el predio vecino, cuyos perfumes y colores podemos percibir desde allí, en la actitud prudente del que se conforma con esas sensaciones y se resiste a la tentación de invadir la propiedad ajena.

## COMENTARIOS SOBRE LOS PRIMEROS AÑOS DE EXISTENCIA REPUBLICANA

Prof. CARLOS MONGE ALFARO

El presente artículo del Prof. Carlos Monge Alfaro es de un valor extraordinario desde el punto de vista del estudio e interpretación de las raíces histórico-sociológicas de la nación y del Estado costarricenses. Es un ensayo enjundioso que penetra en los estratos más profundos del problema, como no lo habían hecho hasta el momento los historiadores nacionales. Significa, en consecuencia, un avance considerable en este afán por desentrañar las realidades históricas que sirven de fundamento a la organización social y política de Costa Rica. El lector tiene ante sí un guía seguro, que lo conduce por camino recto hacia la comprensión de ese capítulo decisivo de nuestra historia en que el hombre costarricense integra la vida pública y pone los fundamentos de la organización nacional y estatal.

Este artículo resulta de la unión de dos ensayos, que aunque no se ajustan perfectamente por repetir algunos temas, tienen unidad en cuanto a la interpretación histórica que en ellos se hace.

### a) *Los Ayuntamientos y la Constitución de 1812*

La Constitución de 1812 consagra en el capítulo I, del título VI (intitulado éste: "Del Gobierno Interior de las provincias y de los pueblos"), del artículo 309 al 323, una estructura gubernativa de carácter eminentemente democrático que jugó papel de no pequeña importancia durante la vida colonial. Nos referimos a los ayuntamientos. Como es sabido, los españoles al emprender la organización económica, social y política de los grupos que en largo proceso se instalaron en América, crearon en cada ciudad un cabildo, siguiendo el modelo europeo. Es decir, que las instituciones mencionadas se trasplantaron al Nuevo Continente. Habría sido insensato de parte de las autoridades españolas eliminar el ayuntamiento del orden de cosas que aspiraba a establecer en Ultramar, pues era un gobierno de la ciudad o de la comunidad hondamente enraizado en las tradiciones de los españoles y de los europeos en general

así como en la conciencia de cada uno y de todos los pobladores de los centros urbanos. Los Ayuntamientos surgieron en una época en que el Estado como organismo centralizador, edificado sobre un vasto territorio y cuya acción se dejaba sentir en múltiples grupos económico sociales, no existía; en una época en que campeaban en el mundo institucional europeo dos grandes y poderosos organismos: el Feudo (con el castillo como espina dorsal) y la Ciudad (centro industrial y comercial, que poco a poco fue variando la configuración material y mental de Europa). Durante varios siglos los habitantes de las ciudades participaron en el escogimiento de los miembros de los ayuntamientos, es decir, de sus gobernantes. Los Cabildos tomaron a su cargo diversos servicios de carácter público que influyeron de modo decisivo en el progreso de la administración y en el despliegue del ciudadano. Cuando, por diversos factores, empezó a fortalecerse el gobierno central (con una familia monárquica a la cabeza), y a crearse instituciones de carácter nacional, el gobierno de las comunidades urbanas se mantuvo en pie porque su importancia era de tal índole que lo hacía necesario.

Los españoles al echar las bases de la sociedad colonial transplantaron, como ya dijimos, el Ayuntamiento, y en cada centro que instalaban había uno. Interesante el hecho de que funcionaban cabildos en núcleos formados por unos pocos ranchos pajizos. Pero la verdad es que las instituciones a que venimos refiriéndonos adquirieron en la época de la conquista y de la colonia un significado que estaba un poco lejos de ser como el que las caracterizaba en la Península. No cabe la menor duda de que los ayuntamientos al lado que realizaban las tradicionales funciones de gobierno comunal, también ayudaron a llevar adelante la gran empresa española de incorporar al ámbito de la cultura cristiana a un continente nuevo. Los cabildos en los siglos XVI y XVII participaron en el proceso colonizador.

En el siglo XVIII, con motivo de la madurez política y el desenvolvimiento de una nueva conciencia histórica de los pueblos americanos, los cabildos serán voceros de las inquietudes de los criollos. La Constitución de 1812 considera numerosos artículos que le dan una fisonomía muy interesante a los ayuntamientos, y, sobre todo, que estimula el sufragio y crea un ambiente del que surgirá la imagen del ciudadano. Estará compuesto, según lo dice el artículo 309, de alcaldes, regidores y el procurador síndico, presidido por el Jefe Político donde lo hubiere, y en su defecto por el alcalde.

Cuando una comarca alcance los 1000 habitantes deberá contar con un ayuntamiento. Los componentes de éste se nombrarán por elección. Dice el artículo 313, que todos los años en el mes de diciembre se reunirán los ciudadanos de cada pueblo, para elegir a pluralidad de votos, con proporción a su vecindario, determinado número de electores, que residan en el mismo pueblo y estén en el ejercicio de los derechos de ciudadano.

Los electores, de acuerdo con el artículo 314, nombrarán en el mismo mes a pluralidad absoluta de votos al alcalde o alcaldes, regidores o procuradores síndicos, para que entren a ejercer sus cargos el 1º de

enero. Los alcaldes se cambiarán todos los años, los regidores por mitad cada año, y lo mismo los procuradores síndicos donde haya dos; si hubiere uno solo, se elegirá todos los años.

Para ser alcalde, regidor o procurador síndico, además de ser ciudadano en el ejercicio de sus derechos, se requiere ser mayor de 25 años, donde el vecindario lo permita, con 5 por lo menos de vecindad y residencia en el pueblo.

Un artículo de extraordinario interés y que vale la pena destacarlo porque revela hasta qué punto pensaron quienes redactaron la Constitución de 1812 en la independencia de los cabildos. En efecto, por el artículo 318 no podía ser alcalde, o regidor o procurador ningún empleado público de nombramiento del Rey.

La misma Constitución de Cádiz, recogiendo las funciones que desde tiempos inmemoriales venían realizando los cabildos, indica las siguientes atribuciones: la policía de salubridad y comodidad; auxiliar al alcalde en todo lo que pertenezca a la seguridad de las personas y bienes de los vecinos, y a la conservación del orden público; la administración e inversión de los caudales propios y arbitrios conforme a las leyes; hacer el repartimiento de recaudación de las contribuciones y remitirlas a la tesorería respectiva; cuidar de todas las escuelas de primeras letras y de los demás establecimientos de educación que se paguen de los fondos del común; cuidar de los hospitales, hospicios, casas de expósitos y demás establecimientos de beneficencia; cuidar de la construcción y reparación de los caminos, calzadas y cárceles, de los montes y plantío del común, y de todas las obras públicas de necesidad, utilidad y ornato; formar las ordenanzas municipales del pueblo; promover la agricultura, la industria y el comercio según la localidad y circunstancias de los pueblos, y cuanto le sea útil y beneficioso.

Como dijimos, la Constitución de Cádiz incorporó a su texto la mayor parte de las funciones que desempeñaban los cabildos desde hacía siglos. Al señalar en forma exacta la forma como debía procederse para elegir a los miembros de los ayuntamientos, al consagrar el principio democrático de elección popular, se estimuló en muchas de las colonias de América el sufragio y con ello se logró un nivel más alto de desenvolvimiento cívico. Este fue el caso de Costa Rica. Los ayuntamientos constituyeron el primer núcleo de representación democrática con que contaron los costarricenses.

A causa del abandono en que el gobierno español mantuvo a nuestro país, de la actitud asumida por los últimos gobernadores, entre ellos don Tomás de Acosta y don Juan de Dios de Ayala, los cabildos constituyeron los cuerpos políticos de mayor importancia.

b) *Influencia de los Ayuntamientos en el desarrollo de la capacidad política de los costarricenses.*

Pocas instituciones de carácter político o cultural ofrecieron oportunidades a los habitantes de nuestras villas y ciudades para reunirse y conversar sobre asuntos de interés general. En otras latitudes, los centros de enseñanza universitaria no sólo formaban a los directores

mentales, sino que la propia comunidad escolar impulsaba el pensamiento y el sentido crítico; surgieron en el último tercio del siglo XVIII Sociedades Económicas, como respuesta a las que se crearon en la Península; creáronse periódicos que a veces llevaban a la conciencia de los pobladores ideas renovadoras. En Costa Rica, a causa del abandono en que la tenían la autoridades españolas —tanto las correspondientes a la Capitanía General como al gobierno central de la Península—, del aislamiento y la ausencia de relaciones frecuentes con el resto de las provincias americanas, de la pobreza en que vivieron los colonos, falta de población, se configuró una vida social débil, de acusado perfil aldeano. En un ambiente en el que predominaba la vida campesina el ayuntamiento se tornó en una de las pocas instituciones que serviría de expresión a las inquietudes y a las necesidades de comunidades pequeñas.

El Poder Central, en este caso la acción política y administrativa del Gobernador y de los funcionarios españoles, poco se hizo sentir en la vida de los labradores, quienes, como ya se ha dicho, llevaban una existencia monótona, sacándole a la tierra apenas lo necesario para no morir de hambre. En los últimos años del período colonial las perspectivas fueron más halagüeñas al formalizarse las exportaciones de tabaco hechas a la Factoría de León de Nicaragua.

En los primeros años de vida independiente, desde que se conoció en Cartago el 13 de octubre de 1821 el Acta de Guatemala, los cabildos fueron la vía utilizada por los pueblos para discutir la política general que debía seguirse así como para resolver no pocos problemas surgidos con el nuevo orden de cosas. La acción de esos organismos adquirió mucha importancia además por el hecho de que los gobiernos o Juntas afrontaron a veces situaciones difíciles de resolver, y su organización era elemental y faltaban normas o reglamentos en que pudieran hacer descansar las decisiones que las circunstancias exigían se tomaran. El cabildo abierto —o sea la comunidad entera reunida en la plaza— constituyó, una fuerza popular de extraordinaria trascendencia, se convirtió en una fuerza política que orientó al país en el camino que convenía tomar. Fue en esas reuniones democráticas en donde se escucharon las voces de los ciudadanos, en donde el pueblo costarricense empezó a vivir experiencias cívicas altamente educativas. El "común" en forma directa dirigió los primeros pasos de la naciente democracia política. Podemos afirmar que el gobierno, a cargo de las mencionadas instituciones, se hizo por la intervención directa del pueblo. En un solo año se convocaba a cabildo abierto varias veces. Los ayuntamientos, pues, a causa de las circunstancias históricas de esos años influyeron en forma decisiva en el desenvolvimiento de la aptitud política y cívica de los habitantes de Costa Rica. Los labradores estaban íntimamente vinculados con ellos, y acudían a las reuniones que celebraban frente a las Casas de los Cabildos con una emoción pocas veces sentida antes de que se tuviera conocimiento del Acta de Independencia. Desde esa época los ciudadanos se acostumbraron a participar en el gobierno, a discutir los problemas nacionales, en una palabra, a hacer oír y prevalecer la opinión de los pueblos. Del año 1821 a 1825 las pequeñas poblaciones de la Meseta Central adquirieron una interesante personalidad política a causa del papel que jugaron en la organización de las instituciones republicanas.

c) *Los comienzos de la vida pública y la revolución espiritual que ésta produjo.*

El ayuntamiento fue, en cierta manera, un elemento político de vinculación colectiva que afirmó la unidad de los pobladores de las aldeas, y alentó empresas de interés general en que por primera vez participaban todos los miembros de la comunidad. De ese modo, el aislamiento en que habían vivido los labradores durante siglos fue amortiguándose, disminuyendo, y los grupos humanos formados alrededor de las antiguas "ayudas de parroquia" adquirieron consistencia, fisonomía. El sentimiento nacional y la conciencia de un existir costarricense se desarrollaron en esos años alrededor del cabildo abierto y del cabildo cerrado. Los ciudadanos, que pocas oportunidades habían tenido de conversar sobre negocios públicos, sobre derechos y libertades, sobre el destino del país, sobre la patria, encontrarán en las reuniones que celebran en la plaza principal de cada aldea una ocasión excelente para empezar a hacer conciencia política y con ella a preocuparse por Costa Rica. El cabildo produjo una revolución espiritual en el alma de los habitantes de la Meseta Central; si antes eran convocados de vez en cuando para tratar de problemas de carácter comunal, de 1821 en adelante acudirán al cabildo a discutir sobre asuntos de interés nacional. De la oscura e indeterminada conciencia social del labriego del siglo XVIII surgirán, ante la coyuntura histórica determinada por el Acta de Guatemala, una clara conciencia política y una vigorosa y dinámica idea de la Patria, de la Nación. Las jornadas populares realizadas en los principales pueblos de la provincia del 13 de octubre de 1821 en adelante, demostraron el papel que estaban asumiendo los cabildos cerrados y abiertos en las primeras experiencias políticas vividas por los ciudadanos y en la organización de las instituciones democráticas y republicanas. Ello revela ya una voluntad social, un deseo de forjar el ordenamiento jurídico y administrativo con las propias manos, con materiales propios; demuestra que los costarricenses se hacen cargo por su cuenta y riesgo del destino histórico. Lo dicho se desprende de pueblos que en un santiamén, con motivo de una protesta o de una sentida aspiración, se ponen en marcha desde los arrabales hasta el centro de la aldea, para decir su opinión. Cuando un Alcalde Primero como don Benito de Alvarado pregunta desde el balcón de la Casa del Cabildo a la multitud que se encuentra apiñada en la plaza: "¿Qué desean, a qué se debe la reunión?" y la muchedumbre, al unísono, contesta que desean un gobierno republicano y que están contra el Imperio, no cabe la menor duda de que desde el alma del pueblo ha surgido poderosa la Patria Nueva, y se pone en marcha una interesante etapa de la historia popular de Costa Rica.

Durante tres años los habitantes de las villas hubieron de ocupar parte de su existencia a la vida política; ya no podían dedicarse exclusivamente, como de seguro les había ocurrido hasta ese entonces, a labrar la tierra, a cuidar el ganado, a cumplir con los deberes religiosos y a atender la familia; con harta frecuencia hubieron de abandonar la casa y las sementeras para reunirse con los parroquianos a discutir y a decidir respecto de asuntos sobre los que antes eran otros los poderes

que decidían. Ahora el poblador de la Meseta Central, al convertirse en ciudadano activo demostró que a lo largo de los siglos coloniales había desarrollado una concepción de vida de la que fácilmente se desprenderá la vocación política; demostró, también, una extraordinaria capacidad de asimilación. Rápidamente se familiarizó con los conceptos e ideas democráticos y los manejó con singular facilidad. Se encariñó con la vida política en forma tal que si antes era difícil reunirlos en poblados ahora era fácil convocarlos a reuniones a la plaza pública.

La acción y la influencia del cabildo o del ayuntamiento tuvieron en Costa Rica una tremenda fuerza plástica, constituyeron una escuela de civismo de primera magnitud, modelaron hasta cierto punto los ideales que durante muchos años caracterizaron al ciudadano costarricense. Con entusiasmo el labrador o el poblador de la aldea trabajaba la tierra y asistía al ágora. Todos los pueblos participaron jubilosos y entusiasmados en las jornadas populares que se desarrollaban entre 1821 y 1824, y se ve en tales oportunidades, cómo la institución del cabildo adquiría un relieve muy especial, una extraordinaria vitalidad con ciudadanos que tenían una idea muy clara del signo de los tiempos y de las responsabilidades históricas que hubieron de afrontar desde el momento en que rompieron los ligámenes que los mantenían unidos a España.

En una sociedad, pues, constituida por labradores, en que no existían odiosas diferencias sociales ni económicas, en la que todos vivían en un mismo pie de igualdad, en que nadie era más que otro por razón de su apellido o de las extensas tierras de que fuera dueño; en una sociedad en que los hombres no habían sentido la opresión del Estado español en la acción gubernativa de funcionarios tiránicos o despóticos, ni de los grandes de la tierra, en una sociedad así, repetimos, el ayuntamiento se tornó desde que las circunstancias lo permitieron, en el mejor instrumento con que se pudo contar para darle solidez e institucionalidad a la vida política, en un medio adecuado de integración nacional, de articulación social. Mes y medio después de haber llegado a Cartago la noticia del Acta de Guatemala, una Junta Popular de Gobierno o una especie de Asamblea Constituyente había elaborado y aprobado la primera Constitución Política, conocida bajo el nombre de Pacto de Concordia. La aceptación de tan importante documento jurídico, en el cual se ofrecían al pueblo las libertades y los derechos democráticos de la época, indica que la intención era organizar a Costa Rica como una pequeña república, aunque tuviere que depender de alguna potencia americana.

Las mismas Juntas Gubernativas hubieron de acudir a los cabildos abiertos, no sólo en busca de respaldo popular, sino también de luces. Por esa razón durante los tres primeros años de vida independiente los ciudadanos vivieron casi exclusivamente en función de la vida pública. Esa especie de bautismo político que tuvo nuestra comunidad de un momento a otro constituyó la mejor escuela en donde se formó el ciudadano y la más interesante de las tradiciones cívicas con que cuenta Costa Rica. En esos ayuntamientos se plasmó la vida política costarricense; en ellos también se forjaron los primeros arquitectos de nuestra

nacionalidad. El labrador agregó a la dimensión de su vida privada la de su vida pública. Esta nace en el cabildo y luego abarca la totalidad de la nación.

d) *Sentido histórico y trascendencia democrática del Congreso Constituyente de 1824*

Meses antes de que se promulgara la Constitución Federal (22 de noviembre de 1824) en las antiguas provincias que formaban el reino de Guatemala, se nombraron en Costa Rica, por acuerdo de la propia Asamblea Nacional Constituyente reunida en Guatemala desde el 24 de junio de 1823, los integrantes de los poderes públicos. Efectuadas las correspondientes elecciones se instaló en la ciudad de San José el 6 de setiembre de 1824 el Congreso Constituyente. Para tal efecto se convocó a sus miembros a reunión en la Sala Municipal, junto con las más altas personalidades políticas del país, entre ellas, los miembros de la Tercera Junta Superior Gubernativa, (que hasta ese momento funcionaba a manera de Poder Ejecutivo), del Clero, de la Municipalidad, etc. Presididos por el Jefe Político se dirigieron a la iglesia de La Merced, que hacía de parroquia, a "implorar el auxilio divino". En esa oportunidad se celebró misa solemne y a continuación el presbítero Cecilio Umaña pronunció un discurso adecuado al momento. Luego se procedió a tomarles el juramento a los diputados. De la iglesia salieron para dirigirse al edificio del Congreso, precedidos por la misma comitiva, donde recibieron los honores de la tropa. A continuación se hizo la elección de Presidente, alto cargo que recayó en don Agustín Gutiérrez Lizaursabal, y de Vicepresidente, honor con que se distinguió a don Víctor de la Guardia.

La labor efectuada por el Congreso Constituyente es una de las más significativas y de mayor trascendencia histórica y social realizada por cuerpo jurídico alguno en Costa Rica. La abnegación, la inteligencia, la prontitud y el esfuerzo que sus integrantes pusieron para continuar con la tarea iniciada por los Ayuntamientos, Juntas de Gobierno y otros Congresos que actuaron desde el 13 de octubre de 1821 hasta el 6 de setiembre de 1824, es clara demostración del patriotismo con que sirvieron sus puestos y la responsabilidad con que se enfrentaron a las complejas situaciones del momento. Los pensamientos y las actitudes manifestados por esos preclaros ciudadanos y las medidas administrativas que tomaron, revelan un acendrado espíritu republicano, un diáfano respeto a la ley, a la soberanía popular, a la libertad. Los diputados mencionados constituían un grupo de ciudadanos sobrios, sencillos, a quienes de un momento a otro les cayó la tremenda responsabilidad histórica de crear las bases y el armazón —la estructura como se dice hoy día— del edificio político. Durante los tres primeros años de vida independiente se puso en pie la democracia costarricense por el interés que la mayor parte de los habitantes de las aldeas y de los campos tuvieron en los negocios públicos. Poco a poco los labradores se acostumbraron a intervenir con su opinión, con sus votos, con sus ideas y hasta con su intransigencia, en el planteamiento de agudos problemas de política



interna y externa, en la solución de aquellas situaciones embarazosas que no pocas ocasiones estuvieron en peligro de llevar a la anarquía y al caos a la nascente comunidad republicana. Durante los tres años referidos, los legisladores costarricenses lograron ofrecer a los ciudadanos Cartas Fundamentales —como el Pacto de Concordia y la Constitución de 19 de marzo de 1823—, inspiradas, claro está, en los más célebres documentos de la época (Constitución de 1812, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789) que sirvieron de guía en los intentos por ordenar el país desde el punto de vista constitucional y administrativo. En esas importantes Cartas se estamparon las libertades y los derechos democráticos, por los que se venía luchando desde hacía casi 50 años en Europa y en América.

Esas libertades y derechos encontraron, en el sentido de vida desenvuelto en Costa Rica desde el siglo XVIII, en la sensibilidad democrática de los labradores, y en los rasgos sociales de la época, un terreno de sobra abonado en donde echarían hondas raíces. El tino, la prudencia, el acierto con que Costa Rica se enfrentó a una coyuntura histórica —que surgió con la decisión tomada por quienes redactaron el Acta de Guatemala— no sólo se explica por la altura de miras y la prestancia política de los patricios a quienes les tocó orientar y dirigir el proceso político que empieza el 13 de octubre y cumple su primer período el 6 de setiembre de 1824, sino también por la existencia de un pueblo —o de comunidades— dotado de extraordinarias aptitudes para vivir en la libertad, por la libertad y para la libertad. La democracia —lo hemos dicho en otras oportunidades— si se la entiende como concepción de vida, como determinada modalidad de la existencia humana, como destino y sentido humano, empezó a manifestarse en forma difusa, indeterminada, desde el siglo XVIII. El ritmo de nuestra historia social, que observamos desarrollarse —casi de modo imperceptible— en la mencionada centuria, y las características psicológicas del labrador —sujeto histórico de nuestra patria— revelan la existencia de una mentalidad colectiva que será fontana en que se inspirarán espiritualmente los líderes del año 21. Estos, pues, contaron con un dato psicológico y otro social de carácter popular de suyo importante. Usaron con inteligencia ese material básico y pudieron así echar las bases de un sistema de vida política en el hombre y en la tierra costarricenses. Así Costa Rica empezó en un nuevo período de su historia con el pensamiento y la acción de patricios sensatos, de hondo sentido humano, respetuosos de la ley y del destino del pueblo, y con la actitud de comunidades para las que sólo cabía una solución a los hechos históricos planteados: democracia basada en el respeto a la soberanía popular, a la dignidad humana y en el culto a la libertad y a la justicia para todos.

e) *El Congreso Constituyente de 1824 explica al pueblo su programa.*

La identidad espiritual, que, según dijimos antes, existió entre los arquitectos del año 21 y siguientes, y las comunidades de labradores, se comprueba con el manifiesto que los miembros del Congreso Constituyente referido dirigieron a los "habitantes del Estado de Costa Ri-

ca". En primer lugar afirma que cumple con el deber de participar a los ciudadanos la noticia de haberse instalado y comunicarles que consideran ese día como digno de señalarse "con letras de oro en páginas de vuestra historia". Más adelante le indica al pueblo que se han cumplido sus deseos:

"Vuestro Congreso lleno del más dulce gozo os participa haberse instalado y constituido el seis del corriente día memorable y digno de señalarse con letras de oro en las páginas de vuestra historia, y de celebrarse por vosotros y vuestros hijos con fiestas cívicas y los mayores regocijos. En él se han cumplido vuestros votos, y supuesto que es obra de vuestra voluntad llegó el momento feliz en que el Congreso comienza sus sesiones públicas, y a dar el lleno a sus sagradas obligaciones. No tiene otros deseos, ni sus miras se dirigen a otra cosa que a haceros felices por cuantos medios le proporcione vuestro suelo".

Conscientes de que la obra gubernativa corresponde a todo el pueblo y no sólo a ellos, representantes de aquél, invitan a los ciudadanos a dar sus luces, a colaborar en la solución de los problemas públicos. El ciudadano adquirió de esa manera una categoría política eminente y una responsabilidad directa en el desenvolvimiento de la vida nacional. Decían:

"Al ofreceros vuestro Congreso la observancia puntual de las Leyes Constitutivas y fundamentales de la Asamblea Federal, bien conoce lo grandioso de sus empresas, y la grave dificultad de desempeñarlas debidamente, pero por otra parte cuenta con vuestras luces, discreción y prudencia para que coopereis a tan grande obra, y digna de vuestros deseos". A este fin convida igualmente a los Ministros del Altar, a los medianeros entre Dios y los hombres para que en sus diarios sacrificios recomienden muy especialmente a vuestro Congreso en términos que el Espíritu Santo se digne misericordiosamente oír sus preces".

En una parte del manifiesto, el Congreso Constituyente explica a los habitantes de las aldeas y de los campos los principios en que se fundamentarán para cumplir la empresa histórica que tienen entre manos. Esa actitud de comunicarse con los ciudadanos, de establecer el diálogo entre los legisladores y el pueblo para comunicarles los propósitos que aquéllos persiguen en las labores gubernativas, revela un pensamiento democrático que viene de atrás, que surgió en los cabildos cerrados y abiertos, en las reuniones que efectuaba el "común" cuando en son de demanda se apiñaba en la plaza pública. Hay en la actitud del Congreso Constituyente un escrupuloso respeto y los primeros brotes de la sana convivencia que debe presidir las relaciones entre gobernantes y gobernados. Los primeros deben explicación o cuentas a los segundos—aquéllos como depositarios de las funciones públicas y éstos como soberanos absolutos de su destino—, de su propia existencia política. Así

nació el concepto de soberanía popular en Costa Rica, acuñada no sólo por el principio venido de afuera, sino por la presencia del pueblo en la vida pública.

“Vuestros derechos serán afianzados sobre los principios eternos e imprescriptibles de libertad, igualdad, seguridad y propiedad: residiendo en vuestros representantes el Poder Legislativo, darán la primera mano a la grande obra de vuestra regeneración política, *dictando leyes análogas a vuestro país*, y a vuestros usos y costumbres de modo que redunden todas en beneficio general, objeto primario de los desvelos de vuestro congreso. Estad seguros que no trata de otra cosa sino de formar vuestra Constitución conforme a las bases de la Federal que no perderá jamás de vista; en la misma forma dictará las leyes, ordenanzas y reglamentos capaces de mudar de aspecto el precioso Estado de Costa Rica. Vivid confiados que determinará los gastos de la administración pública, y con oportunidades decretará los impuestos que se ven muy necesarios, e indispensables para llenar el cupo en los gastos generales, y particulares del mismo Estado; tratará con la mayor eficacia de erigir establecimientos, corporaciones y tribunales que sean más convenientes y precisos para el mejor orden en la justicia, economía, instrucción pública y demás ramos de la administración”.

Lo expuesto hasta aquí confirma los conceptos ya dichos, relativos a la íntima relación en que actuaron los legisladores de 1824 con el pueblo, la preocupación de aquellos patricios por darle a Costa Rica leyes y reglamentos que en lo posible se ajustaran a las necesidades y costumbres de las comunidades. Por otro lado, el cuidado con que plantean la labor que llevará a cabo el Congreso Constituyente, el tino con que anuncian impuestos y la eficacia y honestidad con que manejarán los fondos públicos, dice muy claramente de la intervención y presencia del pueblo en las actividades políticas y en el desarrollo de los negocios públicos. No otra cosa podía esperarse de comunidades que desde el 13 de octubre de 1821 hasta el 6 de setiembre de 1824, mediante la acción de los ayuntamientos y de los cabildos abiertos, orientaron y dirigieron la pequeña y grande historia de esos tres años. Ahora, que se estaba en vísperas de darle al Estado costarricense una organización más definitiva, que iba a formar parte de la República Federal de Centro América, en que los poderes públicos tendrían una conformación más concreta y un funcionamiento más permanente, en que se entronizaría un gobierno más representativo y menos directo, era necesario advertirle al pueblo de lo que se iba a hacer y de la devoción que los miembros del Congreso tenían por la libertad y por la soberanía popular, de la necesidad de que todos contribuyeran al sostenimiento de los servicios que el gobierno iba a ofrecer, de la obediencia que los ciudadanos debían a las leyes y el respeto al interés general.

*1) Gobierno Nacional y Gobierno Municipal.*

Promover, desarrollar y coordinar la acción en un país que careció de la experiencia administrativa que da el funcionamiento de un gobierno central, constituyó uno de los asuntos que demandaba más cuidado y prudencia de parte de los señores diputados constituyentes. En efecto, durante la dominación española el gobierno central estaba a cargo, como es sabido, del Gobernador de la provincia, delegado directo del Rey de España. Pero ni la autoridad ejercida por el funcionario mencionado, ni las actividades administrativas desplegadas por él, constituyeron un factor de unidad espiritual y material en la vida social y política de Costa Rica. Personalmente los habitantes de las aldeas y villas no tuvieron participación alguna en las responsabilidades gubernativas de carácter general. La acción administrativa —si la hubo— dependía de los funcionarios españoles. A nuestros labradores los traía sin cuidado que hubiera o no fondos para pagar los gastos que demandaban las tareas de gobierno. En una palabra, como no tenían ingerencia en la administración pública a ellos no les llegaba responsabilidad alguna. En cierta manera eran como espectadores... De esa guisa, en el momento en que el clima histórico varió, y el gobierno central pasó de manos de españoles a las del pueblo costarricense, sólo ostentaban los ciudadanos la experiencia política y administrativa derivada de la participación en el gobierno comunal, la vivida y adquirida en el cabildo. La tarea de los primeros cuerpos de legistas fue organizar a los ciudadanos para colaborar en el desarrollo de un gobierno que abarcara a la generalidad, en un gobierno de carácter nacional. Además hubo otro factor que considerar en el proceso de adaptación a los nuevos hechos: el traslado del gobierno central de Cartago a San José, a raíz del triunfo de los republicanos sobre los imperialistas. A pesar de las dificultades con que tropezaron los encargados de dirigir el timón, poco a poco salvaron la tempestad y llegaron a buen puerto. Claro que algunas villas y pueblos mantuvieron sus derechos que harán valer cuando las circunstancias lo permitieren, pero se contó con un período de paz y de concordia —aunque fuera aparente a veces— muy útil para la afirmación de las instituciones y el progreso del país.

Pensamiento sensato y oportuno manifestado por el Congreso Constituyente de 1824 al dar los primeros pasos en busca de aquellos instrumentos que asegurasen el funcionamiento correcto de las instituciones políticas, económicas y sociales, fue perfeccionar y sistematizar la más brillante tradición y experiencia democrática que Costa Rica hasta ese momento había presentado: el cabildo o el ayuntamiento. Los hechos habían demostrado que esa institución por su naturaleza se avenía a la sensibilidad de los pobladores de las aldeas y de los campos; que el ayuntamiento tenía más importancia para un ciudadano —pues lo sentía más cerca, y casi podía tomarlo con las manos— que el gobierno central, que actuaba en un plano político más vasto. Adaptar a los habitantes de Costa Rica a una construcción política un poco abstracta; ponerlos a vivir y a pensar en términos de nación, de Estado, fue el resultado de un proceso educativo y de integración espiritual,

que empezó, precisamente, en 1823, pero que abarcó el período histórico que en los últimos estudios sobre historia de Costa Rica algunos tratadista denominan "República Patriarcal".

Por las razones aducidas el gobierno comunal bien concebido y mejor organizado podría ser el instrumento con que contara el gobierno central para desarrollar aquellos programas o empresas que creyera indispensables para el progreso de la nación. Un buen paso dio el Congreso al aprovecharse de la actividad desplegada por los ayuntamientos en el trienio 1821-1824 y del crédito que tenían en la opinión pública, al promulgar el decreto XXIX, de 17 de diciembre de 1824. Ese decreto se refería a la organización de las municipalidades, y servirá para que en la Constitución del Estado Libre de Costa Rica de 1825 se consagren varios artículos a tan importante institución. Dada su importancia, juzgamos necesario transcribir el decreto aludido:

"El Congreso Constituyente del Estado de Costa Rica, deseando que todos los pueblos tengan en su seno los mayores recursos posibles para su mejor administración, ha tenido a bien decretar y decreta:

1. En todos los pueblos del Estado, cualquiera que sea su población, habrá una municipalidad.
2. Esta se compondrá de un Alcalde y dos regidores por cada 4 mil almas que haya en el lugar.
3. Se compondrá además de un Síndico en el caso de que tenga un solo Alcalde, y de dos cuando el número de éstos sea otro.
4. Cuando en las poblaciones hubiese un exceso de almas que no llegue a cuatro mil, y que por lo mismo no puede entrar en la regla del artículo 2, si excediese de dos mil tendrá igual consideración que si fuese el número completo de cuatro, y si baja ninguna.
5. En los pequeños pueblos que no pasen de quinientos habitantes, habrá un alcalde, un regidor, y un síndico, y en los que pasen de este número, se establecerá como si tuviesen el de cuatro mil.
6. En las municipalidades tendrán asiento cuando quieran los llamados alcaldes pedáneos con sólo el fin de representar por sus respectivos cuarteles lo que vieren les es beneficioso".

En la historia política y social de Costa Rica de los primeros decenios de vida independiente cupo a las municipalidades o ayuntamientos una destacada y dinámica labor. Constituyeron, por así decirlo, un sistema de células vivas que hicieron crecer el cuerpo nacional; un sistema de núcleos de pensamiento y de acción que abarcó la totalidad del país y en torno a los cuales giraron las comunidades enteras. Las grandes empresas acometidas por el gobierno central, en una época en que Costa Rica lentamente se integraba en un todo nacional, se llevaron a cabo con la ayuda de los gobiernos municipales.

El artículo primero del decreto XXIX, vale la pena comentarlo. De acuerdo con él, "en todos los pueblos del Estado de Costa Rica, cualquiera que sea su población habrá una municipalidad". Este hecho revela el criterio que los miembros del Congreso Constituyente tenían de las municipalidades. Sabían que para realizar una labor administrativa útil y rápida, que para vincular a los pueblos con los proyectos y programas que debían desarrollarse era importante contar en cada caserío, aldea, villa o ciudad, con un conjunto de ciudadanos de prestigio, integrados en gobierno municipal, que sirviesen de medio o instrumento de penetración. Tanto el gobierno de don Juan Mora Fernández como el de los que le siguieron, utilizaron a las municipalidades para llevar a cabo proyectos de bien colectivo. Por ejemplo, con motivo de crearse un impuesto sobre los bienes inmuebles y la necesidad de cobrarlo se contó con las instituciones municipales, otro tanto puede afirmarse respecto de la construcción de caminos y carreteras, con la creación de escuelas de primeras letras, etc.

Correspondió, por cierto, al Cabildo de San José, estimular, en diversas formas, la siembra de plantas de café, obsequiando con tierras apropiadas al cultivo mencionado a los ciudadanos pobres que no las tuvieren. Por otro lado, la opinión pública seguía a veces manifestándose a través de los cabildos. Los cartagineses heridos en sus sentimientos más profundos y en sus más caros intereses por el traslado de la capital, harán uso del cabildo para demostrar en varias oportunidades su inconformidad por actitudes del gobierno central.

La acción de los gobiernos locales, como resultado del desarrollo orgánico y natural de Costa Rica, vinculó a los ciudadanos a las nuevas empresas de gobierno, e influyó en la conformación mental de los pobladores para adaptarse a un sistema gubernativo que desborda, con mucho, la aldea. Terminamos este breve resumen sobre los ayuntamientos en la vida histórica costarricense diciendo que el gobierno nacional se desarrolló al principio no por la acción de una burocracia ni de un ejército, sino a través del gobierno municipal; que éste era el legado de los últimos años de la colonia y sobre todo de los primeros de vida independiente. Que dejó profundas huellas en la sensibilidad y en los ideales de los costarricenses. Quizá, dando rienda suelta a nuestra imaginación, podríamos decir que Costa Rica ha sido a lo largo de su vida republicana más que una democracia nacional una democracia municipal, un país que desarrolló su ideología democrática no en la adhesión a una escuela filosófica o política determinada, sino en el cabildo abierto, en la plaza pública, en la calle. Aún en la actualidad ningún gobierno podrá sentirse tranquilo al planear y realizar sus tareas si no tiene en cuenta, y en forma muy particular, a la bullanguera opinión de las gentes. Todavía nos quedan a los costarricenses muy prendidos de nuestra alma los métodos y la emociones surgidos en los cabildos abiertos. Somos una nación constituida en pequeños pueblos, de aldeas, orgullosos de sí mismos —aun cuando sean insignificantes—. La tarea de gobernar en Costa Rica es por excelencia una tarea de atender las demandas de los pueblos y de coordinarlos o ajustarlos a los grandes programas de carácter nacional.

## LA REPUBLICA PATRIARCAL

Conviene, antes de explicar cómo se desarrollaron las instituciones políticas y sociales de Costa Rica durante la primera mitad del siglo XIX que nos refiramos a ciertas actitudes y normas de conducta individuales y colectivas que revelan el estilo de vida y el modo de ser de los costarricenses de esa época.

¿Qué era Costa Rica allá por el año de 1825, fecha en que se constituyó jurídicamente como Estado Libre, miembro de la República Federal Centroamericana? Era un país formado por labradores que vivían aislados y dispersos en las haciendas ubicadas en las vegas de los ríos de la Meseta Central y en las aldeas, algunas de las cuales, como San José, la capital, contaba alrededor de 4000 habitantes. Esos labradores, que por falta de la acción de un poder central se acostumbraron a vivir libremente, empezarán a tomar conciencia de su propio destino desde el momento en que se rompen los nexos que los unen a España. Ya hemos visto que en los cabildos abiertos y en las respectivas jornadas populares se echaron las bases de la vida pública de Costa Rica. El "común", sin teorías filosóficas o políticas, sin conocimiento de estructuras gubernativas, tomaba conciencia de sí mismo; se articulaba como tal: en una palabra, nacía. Interesante fenómeno el que ocurre en ese período de nuestra historia: el labrador que había llevado hasta entonces una existencia carente de tono político, ayuna de relaciones sociales, sin vislumbrar otros horizontes que los de su hacienda o su aldea, al enfrentarse a una situación política en que debía participar en la constitución de un gobierno libre y democrático, en que iba a ser actor eminente del drama, sale de su rancho y por primera vez descubre el sentido de una vida para la cual la calle y la plaza son medios indispensables. De esta manera surge el pueblo como estructura social y como factor dinámico de la historia patria. Ocurre un a manera de proceso de integración nacional en el que se aglutinan diversos elementos en la conciencia de los labradores, que luego se proyectan en la organización y funcionamiento de las estructuras políticas. La nación como fenómeno histórico se nos aparece a modo de proceso vivo en que participan los individuos y los pueblos, en el que se desarrollan sentimientos e ideas que tal vez existían ya en las mentes pero en forma confusa. Dicho del otro modo: la nación y el Estado no surgen en una comunidad determinada por el simple hecho de que una Asamblea Legislativa o una Constituyente hagan declaraciones de principios o promulguen leyes. En la Historia costarricense de las primeras tres décadas del siglo XIX se observa muy bien el fenómeno apuntado, pues en ese período se estructura una comunidad, y adquiere vigor y consistencia la vida pública de labradores y de aldeas que durante dos siglos se habían desenvuelto en el altiplano central de Costa Rica. Mientras estuviesen desarticulados, sin nexos fuertes, sin tener conciencia de una vida común, sin sentirse partícipes en una misma faena política, carecieron de unidad, no eran ni pueblo ni acción. He aquí nuestra tesis. En Costa Rica la integración nacional adquiere impulso al verse obligados los aldeanos a tomar actitudes concretas ante la situación histórica del año de 1821; a tomar bajo su propia respon-

sabilidad el gobierno; en una palabra, desde que el país rompió su ligamen con España. El diario ejercicio de actividades cívicas creó conciencia republicana en los pobladores de campos y de aldeas; es decir, la clara idea de que el destino del país no dependía de poderes extraños, de elementos foráneos, sino que constituían misión del pueblo, del "común". Así la nación, que como tal, no existía en los siglos XVII y XVIII, se integrará con elementos originados en esos mismos siglos. El primer núcleo, repetimos, que sirvió de eje al proceso de integración, fueron los cabildos abiertos y los cerrados, latentes durante muchos años, pero que adquirieron mucha importancia de 1821 en adelante. En efecto, desde el instante en que el "común" se constituye y adquiere entidad, se ha operado un fenómeno de integración de ideas, sentimientos e intereses que bullían indiferenciados en la conciencia de los hombres. Se dan en el alma de los pobladores los cimientos espirituales de un nuevo período de nuestra historia. Ese "común" en marcha hacia el descubrimiento y realización del destino democrático es el alma o el eje vital, el núcleo primordial de la nación. Este aspecto del proceso histórico fue obra auténtica del pueblo, que a su vez adquirió fisonomía.

En el lapso de tres años la comunidad costarricense desarrolló una extraordinaria capacidad receptiva y una inteligencia social que la hicieron apta para vitalizar las instituciones democráticas consideradas en las nuevas concepciones jurídicas y políticas. Al mismo tiempo surgieron líderes, hombres de talento, visionarios, que dirigieron con prestancia y sabiduría la cosa pública. Los primeros gobernantes no procedían de clases selectas, ni de poderosos círculos sociales, ni de familias que tuvieran en sus puertas escudos de armas u otra clase de blasones, sino que salieron del "común", se formaron paralelamente con éste. Eran hombres sencillos, labradores como el resto de sus compatriotas. En las últimas décadas del siglo XVIII y primeras del XIX habían llegado a las humildes aldeas de la Meseta Central noticias de los cambios que se estaban operando en el mundo —tanto en España como en el resto de los países de Europa y de América—, de las ideas políticas que estaban cambiando el orden existente. Algunos de esos personajes habían hecho estudios en las Universidades de León y de San Carlos Borromeo de Guatemala. La crisis espiritual que desde el último tercio del siglo XVIII había afectado a Europa y a algunas provincias americanas, se conoció en Cartago con muchos años de retraso y más aún su comprensión. Aquellas personas preocupadas por enterarse de las corrientes de pensamiento en boga, poseían una somera idea de lo que venía ocurriendo. Sin embargo, el ambiente aldeano había influido tanto en sus conciencias que jamás se les ocurrió convocar a los vecinos para hablarles de tales cosas, ni menos llamarlos a la revuelta contra España. Mas, llegada la oportunidad, serán los directores de las jornadas y de los movimientos que en diferentes sentidos se producirán a raíz de su conocimiento del Acta de Guatemala.

La República Patriarcal se organizó políticamente de acuerdo con los principios políticos y formas de gobierno señalados en las Cartas Fundamentales —desde el Pacto de Concordia hasta la Constitución de 1825.—



De importancia para los costarricenses fue la vigencia de la Constitución de 1825, pues en ella quedaron estampados principios y libertades conocidos por los ciudadanos labradores desde los años en que acomodaron sus vidas a las normas o prescripciones del Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica. Sin embargo, el nuevo texto consideraba una organización política más compleja que demandaba de parte de los ciudadanos un mayor grado de educación y de comprensión de sus deberes. El paso de la época de los cabildos abiertos y de las juntas a la del Estado Libre exigió un período de acomodamiento, de ajuste, al que se dedicaron con buen empeño los gobernantes. Además, la Constitución Federal señalaba obligaciones a todos los ciudadanos, como por ejemplo, elegir al Jefe del Estado, miembros de los poderes Legislativo y Judicial de la República, etc. Ante tal suma de obligaciones o deberes exigidos a personas que antes de 1821 casi no habían sentido la acción vigorosa de un poder central, los gobernantes tuvieron el cuidado de consultar al ciudadano, de tocar a sus puertas cada vez que lo creyeron necesario. La labor que les tocó realizar era delicada: poner en contacto a los pueblos con las instituciones y experiencias políticas derivadas de la Constitución Federal y de la de 1825. Nuestros ciudadanos labradores hubieron de compenetrarse con dos esferas gubernativas que implicaban, además, dos líneas de responsabilidad, de obligaciones cívicas, de lealtades. La obra legislativa y administrativa realizada durante los períodos de gobierno de don Juan Mora Fernández se caracterizó por una gran prudencia, que tenía el propósito de no despertar rencillas regionales, ni anarquizar espiritualmente el país —lo que podía haber ocurrido fácilmente ya que “pueblo” y “Estado” se encontraban en su orto— como realidades psicológicas. A veces los decretos emitidos por la Asamblea Legislativa y el Ejecutivo dan la impresión de sugerencias o recomendaciones y no órdenes o mandatos legales.

Había que hacer una obra educativa para conseguir de los labradores la decidida ayuda que los tiempos urgían. Los gobernantes se dieron cuenta de ello y ya en 1824, el Congreso Constituyente, en la parte expositiva de un decreto, sentaba la premisa de que “la base esencial de la prosperidad en que debe apoyarse el sistema adoptado son las luces, y que de éstas se carece mucho en Costa Rica”. Estaban convencidos de que la democracia para su desarrollo necesitaba ciudadanos virtuosos y cultivados, capaces de poner al servicio del bien común lo mejor de sus espíritus y de sus mentes. Viendo la importancia de que los ciudadanos comprendiesen los nuevos tiempos, la Asamblea Legislativa dió un decreto en 1825 para crear un “papel periódico” capaz de servir de medio de difusión de las ideas. Decía así:

“Se invita a los ciudadanos a que establezcan en cualquier pueblo del Estado un papel público periódico en que den a luz los escritos que se le remitan. Los que se dedicaren a tan interesantes trabajos reservarán la firma en aquellos papeles en que así lo exigieren los autores...”.

*Organización Política de la República Patriarcal.*

En sus bases generales las instituciones políticas costarricenses de la primera mitad del siglo XIX obedecen a ideas y estructuras consideradas en la Carta Federal de la República de Centro América, y en sus características especiales o particulares, en el Estatuto de enero de 1825. Este consagra, en primer lugar, la existencia de Costa Rica como Estado Libre, perteneciente, claro está, a la Federación. Durante los siglos en que nuestro país formó parte del imperio español, las funciones de gobierno de carácter ejecutivo estuvieron a cargo de un gobernador, cuyos poderes administrativos, determinados por la legislación española, eran amplios. De sus decisiones podía apelarse primero ante la Real Audiencia de Guatemala y luego ante el Consejo de Indias, mas los caminos eran tan largos y llenos de obstáculos que fue harto difícil hacer uso de ellos. La situación cambió en forma radical —como se ha dicho— del 13 de octubre en adelante, fecha que señala un nuevo período en la historia de las instituciones políticas de Costa Rica. Durante los primeros tres meses de vida independiente surgieron varias *juntas de legados* —con pocas atribuciones gubernativas— encargadas de oír pareceres respecto de cómo debía organizarse políticamente a la provincia. Algunas de esas primeras juntas tuvieron carácter casi de pequeñas asambleas constituyentes, como por ejemplo, la que discutió y aprobó el Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica. Una vez que ese primer estatuto constitucional entró en vigencia apareció en el país una entidad política, denominada Junta Superior Gubernativa, con atribuciones legislativas y ejecutivas. Semejante acumulación de funciones se justificaba por el carácter transitorio de las medidas administrativas y políticas adoptadas en esos años de ensayo, de incertidumbre. A ello debe agregarse la activa y decisiva participación en las labores gubernativas, de los cabildos y de los pueblos. La ausencia de estructuras políticas bien definidas, con objetivos concretos, con delimitadas y claras esferas de acción, facilitó e hizo imprecindibles las actividades de los cabildos constitucionales y de los cabildos abiertos. Los miembros de las juntas, abrumados con tantas responsabilidades y funciones en una época confusa y pletórica de amenazas, a falta de un poder legislativo se dirigieron con frecuencia a los cabildos de las principales ciudades de la Meseta Central para que éstos colaborasen con sus luces y en no pocas oportunidades para que recogiesen la responsabilidad que les cabía en las decisiones que urgía tomar, frente a situaciones en que estaba de por medio el futuro del país. La experiencia y la trascendencia histórica de esos años llevó a los más talentosos directores de la cosa pública a solicitar al pueblo la creación de congresos que promulgasen las leyes. Así la Junta Gubernativa —que durante unas semanas estuvo compuesta apenas de tres miembros y que por tal razón se la conoce en la historia de Costa Rica con el nombre de triunvirato— se encargó de ejecutar los acuerdos de aquél. En resumen, durante los tres primeros años de vida independiente los costarricenses por experiencia directa, sin influencia de teorías constitucionales, crearon dos entidades políticas, una de carácter legislativo, el Congreso Permanente, y otra

encargada de las funciones ejecutivas, la Junta de Gobierno. Este hecho es de suma importancia porque revela que entre los ciudadanos labradores no prosperó en momento alguno el poder político acumulado o concentrado en un caudillo, o en una "fracción". En cuanto a lo primero el hecho más notorio fue la actitud asumida por don Gregorio José Ramírez, indiscutido jefe de los republicanos, en cuyas manos estuvo la dirección del proceso histórico que culminó con la traslación de la capital y el ordenamiento del país en los días que siguieron a la llamada batalla de Ochomogo. Tuvo a su cargo la dictadura durante los diez días siguientes y los necesarios para llamar a sesiones al Congreso Permanente, que había suspendido sus labores con motivo del asalto del cuartel de Cartago perpetrado por los imperialistas en la tarde del sábado 29 de marzo de 1823. Dos hechos habrían podido desviar el camino democrático que se había impuesto Costa Rica desde el 13 de octubre de 1821: el triunfo de las ideas y de las armas republicanas y la personalidad e inteligencia de Gregorio José Ramírez. Pero en la mente de los ciudadanos labradores de la Meseta Central, —hombres del común o dirigentes—, no cabía la idea de tomar el poder y gobernar desde él sin el consentimiento del pueblo. Don Gregorio José Ramírez, reflejo fiel de los sentimientos de los costarricenses de esa época, actuó en momentos tan críticos en la única forma en que podía hacerlo: estimulando la vuelta a la "constitucionalidad". En lo relativo al segundo punto, no puede hablarse en Costa Rica de la imposición de esta o aquella fracción, pues tanto en los cabildos como en las Juntas y en los Congresos hubo elementos pertenecientes a las dos principales tendencias de la época, republicanos e imperialistas. Naturalmente que el mayor número pertenecía a la primera porque constituía la postura más adecuada a la sensibilidad y modo de pensar político de los costarricenses.

Al promulgarse la Constitución de 1825 y entrar en vigencia, los ciudadanos habían vivido ya experiencias políticas que facilitaron, en cierta manera, el ajuste o adaptación a las normas jurídicas y administrativas correspondientes. Naturalmente, que la Carta aludida señala un sistema de deberes y derechos a todos los habitantes del país que implicaba un vivir más ordenado, un adaptar la existencia individual y colectiva a determinados principios y obligaciones. El cambio fue grande y la necesidad de adaptación de las personas también. El gobierno se encargó a cuatro poderes: el Ejecutivo, el Legislativo, el Judicial y el Conservador, tal como lo estipulan los dos estatutos constitucionales, Federal y del Estado. El Poder Ejecutivo concebido, es débil, pues está limitado en sus funciones y actividades por el Legislativo y el Conservador. Tal orden de cosas se cumplió a cabalidad en Costa Rica por el sentido democrático de la vida, la ausencia de voluntades poderosas que quisieran oprimir al pueblo en nombre y defensa de los intereses de un grupo, y el respeto a la legalidad, interesante actitud, hija de nuestro medio. La Asamblea Legislativa promulgaba las leyes, el Ejecutivo debía llevarlas a la práctica, pero el Conservador vigilaba atentamente porque se cumpliesen. Según la Constitución, este último lo formaban magistrados de elección popular, cuyo número no podía ser menos de tres ni mayor de cinco. Era en realidad una Junta a la que se le seña-

laban atribuciones que más tarde fueron de competencia del ejecutivo, como el derecho de veto a las decisiones del Legislativo. De ese modo, el Jefe del Estado, en los primeros años de vida independiente, nos hace recordar el Jefe Político de la época en que Costa Rica estaba regida por la concepción gubernativa del Pacto de Concordia. Sin embargo, por el prestigio personal de quienes llegaron a desempeñar el honroso cargo de Jefe del Ejecutivo, por los honores que de acuerdo con la Constitución y las leyes se les debían, por la responsabilidad administrativa y la dirección de los negocios públicos, los Jefes de Estado representan en nuestra historia la presencia de personalidad de mucha influencia que realizaron una misión histórica de gran relieve. El presidencialismo (aunque el término no responde a una terminología rigurosa o estricta) patriarcal, con que se conoce la época en que rigieron constituciones inspiradas en la misma estructura de la del 25, se caracterizó por una acción administrativa lenta, de tipo paternalista, un tanto aldeana; el bien del país giraba en torno al carácter prudente o arbitrario del encargado del Ejecutivo. La constitución y las leyes se respetaban, y la crítica de la labor desplegada por los poderes públicos empezó a ser una actitud permanente de vigilancia ciudadana por parte de quienes estaban en capacidad de ejercerla.

#### *Educación y Honestidad en el manejo de los fondos públicos*

Varios hechos y actitudes de gobierno se destacan durante las primeras administraciones: en primer lugar, un anhelo de ofrecer a los costarricenses las luces del siglo mediante la organización de la Escuela. A pesar de la pobreza en que se encontraban los pueblos años antes de la independencia, se hicieron esfuerzos por crear centros de enseñanza: un ejemplo típico de esa preocupación es la Casa de Enseñanza de Santo Tomás. Medidas de suma importancia se insertan en la ley de 25 de noviembre de 1828 en que se le indica a las municipalidades la manera de estimular y conducir la enseñanza en todo el territorio nacional. Pero un asunto que preocupaba tanto o más que éste era el de la honestidad en el manejo de los fondos públicos. De los documentos de la época se desprende que los labradores de la Meseta Central eran personas desconfiadas, renuentes a contribuir los gastos que demandaban los nuevos servicios que ofrecía el gobierno. No olvidemos que en tiempos de la colonia, si faltaba dinero para pagar a los funcionarios públicos la responsabilidad no recaía sobre los pobladores, sino que el gobierno español buscaba en otras cajas, —la de Nicaragua, generalmente— el dinero necesario para cumplir con las obligaciones. Mas al entrar en la vida independiente ese recurso desapareció y todos los gastos tenían que ser pagados del bolsillo de los costarricenses. Esta obligación de suyo gravosa porque debían atenderse los gastos, tanto del gobierno federal como del Estado, exigió de los gobernantes mucho tino y prudencia, no sólo por la inconformidad que despertaban medidas por su naturaleza impopulares sino también por la escasez de recursos. Ya la Asamblea Constituyente, encargada de redactar la Constitución de 1825, al dirigirse a los pueblos les hizo ver la necesidad en que estaba de cobrar impuestos

pero al mismo tiempo el uso honesto e inteligente que se haría de los mismos. La administración de don Juan Mora Fernández creó un Tribunal de Cuentas y una Tesorería General de Hacienda. Esta última quedó muy bien organizada por la ley del 5 de junio de 1829. De la forma escrupulosa en que se indican las atribuciones y responsabilidades de cada uno de los funcionarios de esa dependencia del gobierno se infiere el respeto que los gobernantes de esos años tenían por los bienes de la nación y el dinero de los contribuyentes. La Tesorería General de Hacienda tenía tres funcionarios principales: un Tesorero, un Contador y un Factor. El primero tenía a su cargo el "ministro principal", el segundo estaba encargado de vigilar lo atinente a la alcabala (impuesto que se cobraba por las ventas que se hiciesen dentro del territorio) y el Factor lo relacionado con el monopolio del tabaco, de la pólvora, salitre y papel sellado. Es curioso recordar algunas de las obligaciones de los funcionarios aludidos. Debían llevar cuenta aparte de los caudales que ingresaren mensualmente y hacer corte de entradas cada fin de mes para ver el estado de cada uno de los ramos de la hacienda nacional. Se llevaría, además, un libro general de entradas, pero en este mismo se harán tantas separaciones cuantos sean los ramos establecidos. Habrá otro libro en el que se indicarán todas las salidas y las entradas. Los tres funcionarios mencionados tenían que pagar una fianza superior a los mil pesos; asimismo, se les prohibía traficar con géneros y mercaderías; de igual manera se les castigaba con fuertes multas si con disimulo o tolerancia perjudicaban la renta del ramo a su cargo. Para que no hubiera forma de cometer irregularidades, la ley respectiva obligaba a los funcionarios de la Tesorería General el día último de noviembre de cada año a recoger en la Intendencia "tantos libros foliados y en papel común, cuantos se han ocupado y deben ocuparse en todas las oficinas de hacienda, y los que igualmente se ocupen por los subalternos de la Administración y en las aduanas de los puertos".

El ejemplo que hemos puesto es uno de tantos posibles, e indica en forma clara el aspecto formal y legal que caracteriza a la administración pública de Costa Rica ya desde aquella época. Esas leyes y reglamentos, que señalan la manera de proceder de los funcionarios depositarios del dinero de los contribuyentes, es clara demostración de que los ciudadanos estaban atentos al uso que sus gobernantes hicieron de las entradas fiscales.

### *El Gobierno Municipal y su significado en la República Patriarcal.*

En otras ocasiones hemos dicho que en no pocos aspectos los labradores asistieron en esos años a un proceso de integración nacional, y que los núcleos primordiales durante los tres primeros años de vida independiente fueron el cabildo abierto y los cabildos cerrados. Al entrar el país en una cierta normalidad constitucional, "aclarados los nublados del día" y definida nuestra situación política y constitucional, al realizar una obra administrativa en muchos aspectos novedosa, el gobierno central no contaba todavía con instituciones ni funcionarios encargados de organizar al país en forma tal que aceptasen las medidas y los obje-

tivos que se perseguían con ella. Sólo se contaba con un tipo de organismo, que aun cuando tenía funciones específicas, podía servir para mover a los grupos de ciudadanos en el sentido en que la marcha y progreso del Estado lo indicaran, y eran, precisamente, las municipalidades. Es muy posible que quienes en la Asamblea Constituyente de 1824 promulgaron el decreto por el cual se mandaba que funcionara en todos los pueblos de la provincia —por pequeños que fuesen— una municipalidad hayan tenido en mente no sólo la idea de organizar a los ciudadanos de todo el país en cuerpos cívicos activos, sino también para facilitar la obra de gobierno que ya se estaba haciendo compleja. De ahí, pues, que las municipalidades jugaran papel de gran trascendencia en la llamada época del presidencialismo patriarcal. Ello dio un cierto carácter de descentralizador a la administración pública, que se justificaba en las primeras décadas de vida independiente. El decreto decía así:

“El Congreso Constituyente, deseando que todos los pueblos tengan en su seno los mayores recursos posibles para su mejor administración, ha tenido a bien decretar y decreta:

Artículo 1º—En todos los pueblos del Estado, cualquiera que sea su población, habrá municipalidad.

Artículo 2º—Esta se compondrá de Alcalde, y dos regidores por cada cuatro mil habitantes.

Artículo 3º—Se compondrá, además, de un Síndico en el caso que tenga un solo alcalde; y de dos cuando el número de éstos sea otro.

Artículo 5º—En los pueblos pequeños que no pasen de 500 habitantes, habrá un Alcalde, un Regidor y un síndico, y en los que pasen de este número se establecerá como si tuviese cuatro mil.

Artículo 6º—Tendrán asiento los llamados Alcaldes Pedáneos con solo el fin de representar por sus respectivos cuarteles lo que vieren les es beneficioso.

El decreto referido se transformó en precepto constitucional de la Carta del 25 de enero de 1825. De la simple lectura del decreto se desprende la diferencia entre el gobierno comunal de la colonia y el de la república patriarcal; mientras en los tiempos españoles un pueblo debía ostentar el título de villa para disfrutar de cabildo, ahora, en la época independiente, de acuerdo con el Artículo N° 111 de la Constitución de 1825, todo pueblo, sin importar el número de habitantes ni el grado de desarrollo económico y social que tuviere, deberá nombrar su municipalidad. Se trataba de fomentar el bien de todos los pueblos del país y de hacer participar a los ciudadanos en el gobierno comunal. Según artículo N° 2 del decreto referido la municipalidad de los pueblos más pequeños se compondrá de un Alcalde —encargado de llevar a efectos los acuerdos o medidas de gobierno tomados por la misma— un regidor y un síndico. Las funciones consideradas en el decreto XXIX de 24 de diciembre de 1824 fueron derogadas por decreto de 23 de octubre de 1827. Por considerar que las funciones atribuidas a las municipalida-

des de este último decreto son más completas, con base en él subrayamos su importancia en el desenvolvimiento político y administrativo de Costa Rica. Según el artículo primero, corresponde a las municipalidades velar por la salubridad de los pueblos, debiendo cuidar de la limpieza de las calles, mercados, plazas públicas, hospitales, cárceles y casas de caridad; por la calidad de los alimentos de toda clase, cuidar de las aguas estancadas o insalubres para evitar enfermedades o epidemias. Las municipalidades debían llevar control de los nacidos, casados y muertos en el pueblo y conservar de ellas un registro en su sede. Este último punto —como los anteriores— indica en forma clara la funciones importantísimas que se encomendaron a las municipalidades en una época en que no existían oficinas, ni dependencias o ministerios que tuviesen a su cargo tales servicios. Se desprende de ello que en nuestra república patriarcal muchas de las actividades de gobierno no podían ser realizadas por el gobierno central sino por los gobiernos comunales. Obsérvese este otro punto de señalada importancia: de los pueblos y de los caminos que unían a unos con otros. El artículo 4º dice: “cuidará de que las calles en el pueblo se empiedren donde convenga y reciban toda la luz posible, haciendo que periódicamente se descombren los colaterales, y que los parajes públicos se hermoseen cuanto permitan las circunstancias”. En lo relativo a caminos comunes —lo que hoy se denomina caminos vecinales— cada municipalidad debía cuidar el sector que le correspondía, es decir, el que atravesaba el territorio de su jurisdicción. Una de las funciones más importantes de la institución en referencia eran las educativas. En esos años no existía tampoco ministerio de Educación Pública, el poder central no era el directamente responsable, sino las municipalidades. El artículo 10 de la ley de 25 de octubre de 1823 las obligaba a cuidar de todas las escuelas de primeras letras y demás establecimientos de educación que se paguen de los fondos del común. Debía “vigilar el buen desempeño de los maestros, compeler a los padres de familia en el sentido de que estaban en la obligación de proporcionar a sus hijos “educación e instrucción” en la doctrina cristiana y en los rudimentos de la cultura, —aprender a leer, escribir, sumar y restar—. Esta última atribución en realidad ya había sido pensada en el decreto del 24 de diciembre de 1824, de donde se infiere la enorme preocupación que pusieron los organizadores de la república patriarcal para organizar la escuela como institución de alta jerarquía. Se encomendó a las municipalidades la dirección y administración de tan importante servicio. El otro asunto que reviste interés para el historiador es que se conminase a los padres de familia a proporcionarles a sus hijos educación. Ello indica la clara idea que tenían los legisladores de esos tiempos del valor de la educación para el mejoramiento de vida pública y privada. Es posible que los aldeanos a veces se resistieran a enviar a sus hijos a la escuela, o bien, a no ofrecerles los medios para que se cultivasen, pues en 1883 se promulgó un decreto con el propósito de compulsar a las familias para que se preocupasen por la instrucción de los niños. Más adelante abordaremos tan interesante tema. Los organismos a que nos acabamos de referir debían —según reza el artículo 11 del documento citado— cuidar “muy especialmente de promover el fo-

mento de la agricultura, las artes, la industria y el comercio, removiendo todos los obstáculos y trabas que se opongan a su progreso y mejora”.

Los gobernantes contaron, para llevar adelante ciertos programas de gobierno en primer lugar, con la imprescindible ayuda de las municipalidades. Así el gobierno central era un coordinador. El Ejecutivo era un mecanismo simple, existían pocos ministerios, lo que revela la falta de especialización en las actividades administrativas. Estructura tan simple se explica por la falta de desarrollo económico, social y cultural de Costa Rica, y por la escasez de población. Lógicamente el peso de la administración tenía que recaer sobre las municipalidades. Hasta el segundo período de gobierno de Braulio Carrillo a la administración pública le faltó una columna vertebral, un eje, en resumen, unidad. El exceso de descentralización incidió en la lentitud con que se realizaban los negocios públicos. El Estado como estructura política viva, como ente que articulaba los diferentes elementos que componían a la nación no existía. La disciplina social sin autoridad central capaz de señalar caminos y carente de voluntad fue relajándose. Dadas las circunstancias porque atravesaba Costa Rica el gobierno de Carrillo —a pesar de sus arbitrariedades y poses antidemocráticas— fue un acicate para los costarricenses, un factor ordenador de nuestras fuerzas materiales y morales.

El órgano de enlace entre las municipalidades y el gobierno central era el Jefe Político Superior, cuyas funciones corresponden —guardando las diferencias marcadas por los períodos históricos— a las de Ministro de Gobernación. A ese funcionario debían dar cuenta de todos sus actos por medio de informes y otros medios estipulados en la respectiva ley. Muchas de las funciones que se le encomiendan las realiza a través de las municipalidades como, por ejemplo, las estadísticas, conservación de las obras públicas, etc. Para cumplir bien sus encomiendas administrativas la ley le obliga a visitar una vez al año todos los pueblos del Estado. Cuando por razones de su cargo no pudiese hacerlas entonces encargará de tan necesaria inspección a su Secretario.

#### *Las Municipalidades y la composición de caminos.*

A lo largo de la historia de la república, desde su corto, en tiempo de don Juan Mora Fernández, hasta la actualidad, preocupación esencial de los gobernantes ha sido arbitrar los medios necesarios para dotar al país de caminos y carreteras. El problema presentó o encontró muchas dificultades durante las primeras administraciones habida cuenta de la escasez de fondos, de instrumentos técnicos para realizar los trabajos, el desconocimiento de las rutas o vías naturales y la falta de experiencia. En vista de tales circunstancias se puso en práctica un sistema que se denominó “composición de caminos”. Es decir, todo ciudadano tenía el deber de contribuir con varios días de trabajo al mes; al arreglo de los caminos correspondientes a la jurisdicción de donde vivía. Esta medida revela algunos hechos dignos de destacarse, porque nos muestran características sociales y políticas de Costa Rica en esa época:

a) La pobreza en que vivían los ciudadanos no les permitía pagar



altos tributos —entonces las entradas del fisco eran exiguas—;

b) La simplicidad de la administración pública, que debía contar para mejorar las vías de comunicación con el trabajo de los ciudadanos;

c) La sociedad de entonces era rural en casi toda su extensión. Una medida como la mencionada sólo podía prosperar y realizarse en un pueblo que aún conservaba rasgos de vida aldena.

La composición de caminos fue una actividad que la ley encargó a las municipalidades. En tiempo de don Juan Mora Fernández se expidió un decreto por medio del cual se reglamentó el asunto. Las municipalidades de todos los pueblos del Estado, decía el artículo 1º, deberán hacer todos los años antes del 15 de noviembre, un padrón (lista) de todas las personas que en su jurisdicción están obligadas a trabajar en la composición de caminos y de las que estaban dispuestas a pagar cuatro reales por los días de trabajo que les correspondía. Confeccionado el padrón referido se debía enviar una copia de él al Jefe Político. Con el propósito de organizar el trabajo, la municipalidad estaba en el deber de hacer una relación o estudio de los caminos malos que se encontraban en su territorio. Después de hechas las diligencias aludidas debían los cuerpos municipales poner en ejecución los trabajos y dar las órdenes para que las personas cumpliesen con sus obligaciones, lo cual convenía se hiciese en los tres primeros meses del año favorables para el arreglo de camino, pues durante ellos no llueve. El mismo decreto indicaba que lo primero era reparar los caminos y luego los puentes y calzadas de mayor importancia en el "distrito". A causa de las dimensiones de la empresa que todos los años se realizaba, las municipalidades nombraban jueces de policía, a quienes se entregaba una copia de la lista de las personas encargadas de llevar a cabo la reparación de las vías e indicaciones respecto del orden en que convenía hacerlo. El juez de policía recaudaba los cuatro reales que pagaban aquellas personas que no se presentaban al trabajo; con el producto correspondiente se procedía a comprar materiales y herramientas, y a pagar los albañiles que se necesitaren. Luego ordenaba a los jueces pedáneos citar a la gente para que se iniciaran las labores. Una vez terminadas éstas el juez de policía rendía informe sobre los trabajos realizados, el dinero recolectado y la suma invertida. De ese modo, se efectuaron numerosas obras públicas durante las primeras décadas de vida independiente. De lo dicho se desprende que tocaba a las municipalidades el mayor peso en las faenas administrativas.

#### *Las municipalidades y el cobro de una contribución territorial.*

Con motivo de las consecuencias derivadas del decreto del 10 de abril de 1835, relativo a la eliminación del diezmo, la Asamblea Legislativa impuso a todos los propietarios de fincas una contribución que iba de acuerdo con la extensión de los inmuebles. Para llevar a la práctica la medida en referencia el gobierno utilizó, una vez más, los servicios de las municipalidades —que van resultando de inestimable valor para la república patriarcal—. Todos los dueños o poseedores de tierras, en el término de seis meses, debían presentarse en la municipalidad corres-

pondiente a matricular sus fincas, indicando el número de caballerías o manzanas que abarcaren, los linderos y las actividades o empresas a que las destinaban. Con los datos proporcionados era obligado llevar un libro en que se especificaran en forma clara los asientos del caso. Quienes se mostrasen renuentes a cumplir con lo estipulado en el citado decreto o lo hicieren ocultando parte de los bienes, pagarían una multa igual al "duplo de la contribución que debe pagar la tierra matriculada". La municipalidad debía luego cobrar el impuesto señalado por la correspondiente ley. El 15 de diciembre de cada año entregará la suma recaudada al Jefe Departamental. Para dar idea del modo escrupuloso como los administradores y juriconsultos de la república patriarcal hacían las cosas, véanse las indicaciones que se daban acerca de cómo debían llevarse los libros de asientos: esta actividad venía a hacer las veces de Registro de la Propiedad. He aquí otra función que andando el tiempo le correspondió hacerla a una oficina o departamento del gobierno central.

"Cada municipalidad formará un libro general de asientos, en el que debe expresarse el nombre del dueño o poseedor del terreno, el número de caballerías o manzanas que comprenda y sus linderos, punto en donde se halle, y objeto a que está dedicado; ya sea agricultura o de pastos, indicando la cantidad con que haya de contribuir, y señalando la partida numérica y ordinalmente. De ella dará constancia al contribuyente para su resguardo y conocimiento de lo que deba pagar. La partida se expedirá o extenderá bajo el formulario siguiente:

Partida N<sup>o</sup>..... año..... a..... del mes..... Matriculó el ciudadano... un terreno (propio, baldío o arrendado) comprensivo de... (caballerías, manzanas) destinado a... ubicado en... y cuyos linderos son al norte... al sur... al este... y al oeste... y por el cual debe pagar... (pesos o reales).

Las municipalidades llevarían un registro en triplicado con arreglo al modelo para que en resumen pueda averiguarse fácilmente el número de la partida, el dueño o poseedor, las caballerías o manzanas de terreno y la cantidad de dinero que corresponda pagar por él. Debía nombrarse en cada municipalidad un "Ecónomo" de su confianza y bajo su más estrecha responsabilidad, para que administrase el dinero recibido por concepto de contribuciones.

### *La Educación en la República Patriarcal.*

Preocupación esencial de los primeros gobernantes republicanos de Costa Rica fue ofrecerles a los ciudadanos oportunidades para que cultivasen sus espíritus y adquiriesen aquellos conocimientos que necesitaban para cumplir con la misión señalada por la época. Las primeras juntas gubernativas acordaron crear escuelas de primeras letras, posteriormente la Asamblea Constituyente manifestó su criterio educativo. Pero el primer documento en que se indican en forma clara los fines de la educación, la obligatoriedad y el período escolares es una interesante ley de 13 de junio de 1828.

*Fines de la Educación*

Interesa sobremanera subrayar las ideas expuestas en el documento referido porque las consideramos la primera declaración hecha por nuestros gobernantes respecto de los objetivos de la educación. Las escuelas, dice "son la base por donde llega el hombre al grado de ilustración, tan necesaria a él mismo, y al sistema del día, por lo que es generalmente deseado"... En la breve expresión trascrita se observa lo que la educación era para la generación de patriotas que organizó la república: la ilustración, es decir la cultura, es necesaria para todo hombre y para el "sistema del día", en otros términos para la concepción de vida democrática. Convencidos estaban pues, de que el régimen republicano, que descansa en el ejercicio por parte del pueblo de la soberanía popular y en la libertad, daría óptimos frutos, si los ciudadanos cuidaban su formación espiritual, si aprendían a leer, a escribir, a contar. Esa actitud respecto del significado de la escuela en el desenvolvimiento de la vida costarricense no sólo nos es dable encontrarla en el decreto o ley aludido sino también en muchos otros documentos, que vienen a ratificar la idea expresada. La República Patriarcal ganó, desde el comienzo de la vida independiente, una batalla, y señaló un excelente punto de partida: la enseñanza como un servicio que deben dar los gobiernos y una obligación de los padres de familia. En el mismo decreto leemos: "Que para la consecución de este objeto (educar al ciudadano) es de necesidad proporcionar del modo posible los medios por donde debe tener efecto"... Los conceptos dichos constituyeron una declaración de gran trascendencia histórica, no sólo por su contenido sino también por ser una de las primeras hechas respecto de la actitud que debe asumir el gobierno y el Estado en lo que hace a la educación. El siglo XIX fue el siglo de la educación para los costarricenses, pues todos los gobiernos se preocuparon por difundir la cultura, crear escuelas de primeras letras en todos los rincones del país, elaborar leyes y reglamentos con el propósito de ordenar un sistema educativo nacional. Naturalmente, que en ese aspecto como en otros realizaron una campaña intensa a fin de interesar a los padres de familia en negocio de tal naturaleza. Estos en un principio manifestaron renuencia a colaborar en la empresa de educación popular y de mejorar el nivel cultural de sus hijos. La ley que venimos comentando se refería a un extremo del problema de suyo grave. Decía: "Todo sería inútil y superfluo, si no se ataca con remedios activos la fría indiferencia de los padres de familia y la morosidad de las autoridades que deben entender en el negocio importante de la ilustración y enseñanza de la juventud". De lo dicho se desprende que allá por el año de 1828, cuando el Estado Libre tenía apenas tres años de funcionamiento, el gobierno de don Juan Mora Fernández lamentaba la indiferencia con que los padres de familia veían la necesidad de educar a sus hijos. Esa ley —que en cierta manera constituyó una denuncia— sirvió para que las autoridades tomaran medidas fuertes a fin de hacer comprender a los ciudadanos la importancia de educar a la juventud. El artículo rezaba del siguiente modo:

Artículo 1º—"Los cuerpos municipales de todos los pueblos del Estado, compelerán a los padres de familia que

fueren omisos en proporcionar a sus hijos instrucción en la Doctrina Cristiana, en leer, escribir y contar, desde la edad de 8 hasta la de 14 años, con multa de tres pesos al año quienes fueren pudientes, y la de doce reales al año a los menos pudientes”...

Dos hechos se destacan a primera vista del citado artículo: primero, la clara idea que tenían los gobernantes de poner en juego hasta medios punitivos con tal de lograr que los padres se preocupasen por la educación de sus hijos, y, segundo, el señalamiento del período que abarcaría la enseñanza primaria, que se fijaba, precisamente, de los ocho a los catorce años. He aquí el primer dato que sobre asunto de tal jaez estipulan los documentos relativos a la historia de la educación durante la época republicana.

#### *Indiferencia de los padres de familia.*

La medida tomada quizá parezca a quienes viven en esta mitad familia pusieron oídos de mercader a propósitos de gobierno tan importantes y decisivos para el desenvolvimiento de la cultura y del espíritu público, de las instituciones y en general de la vida democrática de Costa Rica. Entre 1828 y 1835, quizá por falta de autoridad del Poder Ejecutivo, por el excesivo patriarcalismo de los gobiernos, se desarrolló en nuestra patria una ola de holgazanería y de un no querer cumplir con las leyes y las normas acordadas por los poderes del Estado. Ello obligó a la Asamblea Legislativa a tomar medidas rigurosas, especialmente en lo que atañe a la obligación de los padres de familia de atender en forma adecuada la educación de sus hijos. Los legisladores de la época tenían que por falta de medidas previsoras se estimulase la ociosidad en vez de formar “hombres útiles que con su industria y actividad cooperen a la prosperidad general”... Tal era el clamor y la actitud crítica que se desprende de un Decreto Ejecutivo expedido el 14 de mayo de 1833. Se referían en el mismo documento a la miseria y abandono en que algunas personas tenían a sus hijos. Con el propósito de mejorar la vida social y propulsar la educación de la juventud acordaron medidas muy fuertes, pero necesarias, como las siguientes: las autoridades velarán porque lo niños de ambos sexos, a más de la educación que previene la ley de 4 de mayo de 1832, se les forme en el aprendizaje de “algún oficio, industria u ocupación útil”. Se desprende de lo dicho el interés manifestado por los legisladores de educar a los niños en buenos hábitos de trabajo, en el aprendizaje de oficios útiles. Esa preocupación por mejorar la cultura y las posibilidades de trabajo mantenida por las personas que gobernaban a Costa Rica en 1832, es una clara demostración de los generosos sentimientos e ideales que les impulsaban en sus actos de gobierno. En el mismo decreto se dice que “cuando los niños carezcan de padres, o que teniéndolos se encuentre abandonada su educación por indolencia, miseria o mala conducta, serán recogidos y entregados a labradores, artistas o personas honradas capaces de subvenir a sus necesidades físicas, y proporcionarles buena educación y costumbres”.

La medida tomada quizá parezca a quienes viven en esta mitad del siglo XX un poco arbitraria, “dictatorial”, pero dadas las circunstancias reinantes, la concepción patriarcal del gobierno, la ausencia de

instituciones y de experiencia administrativa, constituía la única manera de acostumbrar a los padres de familia y a los ciudadanos en general a la idea de proporcionarles educación a los niños y a los jóvenes. En realidad, la pasión que hoy manifiestan los costarricenses por educar a sus hijos, facilitarles el mejoramiento de su destino; el cariño y la fe en la cultura, tuvo su origen en la actitud de aquellos gobernantes que pocos años después de haber obtenido Costa Rica su independencia, realizaron una verdadera cruzada en la conciencia de los labradores que poblaban la Meseta Central en pro de la educación. El asunto que nos ocupa adquiere relieves brillantes al leer otro aspecto del decreto citado: "Es un deber de todo ciudadano llevar estas cargas cuando la autoridad les requiera para ello; y sólo podrán excusarse teniendo ya dos tutelas, cinco hijos legítimos en su poder, o por edad muy avanzada. Se concede a estos tutores la patria potestad en sus huérfanos, hasta que cumplan 25 años, en cuya edad quedarán emancipados, y recibirán los bienes que por herencia o cualquiera otro título les haya correspondido; pero los aumentos que durante la tutela hubiesen tenido, corresponden a los tutores en compensación de su trabajo y servicios. La justicia hará que sean cumplidas puntualmente estas obligaciones; y así como pueden distribuir los niños, debe también quitarlos al que los tenga, cuando descuide de ellos, les enseñe vicios, o trate con crueldad".

Es curioso el decreto referido porque nos revela un cuadro nacional con matices sociales y psicológicos muy interesantes. El gobierno, sin tener en mente los fundamentos y principios constitucionales—uno de los cuales es el respeto a las libertades—, señala a los ciudadanos obligaciones muy fuertes como la de encargarles la educación de los niños cuyos padres por indolencia, miseria o mala conducta no lo hacen. Y la actitud sube de punto al concederle la patria potestad de los huérfanos cuya educación se les ha encomendado.

#### *Las municipalidades administraban la escuela.*

Como lo expresamos en su oportunidad, el gobierno central, valga decir, el Poder Ejecutivo, no estaba en condiciones de dirigir la enseñanza. Tal función pública le correspondió hacerla a las municipalidades. En efecto, estos cuerpos gubernativos debían nombrar y examinar a los maestros de las escuelas. El respectivo acuerdo informaba que el nombramiento debían hacerlo en los más idóneos, "que reúnan las circunstancias de prudencia, genio, instrucción y buena conducta".

En lo relacionado con los exámenes cada semestre debían hacerlos las propias municipalidades a todos los educandos en las escuelas públicas, "con presencia de los padres curas, para averiguar el estado de aprovechamiento en que se hallan". También se les encargó a las municipalidades la elaboración de un Reglamento para el orden, arreglo y gobierno de los maestros, debiendo presentarlo, para su aprobación, al Jefe Político Superior. Otro acuerdo, de suyo importante es el que mandaba a los cuerpos municipales a nombrar comisiones de su seno, o fuera de él, para que formasen un padrón de los niños en edad escolar de sus respectivos pueblos.

Las anteriores disposiciones forman parte de la ley de educación que el 14 de mayo se expidió, y que se mantuvo en vigencia hasta que Braulio Carrillo introdujo una serie de cambios de carácter administrativo.

## SOCIOLOGIA Y ECONOMIA (\*)

Dr. GUSTAVO SANTORO

Director de la Cátedra de Sociología (Estudios  
Generales). — Facultad de Ciencias y Letras  
Universidad de Costa Rica

La definición de *Economía* que dominó, hasta hace pocos años, en el desarrollo histórico de esta ciencia, (tan cercana a la Sociología desde muchísimos puntos de vista) fue la siguiente: *la Economía es la ciencia de la riqueza*.

Podemos considerar a Juan Bautista Say —divulgador francés de la Escuela Clásica inglesa— como el autor de esta definición, que fue adoptada en España por mérito del economista Alvaro Flores Estrada. Antes de Say (a quien debemos la “ley” homónima, con la cual se afirma que *la oferta de un producto en el mercado económico crea su propia demanda*), los economistas ingleses —empezando por A. Smith, los Mill, Jaime y J. Stuart— habían afirmado que el estudio económico se aplica a “todas las actividades relacionadas con la adquisición del bienestar material”. En este mismo camino los habían seguido —50 años después— los economistas alemanes F. Dietzel y E. Sa, y la tradición siguió hasta tiempos muy recientes con E. Cannan, profesor de la Universidad de Londres hasta hace quince años.

Las relaciones entre este concepto de Economía y las doctrinas sociológicas históricamente correspondientes fueron frecuentes y profundas (a veces demasiado) y llegaron hasta la edificación de construcciones teóricas socioeconómicas, que los hechos y la crítica científica contemporánea han relegado al campo de las “curiosidades anecdóticas” de las respectivas disciplinas. La máxima exaltación de esta orientación economística llegó mucho más allá de lo que pensaron los maestros que hemos citado. Los conceptos liberales que justificaban las doctrinas y que las habían incitado fueron ignorados y, a veces, perturbados por otros intereses filosófico-políticos. De este modo la visión realística de los datos fue sustituida por un furor polémico contra las primitivas tendencias de la industrialización moderna, la cual a veces se expresó con crudeza, en la primera etapa de los pioneros. Al espíritu empírico de la Escuela inglesa sucedió el carácter abstracto y normativo de la filosofía alemana coetánea. De todo ello surgió la doctrina del *materialismo histórico*, que transformó la Ciencia Económica, la Sociología y la misma Filosofía Política, en un conjunto ideológico y mítico.

(\*) Conferencias V y VI dictadas por el Dr. Santoro en la Facultad de Ciencias y Letras, en el año 1957.

Puede ser interesante destacar cómo el fundador de esta *ideología*, C. Marx, contrariamente a los economistas que le habían precedido, era completamente extraño a toda forma de *experiencia* económica, atormentado continuamente por los problemas pecuniarios personales, refugiado político en el Londres del 1849, ciudad donde se vivía uno de los fenómenos históricos más sugestivos y grandiosos de la historia de la humanidad: los comienzos de la organización productiva industrial. A este hijo de la monótona provincia alemana de entonces (donde, además, la condición de su familia, judía convertida, no era de las más felices) le hizo una impresión desconsoladora la vida febril, llena de riesgos y de espíritu de aventura, del inmenso Londres: el espectáculo de una potencia económica en su pleno desarrollo, con los errores, los fracasos, los éxitos, las tragedias, las victorias inevitables; este nuevo tipo de "conquistador" moderno, el hombre de negocios, consagrado al mito de la iniciativa y de lo imprevisto, inflexible consigo mismo y con los demás, pionero de una nueva forma de civilización y, como todos los pioneros de todos los tiempos, rígido y a veces despiadado.

El sentido económico inmediato y transitorio de la revolución industrial, le pasó desapercibido a este discípulo de la Escuela Idealístico-política, derivada de Hegel. Creyó asistir al acto final de un proceso secular de decadencia, equivocación frecuente en el romanticismo del momento, desde Voltaire, Rousseau y el mismo Schelling, cuando por el contrario, tenía ante sí la forma más nueva, y por el momento brutal, de adelanto económico y social. Marx no se dio cuenta, construyendo su teoría filosófico-política, de que el fenómeno que observaba estaba animado por un dinamismo tan grande que resultaba inevitablemente atrasada cualquier tentativa de fijarlo en sistema. El industrialismo, demostrando una identidad de cultura, lanzaba un puente entre Europa y América, más sólido que todos los tratados y los pactos; prometía a las muchedumbres, con hechos, un nivel de vida que las mismas teorías sociales ni habían sido capaces de imaginar; las llamaba a una libertad efectiva y no sólo teórica, sugestionaba a los jóvenes con los atractivos de la empresa y de la aventura. *Antes de ser fenómeno económico, el industrialismo fue una revolución cultural y espiritual*, ocasionada por unas aplicaciones técnicas de los grandes descubrimientos científicos de los cuatro siglos anteriores. Por esto, el materialismo histórico, con su concepción determinística de los hechos sociales como super-estructuras de fenómenos económicos, no podía tener éxito precisamente en los mismos pueblos (Inglaterra y Estados Unidos) donde se vivía y se producían estos eventos, y, por el contrario, se transformó en mito donde no existían ni las más lejanas apariencias de unos adelantos sociales o políticos correspondientes. Mientras en el pensamiento de su autor, la teoría habría tenido que ser la *explicación* de un conjunto de fenómenos, de hecho se transformó en una ideología de tipo casi religioso para empujar a la *industrialización forzada* unos pueblos atrasados desde todos los puntos de vista. Y mientras el dinamismo espontáneo de los hechos en pocos años limitaba y borraba los errores y los excesos, y el industrialismo cumplía sus promesas de civilización en los pueblos de Europa y

de América, donde se habían desarrollado libremente, en los otros, donde la ideología había confundido los términos y exasperado las concepciones, el industrialismo se transformaba en un sistema espantoso, mucho más desconsolador, despiadado y persistente que la situación que había inspirado la teoría misma.

Mientras la economía marxista, transformando la ciencia en mito, se identificaba con la política, la crítica científica progresaba, sometiendo a revisión la definición citada al comienzo de estas hojas, de que la Economía es "la ciencia del bienestar material".

Este concepto de la "materialidad" de los bienes (riquezas) produce una gran incertidumbre: todos los días vemos actos que, *siendo económicos* sin duda alguna, *no persiguen bienes materiales*. Entonces, estos actos pueden o no ser interpretados por medio de las hipótesis económicas?

La entrega de dinero que el creyente efectúa para ganar indulgencias, es indudablemente un hecho económico, pero no puede ser interpretado como intención de alcanzar riqueza. La política económica en la guerra —por ejemplo— está en contradicción con los términos mismos de la Economía como "ciencia del bienestar material", y sin embargo consiste en hechos económicos.

En los primeros años de este siglo, los economistas W. S. Jevons, A. Marshall, L. Walras, W. Pareto (este último muy importante en la historia de la Sociología), desde distintos puntos de vista, propusieron la definición de la Economía como: "ciencia de los precios y de los cambios". En fin, la *Escuela Institucionalista* americana y L. Robbins definieron la Economía como: *el estudio de la conducta* (comportamiento) *humana, en sus relaciones entre los fines y los medios escasos, los cuales tienen uso alternativo*.

Recordando lo que hemos dicho en las lecciones precedentes, es evidente el interés de la Sociología por una ciencia, como la Economía, que se aplica al estudio "del comportamiento humano". Y es importante notar cómo la Sociología, ciencia moderna por excelencia, encuentra motivos de interés en los últimos adelantos de las disciplinas hermanas.

La Sociología científica considera también el fenómeno económico como un verdadero hecho social, que no puede ser atribuido al "individuo" aislado de aquel "cake of custom" (queque cultural) del cual hemos hablado. En otros términos, también el hecho económico opera respecto a un conjunto de "situaciones de forma-comportamiento", esto es, opera en un *grupo* sociológico, dándose y expresándose del mismo modo que los otros fenómenos de *cambio y comunicación*.

Esta concepción no es fruto de una teoría propuesta por un pensador solitario, por grande y genial que sea. Por el contrario, proviene de investigaciones y observaciones sobre miles de casos y situaciones reales y concretas, y— como siempre en la ciencia— no es nada más, por el momento, que una *hipótesis de trabajo*. Pero podemos afirmar legítimamente que ya se ha demostrado su gran utilidad, porque, gracias a ella, fueron posibles, en las grandes organizaciones internacionales de



las Naciones Unidas y libres, soluciones brillantes de problemas económicos, que venían planteándose desde hacía siglos.

No se llegó a proponer de repente esta hipótesis: W. Mac Dougall y L. L. Bernard habían observado que los así llamados "instintos" (de conservación, de lucha, de poder, etc.), base de la vida económica, no son, en último análisis, sino *suposiciones*, y que, más legítimamente, la observación de los hechos muestra que estas fuerzas y tendencias se originan de la vida en común, esto es, de los grupos, y no de los individuos, los cuales, cada uno por sí aisladamente, no tendrían vida económica, por el sencillo hecho de que no tendrían vida alguna.

Sobre estas observaciones trabajaron R. Thurnward y R. H. Lowie, observando que *en las poblaciones "primitivas" el interés personal no existe*. R. Munier, por su lado, demostró que los hechos económicos, *en los grupos concretos* obedecen exactamente a los mismos rituales de grupos que todos los demás.

La vida económica se desarrolla dentro de límites *suficientemente determinados* (por esto la Economía, como la Sociología y las otras ciencias, pueden usar largamente el método estadístico y matemático), desde los cuales se deslinda la estructura de la *integración social*. La integración entonces se plantea también entre hechos económicos, *como hecho cultural*, que marca la evolución de la organización de grupo en los siglos de la historia humana, y más allá, en los millones de siglos de la evolución vital y pre-histórica. Las formas principales de tal desarrollo son las siguientes:

- 1) Las formas de propiedad;
- 2) Los tipos de cambios y comunicaciones y los "rituales" relativos;
- 3) Las formas de *producción* y de *productividad*;
- 4) La división del trabajo;
- 5) Los sistemas monetarios, los créditos y los relativos rituales;
- 6) La institucionalización de "estatus";
- 7) La institucionalización de la experiencia colectiva (*monumentos*, artísticos, literarios, filosóficos, jurídicos, científicos, etc.);
- 8) La *distribución* y la *repartición* de la *autoridad* o del *poder*.

Por los conocimientos que ustedes ya tienen de Sociología, y por los continuos esclarecimientos que hemos intentado proporcionarles en las clases prácticas, esperamos quede ya como evidente que no hay uno solo de estos puntos que no sea de naturaleza específicamente *cultural*, en el sentido de que la Sociología atribuye a esta palabra. Y, sin embargo, nadie encontrará dificultad en reconocer, entre los puntos precedentes, muchos contenidos *económicos*.

Sobre la base de que el hecho económico es un hecho cultural, no tenemos ninguna dificultad para admitir que el hombre, como individuo de un grupo, no puede vivir fuera de situaciones específicas y determinadas por los hechos económicos. P. Fauconnet y M. Mauss han dicho muy bien que "muchas veces la misma ley, o la costumbre, que

es imperativa tanto como la ley, obligan al hombre a cumplir el determinismo de los hechos económicos". Con respecto a los últimos adelantos sociológicos, preferimos unificar en la categoría de "cultura" los conceptos de "ley" (social), y de "costumbre" que los dos autores han separado. De este modo, hemos llegado, a través de las relaciones entre Economía y Sociología, a considerar desde otro punto de vista la hipótesis de Emilio Durkheim, de que los grupos y las organizaciones de grupos ejercen una acción *constrictiva* sobre sus miembros. Y hemos aclarado, también, que esta constrictión es de carácter cultural, variando sus formas y expresiones según el nivel cultural de los grupos y el tipo de cultura presente en un pueblo. Una constrictión en el plano de la *coerción física* representará, entonces, el síntoma de una cultura en fase de desarrollo probablemente *precedente* (no en sentido necesariamente cronológico) de otras que interpretan la constrictión como *aceptación consciente* de las normas de grupo.

Las relaciones entre Economía y Sociología ya no pueden ser discutidas solamente en un plan abstracto: se fundan en los hechos la colaboración y el sentido de que ambas son complementarias.

El sistema industrial americano advirtió la necesidad de emplear al sociólogo, al menos desde la aplicación de la doctrina de la *organización científica del trabajo industrial* de F. W. Taylor. Buscando el máximo rendimiento posible de la jornada de trabajo del obrero, este ingeniero estudió las dispersiones de la producción con relación al hombre, proponiendo un sistema científico de *organización* de los *tiempos* y de los *movimientos*. El sistema proporcionó un gran aumento en un primer momento de la producción y es todavía la base de todos los sistemas análogos, indispensable hoy en cualquier industria económicamente sana, al punto que la "oficina de estudio de tiempos y métodos" (oficina T. M.) es la primera que se instala en las nuevas actividades industriales.

Pero muy pronto se vió que este tipo de organización científica del trabajo llegaba a producir, junto con aumentos en la *cantidad* del producto, graves inconvenientes administrativos, sociales e incluso políticos, al punto de que la doctrina de Taylor quedó sujeta en los mismos Estados Unidos, a una crítica y revisión profundas y sin prejuicios. En el mismo tiempo, las grandes investigaciones de Sociología Industrial realizadas por E. Mayo y otros, la expansión grandiosa de la industrialización norteamericana, con la necesidad de resolver los problemas humanos conjuntos al trabajo industrial, y el incremento productivo provocado por el segundo conflicto mundial, planteaban cada día más en el centro de la vida industrial el problema sociológico. La transformación de las industrias de paz en industrias de guerra planteaba —entre otros— el fundamental problema del *adiestramiento rápido y de la adaptación psico-sociológica* de muchedumbres ilimitadas de campesinos. Se estudiaron métodos ad hoc (entre ellos, el famoso T. W. I. americano), fundados en un análisis rigurosamente científico de los factores psicológicos y sociológicos, llegando a reducir el período de aprendizaje, que a veces era de meses y de años, a pocas semanas. Fue y es una contribución providencial de la Sociología y la Psicología a la Economía. Después de la guerra, estos métodos se difundieron en la Europa industrial bajo

el patrocinio de las organizaciones internacionales de las Naciones Unidas, y contribuyeron —entre otros hechos— a la reconstrucción de la economía de muchas naciones. El mercado común europeo —acontecimiento histórico de los más significativos de los últimos años— ha sido sobre todo un trabajo en colaboración de economistas y de sociólogos, dentro del espíritu del liberalismo occidental.

Examinemos ahora un problema particular de las relaciones entre Economía y Sociología: el problema del *mercado*.

La Economía contemporánea considera muchísimas formas y tipos de mercados, distinguiendo el punto de vista de la *oferta*, donde es posible establecer por lo menos 5 grandes categorías (que no interesan en nuestra exposición), del punto de vista de la *demanda* (que considera un número no menor de posibilidades). Efectivamente, el concepto de mercado es muy complicado, pero intentaremos exponerlo en términos extremadamente sencillos y elementales.

Imaginemos dos individuos, los cuales, en relación con un determinado *bien*, susceptible de ser *cambiado* contra moneda o contra otro bien, puedan ser considerados uno como *comprador* y el otro como *vendedor* de este bien. El conjunto que resulta entre “vendedor” y “comprador”, *entre la función* de aquel determinado bien (o conjunto de bienes) y la función del *medio de cambio* (moneda, u otro medio convencional), todo en las circunstancias específicas de *espacio* (sitio), y de *tiempo* (época, temporada, ciclo, etc.), *constituye el mercado*. Es evidente, pues, que el mercado es *relativo* respectivamente a cada una de las situaciones que lo componen. Y nadie podrá negar que una de las “situaciones” más importantes (quizá la sola situación determinante), o sea exactamente la que existe entre “vendedor” y “comprador”. Esto es, entre el *elemento humano*.

Veamos todo esto desde otro punto de vista: consideremos, no uno solo, sino un cierto número de vendedores, operando en un mercado. La experiencia cotidiana nos muestra que cada uno de los vendedores intenta diferenciar *su* producto respecto a los productos de los demás, mediante todos los medios de que pueda disponer: por ejemplo, abriendo su tienda en un sitio que considera preferido por los compradores, distinguiendo su producto con una marca de fábrica sugestiva y estéticamente agradable, pidiendo la protección de la ley sobre esta marca, cuidando el dar al producto una forma moderna y “a la moda”, contratando empleadas amables y de aspecto “interesante”, etc.

Con todos estos medios, el vendedor intenta, *corresponder al gusto de los compradores*. Si tiene éxito, si llega a canalizar las *preferencias* hacia su producto, la consecuencia económica es inmediata: el vendedor *puede relativamente imponer en el mercado el precio que quiera*. Todas las actividades económicas, en las sociedades libres, se fundan en esta necesidad; desde las más grandes empresas, con centenares de millares de empleados, hasta el vendedor de billetes de la lotería, la competencia no es sino una lucha para “interpretar” el “gusto” del público y ganar su “elección”.

Pero ciertamente que ustedes ya se han percatado de que en la Cátedra empleamos palabras familiares: interés, gusto, intérprete, pre-

ferencia, elección, que son términos sociológicos. Los conceptos que expresan, tienen una importancia tan grande en Economía, que no pueden ser útilmente investigados sin la colaboración del economista y el sociólogo.

En lo que se refiere al concepto de *mercado* podemos añadir algo más: si el vendedor, operando en el mercado, trata de interpretar el gusto del público y ganar su preferencia, evidentemente, no puede realizar esto sino con los medios típicos mediante los cuales se establecen las comunicaciones y los cambios en los grupos humanos; esto, es, *integrándose en la cultura del grupo*, participando en los cambios, intentando *sugestionar* el grupo. Los medios serán los mismos que ya hemos visto: símbolos, alegorías, etc., los cuales tienen, por supuesto, la misión de orientar sugestivamente el comportamiento de los grupos. Y en realidad, la actividad humana donde más se producen símbolos y alegorías, incluso mitos, y donde más vivos son los juegos de las *variantes*, es, sin embargo, la *publicidad*. La *publicidad* procede de dos modos:

- 1) Aumentando y mejorando los conocimientos del público sobre el producto;
- 2) Modificando los "gustos" del público.

En los dos casos, es evidente que la publicidad actúa lanzando *variantes* en la estructura socio-cultural de los grupos en los cuales opera. Esto es, en el sentido sociológico de la palabra, la publicidad realiza una *solicitud cultural*, modificando también, por lo menos en un punto (económico), el comportamiento colectivo. Sabiendo que el comportamiento individual y de grupo no puede ser dividido en zonas y momentos extraños los unos a los otros, porque constituye una *estructura* integrada y de cambios continuos, podemos afirmar legítimamente que *la acción económica de conquista en un mercado, siendo un hecho de sugestión, representa un fenómeno específicamente sociológico*.

Esta consideración tiene una importancia cada día más grande en los estudios económicos: los análisis del mercado, indispensable para realizar los planes de producción y de consumo, desde la empresa más modesta hasta los planes económicos de los mismos Estados, necesitan la colaboración y la contribución del sociólogo. De día en día disminuye la cantidad y la cualidad de las ecuaciones económicas que puedan ser planteadas, y resueltas, sin el análisis de numerosas variantes sociológicas, cuya responsabilidad pertenece, inevitablemente, a la disciplina que venimos desarrollando en esta cátedra.

J. M. Keynes, en su obra "Teoría general del empleo y de la moneda", hablando de las fuerzas que empujan al *consumo*, dice: "la cantidad de dinero que una comunidad gasta en el consumo depende de los factores siguientes:

1. en parte, del importe total de su *renta* (rédito),
2. en parte, de las "circunstancias ambientales", objetivas, que concurren en el fenómeno,
3. en parte, de las *necesidades* subjetivas de los individuos que componen la comunidad, y de *los hábitos* de ellos.

Además, los *principios* que gobiernan la distribución de la renta en una comunidad influyen sobre el consumo, y la distribución, a su vez,

está condicionada por el aumento de la producción. Los motivos de gasto reaccionan los unos sobre los otros y las tentativas de clasificación presentan el peligro de ser falseados”.

Si traducimos todo esto en lenguaje sociológico, nos damos cuenta inmediatamente de que “las circunstancias ambientales objetivas” no son otra cosa sino fenómenos de “cambio”, “interacción”, “integración”, etc., que ya conocemos desde las primeras lecciones; que “los hábitos” no son otra cosa sino “estructuras de forma-comportamiento” organizadas en *alegorías y mitos*, y que las “necesidades” *son relativas a la cultura del grupo que se considera*.

Vale la pena considerar particularmente este concepto de “necesidad”. Un autor, economista muy distinguido y contemporáneo, examinó cuidadosamente 71 tratados de Economía, escogiéndolos entre los más valiosos, y solamente en 6 de ellos encontró unas definiciones, muy modestas, de “necesidad”.

La cosa es todavía peor si pedimos a los diccionarios, más sencillamente, satisfacer nuestra curiosidad. Si buscamos el significado de necesidad encontramos: condición de necesario; penuria. Vamos a buscar el significado “penuria” y encontramos: carencia de las cosas más precisas. Seguimos buscando a la voz “carencia” y nos dicen: falta o privación de alguna cosa. Si no estamos cansados y queremos seguir buscando qué son “falta” y “privación”, encontramos la respuesta sorprendente: carencia, *necesidad*. Con lo que, después de algunos minutos de aventura lingüística, hemos llegado exactamente al punto de salida. Puede ser que existan diccionarios menos burlones, pero el caso no es raro y es sacado de la realidad.

A pesar de todo esto, de la tautología (repetición), con la cual se forma esta cadena de sinónimos inútiles, parece evidente que el carácter más incongruente de las definiciones lingüísticas de “necesidad” es un carácter *negativo*. Es decir, se considera siempre la necesidad como “falta” de algo, como forma negativa de algo.

Para entender sociológica y económicamente el término y el concepto de necesidad, hay que invertir el punto de vista y *considerar la necesidad como un hecho cabalmente positivo*. Podemos añadir que algunas veces hay, en las necesidades humanas, un sentido trágico, brutal y despiadado en sus manifestaciones y en sus consecuencias, y a veces, por el contrario, un sentido agradable, dichoso, tranquilo; pero siempre, en todos los casos, *positivo*.

Hemos aprendido que todos los estímulos se configuran en el individuo y en los grupos como “interpretaciones culturales” (estereotipos y símbolos) y que éstos actúan dentro de un complejo cultural, (cake of custom), que a su vez expresa las reacciones del *comportamiento* individual y colectivo. Las necesidades, representadas por estereotipos o símbolos, a veces hasta por estructuras míticas, empujan, entonces, con fuerza, el comportamiento. Ellas corresponden, prácticamente, *en el nivel económico*, a las *cargas propulsoras* del comportamiento individual y de grupo. De aquí su sentido *positivo*.

El consumo, económica y sociológicamente, tiene una relación muy estrecha con las necesidades. A pesar de que la Economía más moderna pone unas reservas sobre la "correlación funcional" entre uno y las otras, tales relaciones quedan demostradas. En este modo, las necesidades, hecho cultural y sociológico, condicionan el consumo, hecho económico por excelencia. Esto es otro aspecto de los enlaces continuos entre las dos Ciencias, que no implica algún concepto de subordinación o de precedencia: *sobre estos asuntos, las tentativas de interpretación exclusivamente sociológicas, son tan ingenuas e inútiles como las tentativas análogas exclusivamente económicas.*

Otro ejemplo de la naturaleza cultural y sociológica de muchas categorías de la descripción económica, puede sacarse examinando la hipótesis económica de la *propensión al consumo*.

Imaginemos un sistema económico que encierre, por hipótesis, solamente dos unidades de consumo, A y B.

Convengamos en elegir una moneda imaginaria que llamaremos "granos"; atribuyéndole todas las características de las monedas reales. Consideremos que, en una época determinada, la renta total del sistema (el grupo A más el grupo B), sea de 106.000 "granos", con una distribución de 100.000 "granos" para el grupo A. y de sólo 6.000 para el grupo B.

La propensión al consumo de este sistema, con la distribución de renta que hemos descrito, podría ser la siguiente:

El grupo A, que antes gastaba 50.000, puede ser que disminuya consumo ahorrando la otra mitad; esto es, gasta 50.000 y ahorra 50.000.

El grupo B sólo hace, supongamos, un ahorro de 200 "granos", gastando 5.800. Entonces tenemos:

1. Renta total del sistema, 106.000 "granos",
2. Gasto total del sistema de consumo, 55.800 "granos".

La propensión al consumo se expresa en la relación: 558/1060. Es una propensión relativamente baja: el índice es de más o menos 0.5.

Pero ahora imaginemos que en este sistema económico se determine una perturbación social muy honda: revolución, guerra, etc., y que, por consecuencia, la renta total venga a ser distribuida igualmente entre los dos grupos A y B, de modo que cada uno disponga de 53.000 "granos".

El grupo A, que antes gastaba 50.000, puede ser que disminuya su consumo, pero en todo caso gastará no menos de 40.000 "granos", *porque las obligaciones sociales, los hábitos, los gustos, la costumbre, lo impiden.*

El grupo B, enriquecido inesperadamente, aumentará enormemente su consumo, *porque tiene necesidades reprimidas e insatisfechas*, y podrá ahorrar, supongamos, 5.000 "granos".

Después de la perturbación social tenemos, entonces.

1. Renta total del sistema, invariada, 106.000 "granos".
2. Gasto total del sistema en consumo, 95.000 "granos".

La propensión al consumo se obtiene de la relación: 95/106, con un índice de 0,9 más o menos, mucho más alto, y extremadamente significativo en la economía del sistema.

La legitimidad de este ejemplo está confirmada por muchas encuestas e investigaciones. Estas demuestran que los fenómenos descritos tienen una influencia inmediata sobre el otro gran hecho económico y sociológico al mismo tiempo: *la producción*. En lo referente a la propensión al consumo, a nadie puede pasar inadvertido que las categorías explicativas (obligaciones sociales, gustos, costumbres, hábitos, necesidades, etc.), *son de naturaleza cultural y sociológica*.

La *producción* se caracteriza sociológicamente por el hecho de que *el protagonista de ella es el hombre*, desde dos puntos de vista:

1. Como "autor" de la producción, sea de cualquier tipo, sin tomar en cuenta los medios de los cuales se sirve;
2. Como destinatario, consumidor y árbitro de los productos.

Nos limitaremos a considerar, en esta lección, las situaciones que se refieren al primer punto, examinando rápidamente unas experiencias sobre el *comportamiento en el trabajo*.

Es más fácil entender los motivos del comportamiento en el trabajo de cualquier género, si se tiene, por ejemplo, la situación particular en que los grupos se hallan en la industrialización moderna. Es suficiente que nos limitemos a examinar la diferencia con el esquema de trabajo de los artesanos, omitiendo los problemas complejos que se plantean cuando la industria se injerta en una estructura social-cultural de tipo agrícola.

Desde el punto de vista de la actividad humana de labor, tomando como ejemplo una empresa artesana al principio de su fase de pasaje a la producción industrial, encontramos algunos puntos característicos: 1) Cuando un semilabrado pasa a una fase sucesiva de elaboración, el pasaje trae generalmente consigo una mudanza de capacidad, dotes y cualidades específicas entre un grupo de trabajo y otro. Es decir cada grupo queda largamente en contacto con el semilabrado, y dado que las fases sucesivas de elaboración son generalmente escasas y muy complejas, cada grupo de trabajo tiene la posibilidad de encontrar en el producto ultimado trazas evidentes de su trabajo. Cada miembro de cada grupo de trabajo obra delante de los otros, con una disponibilidad de tiempo casi ilimitada y regida de una manera autónoma por las reglas y por la práctica de su propio "arte". En otros términos, el semilabrado es algo cumplido en sí mismo, y del cual el producto final no difiere excesivamente. Esto crea un vínculo de *propiedad* intelectual y moral entre el grupo y el semilabrado, y una relación efectiva con los instrumentos de la producción que algunas veces, aunque empleados y guardados en la fábrica, pertenecen al trabajador; 2) Los varios grupos que colaboran en las varias fases de elaboración, son grupos de especialistas (maestros), servidos por trabajadores que aprenden los elementos de arte con lento método de imitación.

En efecto, la extensión de las fases de elaboración a un procedimiento múltiple y veloz, con el abatimiento o, cuando menos, con la reducción de los obstáculos intermedios, la nivelación de las responsabilidades en la multiplicación de los títulos, la simplificación de los movimientos y la determinación exacta de los tiempos de elaboración, trans-

forman radicalmente las relaciones examinadas en el trabajo artesano. De un lado el trabajo *a destajo* hace el operador extraño al producto final que él no siente como cosa suya y en el cual no llega a ver traza evidente de su trabajo; del otro, la capacidad fantástica no sólo se pone inútil en el trabajo sino peligrosa también, y por esto tiene que ser reprimida durante las horas laborales, dejando a disposición del hombre, fuera de su trabajo, cargas de energía imaginativa antes insospechadas. Nacen así los varios *hobbies*, y puede que la misma participación en la vida política nazca originariamente como actividad típica de compensación.

Con respecto a este problema se han propuesto varios expedientes, entre los cuales el de dar una estructura a las operaciones de labor tal que pueda crear intervalos y sistemas en los cuales se realice un descargo de tales cargas fantásticas. Sin embargo, todo esto no parece muy conveniente y la tendencia más reciente es la que trata de suscitar en el trabajador una vida cultural y artística fuera del trabajo, con la ayuda y el apoyo de la comunidad de empresa.

Contemporáneamente al desarrollo de la automatización de la producción, asistimos a un pasaje gradual del trabajo *ejecutivo* al trabajo de *control*.

Por otra parte este control toma caracteres distintos en los varios tipos de industria. En la industria química, en que muchas veces los tiempos de producción son regidos por ciclos independientes de una eventual intervención humana, el control automático y mecanizado abunda como "instrumentalismo" al servicio del operador. En otros tipos de industria, el control humano es el que tiende a desarrollarse más y más. En este último caso es evidente que el trabajo ejecutivo tiende a ponerse en neto contraste con estos órganos de control. En este sentido, podemos decir que los catalizadores del desagrado son precisamente las jerarquías de control, y esto constituye otro factor de distinción neta entre la vida industrial y la vida artesana o semi-artesana.

Estos grupos son regidos, pues, por un interés específico, común, sumamente constrictivo (será suficiente aludir a las rivalidades de oficio), muy unidos entre sí pero bastante refractarios al influjo de intervenciones exteriores. Por otro lado, el tipo de producción que hemos admitido por hipótesis no es turbado de ningún modo por estas situaciones estructurales. Al contrario, llega a veces a sacar ventajas de ellas, como en el caso de producciones de tipo decorativo;

3. En cada grupo de trabajo (que podríamos llamar también, exagerando, pequeños grupos), hay una individuación exacta de las respectivas responsabilidades. Existe una casuística normativa sumamente compleja y detallada que rige el comportamiento de cada individuo con escasísimas posibilidades de equivocaciones y de malas interpretaciones. Cada miembro del grupo conoce con exactitud las tareas de todos los otros y está bien seguro de que cada uno de sus compañeros conoce el suyo. El sistema de responsabilidad, puntualizado de este modo, permite la plena valoración de cada uno, aun porque raramente más de un individuo ejerce la misma función, y por esto cada uno llega a ser indispensable y casi insustituible.



4. Con arreglo a lo que hemos dicho en los puntos dos y tres, cada operador, en su propio grupo, llega automáticamente a ser el operador del conjunto, y, según cuanto dicho en el punto 1, llega a ser también el artífice moral del producto ultimado. El objeto de la producción se identifica según cada uno con "su" trabajo.

5. Toda la actividad creadora, imaginativa y fantástica muchas veces es totalmente absorbida e introducida en el trabajo, sirve para los fines del trabajo y encuentra en el trabajo la satisfacción y el estímulo para tomar formas nuevas.

Ahora bien, la transformación en las elaboraciones muy industrializadas tiene necesariamente que subsistir las relaciones hasta aquí descritas con tantas otras relaciones que, por un procedimiento elemental de transformación en mito, son consideradas *malas*, subversoras, peligrosas, etc., etc.

En efecto, aquí no se trata de bueno o malo, de mejor o de peor, sino simplemente de relaciones "distintas" que son objetivas y luego transformadas en mitos, introduciendo en ellas cargas emotivas negativas que pueden ser reducidas y anuladas sólo por medio de un largo procedimiento de familiarización y educación.

Otro elemento muy importante del comportamiento en el trabajo es la relación que se determina entre el trabajador y la máquina. Pero el asunto es distinto si la máquina tiene que trabajar a *tiempos fijos* por necesidades técnicas de ideación y de empleo, o bien si la producción se desarrolla por medio de máquinas y de ayudas técnicas cuyos tiempos, aunque sean determinados por un standard, sin embargo varían.

En el primer caso, la relación hombre-máquina es típicamente "numinosa", y el hombre siente la fatalidad y la impotencia de su propia voluntad delante de este numen implacable a cuyo *servicio* él está puesto.

En el segundo caso, el trabajador tiene siempre la posibilidad de una participación colectiva en los standards y en los análisis que los rigen. Probablemente, la relación hombre-máquina, a tiempos fijos, semeja mucho a la relación jefe-dependiente, donde el jefe es el típico representante de un sistema disciplinal coercitivo.

Sin embargo, la relación hombre-máquina a tiempo standard semeja a la posición del dependiente hacia el jefe elegido y aceptado, es decir, hacia el representante de un sistema disciplinal de colaboración y democracia.

Si todo esto representa la generalidad ya muy conocida de las relaciones humanas en el trabajo industrial, sin embargo existe un campo todavía totalmente inexplorado, es decir el estudio de la influencia que la varia composición de los grupos y su distinta homogeneidad social-cultural ejercen en las relaciones de trabajo.

El conjunto de trabajo se presenta muchas veces como una verdadera comunidad humana, pero ella tiene un carácter particular que la distingue de las comunidades históricas. Mientras estas últimas son espontáneas y originales, y determinan el presentarse de estructuras colectivas desde el interior de un procedimiento natural de evolución, las

primeras son ocasionales, artificiales, y obran de una manera improvisada *además* del procedimiento natural de evolución. He dicho "además" y no "contra" porque la oposición no es de ninguna manera intrínsecamente necesaria a este introducirse de la comunidad de trabajo en la comunidad de ambiente.

Pero, para que la comunidad de trabajo no se endurezca y no se solidifique en esquemas ajenos a las tendencias sociales-culturales pre-existentes (fenómeno que, perteneciendo los elementos de trabajo a aquellas mismas estructuras, podría realizarse sólo exigiendo el conjunto en una sobreestructura coercitiva), los factores del comportamiento básicos tienen que integrarse oportunamente, reflejando en la comunidad de trabajo las razones legítimas de su dinamismo.

Es inevitable, pues, que el investigador sea conducido del examen de sus pequeños grupos de trabajo al examen de grupos étnicos más vastos, y de los cuales la organización humana saca su fisonomía y su razón de ser.

## INVESTIGACION DEL PROCESO DE URBANIZACION EN EL AREA METROPOLITANA DE SAN JOSE

Lic. CARLOS MARIA CAMPOS JIMENEZ

Director Técnico del Proyecto

### 1. Antecedentes.—

1.1 Hace unos dos años, un grupo de personas, representantes de diversos organismos del gobierno y de instituciones autónomas, iniciaron una serie de gestiones para buscar la forma de solucionar los problemas que todos ellos confrontaban en los llamados "Barrios del Sur" de la capital de Costa Rica. La Universidad de Costa Rica actuó desde el principio como el organismo coordinador de todos esos esfuerzos, y conforme a los deseos de todos los organismos participantes, hizo las gestiones para que la Administración de Asistencia Técnica de las Naciones Unidas, enviara dos expertos a colaborar en el planeamiento y desarrollo del estudio. En los primeros meses del año en curso llegaron al país los dos expertos y desde entonces se inició en firme, la elaboración detallada del plan de trabajo. La Universidad, como centro coordinador, encargó a su Departamento de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, el dirigir todo lo relativo al estudio. Para la financiación del Proyecto, se ha contado con la colaboración de los siguientes organismos interesados: Ministerio de Economía, Ministerio de Trabajo y Previsión Social, Ministerio de Salubridad, Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, Caja Costarricense de Seguro Social.

1.2 Al elaborarse el primer plan de trabajo que contiene tanto los objetivos como los métodos y técnicas para llevar a cabo la investigación, se vio claramente lo siguiente: a) que al señalar las instituciones interesadas, el área de los Barrios del Sur, como la más apropiada y conveniente para el estudio, en realidad no pretendían reducir a ese ámbito el estudio de los problemas socioeconómicos de la gente, sino que señalaban el área en cuestión, como la "Típica" o "representativa" de los problemas de miseria, salud, organización, economía que preocupan a todos los organismos públicos de bienestar social. b) que desde el punto de vista técnico, la determinación del área, y la "tipicidad" de sus problemas era un asunto sujeto a discusión, pues los "barrios del sur" no son un área claramente definida, ni sus problemas son únicos

o exclusivos de ese sector, pues se encuentran en otras áreas colindantes o parte de la ciudad de San José. Tomando en consideración los aspectos enunciados y los propósitos que han perseguido en todo el tiempo las instituciones y organismos interesados en el proyecto, se llegó a la conclusión de que lo que en realidad convenía era, el estudio de todo el área metropolitana, y no el de una área específica como la determinada bajo el nombre de "barrios del sur". La fundamentación detallada de esta propuesta aparece en el párrafo siguiente.

## 2. *Objetivos del estudio*

2.1 Considerando, tanto los aspectos académicos del proyecto, como los puramente pragmáticos reflejados en los intereses específicos de las instituciones y organismos interesados en el estudio, se ha llegado a formular los propósitos generales del proyecto, del modo siguiente:

2.1.1. Realizar una investigación que comprenda el fenómeno del crecimiento de la población (urbanización) del área metropolitana de San José; los factores que afectan a ese crecimiento; y las consecuencias del fenómeno general.

2.1.2. Llevar a cabo estudios en el campo de los servicios de bienestar social, a fin de conocer su relación con las necesidades actuales o futuras del área, y evaluar la efectividad de tales servicios.

2.1.3. Experimentar en el diseño y realización de estudios integrales de áreas urbanas, a fin de poder obtener experiencia y desarrollar sistemas de trabajo que puedan servir para el estudio de otras áreas urbanas.

2.1.4. Adiestrar personal en tareas de investigación social.

2.1.5. Hacer recomendaciones, con base en el resultado del estudio, dentro del campo de la organización y prácticas de las Agencias o Servicios de Bienestar Social del país.

2.2. Como se ve, el enfoque principal del problema está en el campo del fenómeno sociológico llamado urbanización. Las razones que movieron a cambiar el objetivo inicial del proyecto, son las siguientes:

2.2.1. Los fenómenos sociales y económicos que llamaron la atención de los organismos públicos interesados en los barrios del sur, se pueden calificar como propios de áreas urbanas, en su mayor parte.

2.2.2. El estudio de esos fenómenos en una área reducida, como la supuesta de los barrios del sur, llevaba como tesis obligada la idea de que esos barrios eran o son representativos de todos los fenómenos apuntados. Tal afirmación no es posible hacerla sin un estudio previo de todo el área.

2.2.2. El estudio de esos fenómenos en una área reducida, como so e interesante en sí, suponía un esfuerzo cuyos resultados finales podrían ser de dudosa validez por las razones apuntadas en el párrafo anterior.

2.2.4. En América Latina no hay estudios integrales acerca de las causas, consecuencias, y procesos de urbanización. Esto contrasta, con los muchos trabajos de ese tipo hechos en los Estados Unidos de

Norteamérica, Europa y Asia. El área metropolitana de San José por su tamaño y tipo, podría servir de proyecto-piloto para esa clase de estudio.

### 3. Aspectos a Investigar

3.1 Los aspectos comprendidos dentro de los objetivos del estudio, abarcan una variedad muy grande de temas a estudiar. El proyecto es ambicioso, pero está dentro de las posibilidades técnicas y las capacidades reales del país. Si tratáramos de reducir a sus menores términos los campos que abarca, encontraríamos en el proyecto tres grandes aspectos posibles de identificar; uno, el campo sociológico; otro el campo médico asistencial; y el último, el comprendido por los aspectos de urbanismo y planeamiento según los estudian los ingenieros urbanistas y planificadores.

Para los efectos del estudio, ha sido necesario subdividir los campos de investigación, en el entendido de que tal subdivisión se hace para efectos prácticos del trabajo. A la hora del análisis, evaluación, e interpretación de los datos, se considerará el todo del fenómeno en estudio, que por su propia naturaleza es de carácter dinámico.

Con el fin de tener una idea más clara de la naturaleza y finalidades del proyecto, veamos de una manera sumaria los aspectos a que dedicará su atención.

#### 3.1.1. La Familia Urbana

Lo que se pretende a este respecto, es encontrar los aspectos y factores característicos de la familia urbana. Se han hecho bastantes estudios sobre la familia rural. Nuestro interés está en confrontar esas características rurales con las urbanas como aparezcan del estudio. Por ejemplo se tratará de estudiar el patrón de relación familiar urbano. Relaciones entre los esposos, los padres y los hijos, los hermanos entre sí. Conocidos los patrones de relación interna, se estudiarán los factores externos que influyen especialmente sobre la generación joven de la familia.

A este respecto estudiaremos el papel que juega la pandilla, y otros grupos en el proceso de individualización y sociabilización de los jóvenes. Entre otras cosas se tratará también de estudiar las tendencias que se manifiestan en la familia urbana en cuanto a la edad para contraer matrimonio y el número ideal de hijos que esperan tener.

#### 3.1.2. Patrones y procesos ecológicos

Las ciudades crecen, se desarrollan. Ese crecimiento en determinados sentidos, esa acumulación en unos sectores y el abandono de otros, entraña un proceso que tiene sus causas. El conocimiento de los factores que hacen moverse a las personas de un lugar y asentarse en otro, tiene mucho valor para la determinación de planes y organización de servicios en el campo urbanístico, educativo, administrativo y económico.

co. El área metropolitana de San José crece a un ritmo tal, que es indispensable el conocimiento de estos procesos para trazar la política adecuada en los campos indicados.

En el proyecto se comprende el estudio de los aspectos físicos del área; topografía, calles, avenidas, áreas verdes, sistemas de alcantarillas y cloacas, edificios principales públicos y privados, etc.

La consideración de esos aspectos físicos llevará naturalmente al estudio y ubicación de distintas áreas de concentración de población de conformidad con las actividades predominantes. Este supone la ubicación de las áreas residenciales, áreas de negocios, áreas industriales.

Finalmente, dentro de los aspectos que comprende este rubro, se estudiarán los procesos que han llevado a la actual distribución ecológica.

Se introducirá un elemento más, al estudiar la relación que existe entre las áreas ecológicas y factores tales como: densidad, ocupación, delincuencia, enfermedades mentales, tuberculosis, etc.

### 3.1.3. *Condiciones de vida urbana.*

Se estudiarán aquí aspectos comprendidos dentro de los estudios usuales de los niveles de vida. Por ejemplo, lo relativo a los presupuestos familiares. Este estudio nos servirá como punto de relación para muchos otros problemas: empleo de los salarios, clase social y distribución de los gastos, etc. En lo que se refiere a la vivienda, se estudiarán sus condiciones, tipos de amueblado, utilización de las comodidades modernas y otros factores. También, dentro de este rubro, consideraremos aspectos tales como actividades educativas, sociales y de recreación del habitante del área. Estos últimos aspectos se compararán luego, con factores semejantes operando en áreas rurales.

### 3.1.4 *Patrones y Procesos demográficos*

Este rubro abarca una serie de aspectos tales como: distribución de la población por sexo, nacionalidad, tipo étnico, ocupación.

Determinación del crecimiento vegetativo. Población migratoria y factores que favorecen o estimulan la inmigración. El estudio de las ocupaciones se tratará de hacerlo, analizando el desarrollo histórico de las mismas en el área.

### 3.1.5. *Valores, Actividades y Normas Urbanas*

Al diseñar este proyecto se puso énfasis en la consideración de este rubro. Se sabe y se estudia bastante lo que el hombre tiene, lo que hace, el medio en que vive. Se sabe y se estudia poco lo que el hombre desea, lo que espera, lo que cree. El fenómeno de urbanización no es estático, es eminentemente dinámico. Lo que vamos a estudiar es un proceso, no una situación permanente en su estructura o funcionamiento. Se tratará de conocer las características y procesos sociológicos del hombre urbano. Dentro de esto se estudiará:

Factores que operan como atractivos para el hombre urbano.

Valores y atractivos de tipo rural que aún tienen vivencia en el hombre urbano.

Concepciones morales del hombre urbano. Dentro de esto se estudiarán aspectos como: actitud hacia la fidelidad matrimonial; hacia la prostitución, o hacia determinados delitos. Religiosidad del hombre de la ciudad.

Aspiraciones individuales y de grupo que pueden conducir a determinar el "standard" de vida de la población urbana.

Movilidad vertical. Cómo opera. Qué factores la favorecen o limitan. Estatus individual o de grupo.

### 3.1.6. *Problemas de desintegración y desadaptación social*

En cuanto a los aspectos de este rubro, se estudiarán en primer término las áreas desorganizadas que aparecen en la ciudad. Este estudio comprenderá todo lo referente a localización, características que presenta, tipos de habitantes, problemas que aparecen. Se estudiará dentro de esto el problema de la Prostitución, la Delincuencia, los hogares desintegrados.

Otro punto importante a estudiar, será el de los problemas que confrontan los nuevos inmigrantes en la ciudad: determinación de los problemas, estudio de los lazos que mantienen con su anterior ambiente rural, posición que ocupan frente a otros grupos sociales de la ciudad.

Como parte del estudio general, se realizarán en este aspecto, dos estudios experimentales. Uno con relación al efecto que tienen las nuevas viviendas, sobre familias que antes vivían en tugurios. Otro, sobre la efectividad que tienen los tratamientos que se aplican a los alcohólicos, en cuanto a su rehabilitación.

### 3.1.7. *Aspectos médico-sociales*

Se estudiarán aquí, los problemas generales de salud, que afectan a los habitantes del área. Esos problemas se considerarán frente a los recursos existentes o planeados para superarlos. El estudio de esos recursos llevará a la consideración del problema general del bienestar social: las instituciones existentes, los servicios que prestan, las áreas que cubren tales servicios, la coordinación que existe entre las diferentes instituciones.

En el campo experimental se estudiará un problema específico, como el de la rehabilitación de los tuberculosos. Se seleccionó este campo, por la naturaleza de la enfermedad y los problemas médico sociales que trae consigo.

### 3.1.8. *Organización-Administración e Influencia del Area Metropolitana*

En el área metropolitana encontramos una serie de municipios autónomos y la sede del gobierno nacional. Esto supone una división administrativa que debe estudiarse en todas sus consecuencias. El área

metropolitana necesariamente ejerce una influencia sobre el resto del país. Los canales de esta influencia merecen un estudio detallado así como los campos en donde se opera tal influjo.

Qué papel juega la ciudad metrópoli como medio de contacto con el extranjero es, por ejemplo, una de las tantas preguntas que el estudio espera contestar.

### 3.1.9. *Funciones del Barrio, en la ciudad*

Dentro del todo que se estudia, es claro que encontraremos el fenómeno típico de una área central con una serie de ciudades satélites. El proceso de urbanización supone la integración de todos estos núcleos de población dentro de una área que se llama metropolitana. Formando parte de ese todo, esperamos encontrar la existencia de núcleos más reducidos, con un factor de cohesión propio y determinado en alto grado por la convivencia dentro de un límite geográfico reducido. ¿Cuántos de estos sectores, conocidos como Barrios existen en la ciudad? ¿Qué es lo que diferencia a unos de otros? ¿Cómo están organizados y qué papel juegan en la vida del hombre urbano? El proyecto pretende contestar en lo posible todas estas interrogaciones específicas, que servirán luego para un mayor y más hondó conocimiento del fenómeno que ha originado este estudio.

## 4. *Metodología y Técnicas*

4.1. El Proyecto en su orientación general, comprende una serie de estudios de carácter descriptivo y otros de tipo experimental.

4.1.1. Entendemos por estudios de carácter descriptivo, todos aquellos que pretenden describir determinadas situaciones, grupos, comunidades, o problemas sociales, tratando de encontrar sus características o atributos y distintivos.

4.1.2. Señalamos como estudios de tipo experimental, todas aquellas investigaciones diseñadas para certificar la validez de hipótesis que se determinan sobre determinado punto de interés para el investigador.

4.2. La recolección de datos se hará por medio de cuestionarios, entrevistas, observación, y estudio del material escrito existente. El detalle de las técnicas se indicará luego. Importante es señalar que, dado el número de problemas o temas específicos que comprende todo el proyecto, se ha considerado que un buen método de trabajo sería el siguiente: Primero: sobre la base de los temas enunciados en el capítulo anterior, se preparará una serie de preguntas dirigidas al mejor conocimiento de los problemas o hipótesis que se pueden formular sobre cada tema. Segundo: una vez elaboradas todas las preguntas que se consideren adecuadas para el estudio del problema general, se tratará de agruparlas, considerando el público a quien se pueda administrar un cuestionario de ese tipo. Tercero: la agrupación señalada, dará por resultado una serie de cuestionarios dirigidos cada uno hacia un público específico. Esto es, se tomarán en cuenta todos los factores que entran en la selección de una muestra. En otros términos se hará la determinación, por el sistema de muestreo, de una serie de grupos a quienes se admi-



nistrarán los cuestionarios elaborados. Como es natural habrá una muestra general de todo el área, y de muestras especiales para el estudio de problemas o temas especiales.

4.3 La recolección de datos se obtendrá, como ya se indicó arriba, usando diferentes métodos. Entre estos se utilizarán los siguientes:

#### 4.3.1. *Entrevistas sistemáticas, usando cuestionarios*

Estos cuestionarios contendrán preguntas cuyas respuestas serán registradas en determinadas categorías ya determinadas en el mismo formulario. También contendrán preguntas cuyas respuestas se anotarán en la forma abierta y específica en que conteste el entrevistado. Se considera que es recomendable el uso de ambas formas dentro del mismo formulario.

#### 4.3.2. *Entrevistas dirigidas, sin usar cuestionarios*

Se usará este método para entrevistar a cierto grupo de personas como los especialistas en ciertos campos, líderes, autoridades, o personas cuya experiencia en el proceso o fenómeno de estudio, sean amplios. Para estas entrevistas no se preparan cuestionarios, pero los entrevistadores deberán preparar de antemano, una lista de temas o tópicos que deberá cubrir la entrevista. En ciertos casos, lo recomendable será utilizar un grabador para reproducir la entrevista.

#### 4.3.3. *Observación sistemática*

Para esto, se darán criterios objetivos a los observadores, a fin de que clasifiquen los aspectos a observar. Se utilizará este método para obtener información acerca de aspectos físicos característicos de la ciudad, tales como tipos de casas, muebles que se utilizan, distribución de áreas, etc.

#### 4.3.4. *Observación participante*

Este tipo de observación se empleará cuando sea necesario obtener información sobre tópicos de carácter delicado de estudiar, tales como: vicios, pandillas, recreación urbana, conflicto entre grupos, etc. Lo que se observará y anotará son aspectos de conducta humana, expresiones verbales, reacciones ante determinadas situaciones, etc.

#### 4.3.5. *Recopilación y estudio de material escrito ya existente*

Monografías, periódicos, memorias anuales, directorios, informes estadísticos, censos. Utilizando este método se obtendrá información acerca de los antecedentes históricos, sociales y económicos de la ciudad, o sobre algunos de sus aspectos, instituciones, asociaciones, individuos prominentes o representativos, sucesos especiales.

#### 4.3.6. *Historias Sociales Individuales o de Grupo*

Mediante este método se obtendrá información acerca de individuos que se considera representan un determinado "tipo ideal", o cuyas

experiencias o manifestaciones son muy importantes para el estudio de un determinado problema. También se estudiarán las historias sociales de grupos, instituciones o asociaciones, que hayan jugado o jueguen un papel importante en el proceso de urbanización en estudio.

#### 4.4. *Estudios de tipo experimental*

4.4.1. Los estudios de este tipo, cubrirán áreas muy específicas de investigación. Su finalidad principal, será la de evaluar la validez o efectividad de un determinado programa, política o método. Los estudios de este tipo se han planeado con relación a los problemas de desintegración y desadaptación social, y a las instituciones sociales. De manera específica, los experimentos planeados son los siguientes:

4.4.1.1. Estudio experimental sobre el efecto que tienen las nueve casas de familias que antes vivían en tugurios. El estudio se realizará con un grupo que ha pasado de un tugurio a un nuevo tipo de viviendas. Habrá para el estudio, un grupo de control. Lo que se tratará de medir es el efecto que tienen las nuevas viviendas sobre la conducta socio-económica de las gentes, uso de los servicios, participación en actividades sociales, desarrollo del sentimiento de seguridad en los individuos.

4.4.1.2. Estudio experimental de los resultados de diferentes tratamientos terapéuticos en la rehabilitación de alcohólicos. Este estudio se realizará entre un grupo relativamente pequeño de alcohólicos, agrupados en varios grupos experimentales correspondientes a los diversos tratamientos terapéuticos. El resultado se evaluará por el método de análisis de las variantes.

4.4.1.3. Estudio experimental sobre el efecto que tiene una mayor participación del maestro urbano en las actividades de una escuela de barrio. Este estudio requerirá la selección de una escuela en donde los niños provengan de los barrios inmediatos a la misma. En San José, parece que esta situación se da única, o preferentemente en las escuelas situadas en los sectores más pobres de los alrededores de la ciudad.

## LA OPINION PUBLICA Y LOS PARTIDOS POLITICOS

ALFONSO CARRO Z.

Profesor de "Teoría del Estado".  
Facultad de Derecho.  
Universidad de Costa Rica

### I.—LA OPINION PUBLICA

Tomaremos como punto de partida, en esta breve introducción a un tema importante de la Ciencia Política, el problema de si lo que denominamos realidad política es un ámbito del ser social con relativa autonomía, o si por el contrario no es más que un reflejo, una derivación de otra realidad auténtica.

Tal problema puede plantearse en muy diversos términos, sin alterar su sentido. Quizás sean los más simples y concretos, los siguientes:

El mundo social no es homogéneo, sino, por el contrario, radicalmente heterogéneo. En él encontramos diferentes realidades: económica, jurídica, religiosa, cultural, moral, y digámoslo de una vez, también política.

Esta realidad política, desde luego, no es más que una sección o zona de la total realidad social en que se encuentra el hombre. Es, en definitiva, una forma de ser la vida social.

Ahora bien: esta forma de vida es, radicalmente, primaria o secundaria, autónoma o derivada?. O sea, que es posible preguntarse si en la realidad social se da un "quehacer político", junto al "quehacer religioso", al "quehacer económico", al "quehacer estético", etc.; o si por el contrario, la vida política es simplemente una realidad derivada de otra.

Para efecto de nuestras consideraciones posteriores sobre la opinión pública y los partidos políticos, citaremos algunos de esos intentos de relativización de la realidad política:

I.—*A lo jurídico.*—Ejemplo claro de este esfuerzo lo constituye el demoliberalismo. El Estado, que encierra en sí toda la vida política, —según esta corriente de pensamiento—, es una institución jurídica, a la que se le ha señalado la función capital de proteger los derechos subjetivos de los hombres.

También debemos indicar a Kelsen, quien reduce el Estado al orden jurídico vigente. Dentro del Estado no hay otra realidad además del Derecho (1). Kelsen nos brinda, como afirma un autor, una Teoría del Estado sin Estado, ya que niega en él la existencia de una realidad genuinamente "política".

II.—*A lo económico.*—Marx, Engels y los anarquistas socialistas, son los representantes legítimos de este intento por hacer de la política una derivación de lo económico. Las desigualdades económicas determinan, en el campo histórico, la lucha de las clases sociales, y de estas luchas emerge la realidad política. Esta es parte de la superestructura de la sociedad, mientras que las fuerzas materiales de la economía y las relaciones de producción, —que constituyen el motor de la historia—, forman su infraestructura. (1 bis). Si mediante determinados procedimientos revolucionarios son eliminadas las desigualdades económicas, desaparecerán también, dialécticamente, las formas políticas. Como remate de ese proceso, el Estado se verá sustituido por un organismo puramente administrativo, cuya función capital consistirá en organizar la producción de los bienes comunes y en destinar los productos a la satisfacción de las necesidades de todos los miembros de la sociedad.

Es preciso manifestar, en honor a la verdad, que el fundamento económico de la vida política ya había sido señalado por los economistas liberales ingleses del siglo XVIII. Por ejemplo, para Adam Smith, es la necesidad de proteger el régimen de propiedad lo que impone la existencia del gobierno civil (2).

• III.—*Al pueblo (opinión pública).*—Desde que se formulan las primeras ideas sobre la "opinion publique" con los fisiócratas, hasta nuestros días, se desenvuelve un proceso que persigue relativizar la vida política al pueblo, más concretamente, a la opinión de ese pueblo. Dentro de esta línea de pensamiento, se identifica el poder del Estado —que primaria y esencialmente es político— con la voluntad del pueblo. Esa voluntad, desde luego, se forma y se expresa *desde y por* la opinión pública. Este intento tiene su más importante expresión en el pensamiento democrático moderno. Son los Estados Unidos de Norte América, sin lugar a dudas, uno de los pueblos en que se ha puesto mayor énfasis en este esfuerzo por hacer de la opinión pública la fuente de donde emergen el Estado y todas las demás formas de vida política.

Queda, en esos términos, centrado como factor fundamental y determinante de toda la vida política, el pueblo; sus ideas y representaciones, así como los intereses de que son éstas expresión, — en suma, la llamada "opinion publique"—, constituyen el nervio y la vida de la política. Esta consiste, esencialmente, en la opinión del pueblo.

"La doctrina de la opinión pública como fuerza gobernante constituye una forma singular de la relativización del Estado al pueblo y de la identificación del poder del Estado con la voluntad del pueblo. La importancia política de la opinión pública aparece con la sociedad civil.

(1) "Teoría General del Estado" (México 1951).

(1 bis) F. V. Konstantinov, "El Materialismo Histórico" (Academia de Ciencias de la U.R.S.S. Instituto de Filosofía), (México, 1957), págs. 98 ss.; 162 ss.

(2) "The Wealth of Nations" (London, 1954)

con la difusión del saber leer y escribir y el desarrollo de la imprenta y especialmente de la prensa. En la Edad Media sólo existió una amplia publicidad para los problemas religiosos que eran discutidos internacionalmente en lengua latina. La opinión pública aparece justamente, en lo sustancial, como crítica científica de esas doctrinas de la fe en los idiomas nacionales. La sociedad civil, despierta a la autoconciencia política, sólo puede engendrar una vida pública donde sea posible una comprensión en el mismo lenguaje sobre intereses comunes. Desde el momento en que las fundamentaciones religiosas de la autoridad no son ya suficientes, la sociedad civil reclama una legitimación racional de su obediencia política, con lo cual cobra su opinión, públicamente exteriorizada, importancia suma para la permanencia de la unidad estatal". (2 bis).

Es con la escuela fisiocrática que aparece la primera expresión, amplia y profunda, de la "opinión publique". "Fue Mercier de la Rivière quien se valió de ella, en 1767, para defender el absolutismo al decir que también en esta forma de gobierno quien manda no es en realidad el rey sino el pueblo por medio de la opinión pública. Treinta años más tarde señalaba Necker, en sus consideraciones sobre la Revolución francesa, las grandes transformaciones sociales que habían tenido lugar desde la última reunión de los Estados Generales (1614): el cambio de las costumbres, el estado de espíritu, los sentimientos de temor y respeto al poder real, el caudal de conocimientos, la expansión de la riqueza; "y, sobre todo, surgió una autoridad que no existía hace dos siglos y con la que hay que tratar necesariamente, la autoridad de la opinión pública". (Toennies, "Kritik der oeff. Meinung" pp. 376, 383). (3).

Ahora bien, la expresión "opinión pública" es sumamente general, y requiere, por tanto, un análisis científico que determine sus diversos elementos, así como el sentido y valor de cada uno de ellos. Se imponen diversas preguntas: ¿toda opinión popular, es opinión pública?. ¿Es indispensable, para que se dé la opinión pública, que las ideas y doctrinas del pueblo hagan referencia a los problemas políticos? ¿Importa la opinión pública para la necesaria unidad estatal? ¿Cuál es el contenido de la opinión pública? ¿Cómo participan las minorías y mayorías en la integración de la opinión pública?

"Para comprender el fenómeno de la opinión pública —dice Heller—, de tanta importancia aunque tan difícil de captar, debemos, en primer término, hacer notar que sólo consideramos como verdadera manifestación de la opinión pública a la manifestación de voluntad política, aunque sólo sea mediata. No consiste nunca la opinión pública en opiniones teóricas únicamente, sino en opiniones de voluntad y en juicios que sirven como armas para la lucha política o para conseguir prosélitos políticos... Público es aquello que influye en la vida política, y así lo es, en primer término, la opinión de cualquier modo publicada... La opinión pública, tal como nosotros la entendemos, es opinión de voluntad política en forma racional, por lo cual no se agota nunca en la mera imitación y el contagio psicológico colectivo...". (3 bis).

(2 bis) Hermann Heller, "Teoría del Estado", (México, 1955); pág. 190.

(3) Heller, op. cit. págs. 190 - 191.

(3 bis) Ibid., pág. 191.

Encontramos ya, con base en las frases de Heller anteriormente citadas, un primer e importantísimo criterio para determinar qué es, en verdad, opinión pública. Por lo pronto, reconocemos, como Heller, que no toda idea o doctrina popular constituye, stricto sensu, opinión pública, ya que ésta se forma únicamente cuando las ideas o doctrinas se refieren a los problemas políticos de la comunidad. Por ejemplo, podríamos citar, como formas de opinión pública, a todas las ideas y doctrinas referentes a la conquista, organización y ejercicio del poder político.

Esta opinión, que hace referencia a las realidades políticas, tiene importancia decisiva en la determinación de la unidad del Estado, sobre todo, claro está, en los regímenes inspirados en la doctrina democrática. No debemos olvidar, para comprender la anterior frase en la totalidad de su sentido, que el pueblo es uno de los tres elementos fundamentales del Estado; para la unidad de éste, por lo tanto, es imprescindible el conjunto de ideas que el pueblo tiene acerca de la vida política.

“La importancia de la opinión pública para la unidad estatal —agrega Heller— es tanto mayor cuanto más precisa y comprensivamente se haya condensado en juicios firmes y a menudo indiscutidos. Esta opinión pública relativamente firme y permanente ha de diferenciarse de la fluctuante opinión política de cada día. Sólo la opinión pública firme posee, en su juicio, cierto carácter unitario y constante, frente a lo cual la fluctuante opinión de cada día es considerada, en la mayoría de los casos acertadamente, como veleidosa, crédula y contradictoria. Sin embargo, no puede negarse que las fronteras entre ambos estados de agregación son, en realidad, imprecisas; los juicios y prejuicios que han cobrado firmeza constituyen, de ordinario, la base de las opiniones de cada día y éstas, a su vez, renuevan y transforman las firmes opiniones de voluntad, unas veces a la manera apenas perceptible de los cambios cotidianos y otras por el modo brusco de la revolución... La opinión pública arraigada en principios y doctrinas constituye uno de los más sustanciales vínculos de la unidad estatal. Especialmente en los Estados regidos democráticamente, la situación actual de poder se convierte en una situación de poder relativamente segura, en un “status” político, gracias al hecho de haberse creado entre la autoridad y los súbditos una opinión pública común en forma de una comunidad de voluntad y valores. Por lo dicho se comprende fácilmente que el “valer” de tales principios de la opinión pública no consiste en que sean reconocidos íntimamente como verdaderos por “todos” y ni siquiera por quienes ejercen influjo político decisivo. Su validez consiste únicamente en que cada cual, con su obrar socialmente eficaz, los reconoce externamente; no es preciso declarar que se los hace “valer” ya que cada uno, mediante su conducta pública, al menos por la ausencia de crítica, aparece como si estuviera de acuerdo con ellos. Acontece incluso, y no raramente por cierto, que en el seno del sector influyente —siempre que no sea públicamente— se permita una sonrisa de superioridad respecto a ciertas normas de la opinión pública, cuya validez, sin embargo, se estima imprescindible... La enorme importancia política de la opinión pública consiste en que, en virtud de su aprobación o desaprobación, asegura aquellas reglas convencionales que son la base de la conexión social y de la unidad estatal. La opinión pública ha venido a tomar sobre sí, en muchos aspectos

tos, la función, que en la Edad Media cumplía la disciplina eclesiástica, de velar por la moral social y especialmente la política, tarea que nunca hubieran podido llegar a realizar los preceptos jurídicos por sí solos... (4).

En estos razonamientos sobre la intervención de la opinión pública en lo referente a la unidad del Estado, debemos señalar la enorme importancia que se ha dado a tal opinión en el planteamiento del problema sobre la legitimidad de la autoridad política. Ya hemos afirmado insistentemente, que la tendencia del pensamiento moderno es la de encontrar la legitimidad del poder político en el pueblo, a través de las ideas democráticas. Y si, con base en éstas, la organización y ejercicio del poder político se legitiman por la intervención del pueblo como máxima potestad, la opinión popular se ve ascendida a la máxima jerarquía, y sus expresiones se afirman como "verdades" incuestionables acerca del mejor gobierno de los hombres. En nuestros días, se encuentra en franca crisis esta doctrina ingenua acerca de las bondades naturales de la opinión pública. La verdad es otra; en efecto, la opinión pública puede ser buena o mala, bien orientada o desorientada, e incluso leal o desleal. De tal suerte que, en vez de fijarle un valor absoluto a dicha opinión, es preferible siempre enjuiciarla en cada caso concreto y según las circunstancias sociales, políticas, económicas y morales en que se da. La nueva actitud, que desconfía de los valores intrínsecos de la opinión pública, y la somete a riguroso examen en cada oportunidad, tiene su expresión en la llamada crisis moderna de los partidos políticos, a que haremos referencia infra.

Otra cuestión importante que plantea la opinión pública es la que se refiere a sus componentes, sea a su contenido. "El contenido de la opinión pública sólo puede consistir en principios y doctrinas muy generales y fácilmente comprensibles, si posible fuera, algo así como "slogans". Aquellas ideas que requieren para ser captadas un cierto grado de conocimientos o especial capacidad intelectual o que exijan difíciles demostraciones no pueden ser recogidas por la opinión pública. Es específico de la opinión pública de la actualidad su carácter racional bajo la forma de la "sana razón humana". El irracionalismo que se proclama en nuestros días históricamente, sólo se puede estimar, en realidad, como una supercompensación. Desde hace unos doscientos años la opinión pública, al menos en el terreno de la política, rechaza todo género de intervención trascendente en el acontecer causal, toda clase de creencia en lo maravilloso, diabólico o mágico, prefiriendo, cualquiera que sea su actitud en otros aspectos, las interpretaciones racionales de carácter naturalista, económico o técnico. El hecho de que se prefieran fundamentaciones de apariencia racional para un querer que, a veces, puede ser completamente desatinado, no se halla en contradicción con el otro hecho de que la opinión pública juzga, en general, las cuestiones políticas según motivos sentimentales y anticríticos y es fácil de entusiasmar mediante "slogans" de color idealista. Precisamente por esto una política racional fríamente calculista puede, con tanta facilidad, manejarla a su sabor. (5).

(4) Ibid. págs. 191 - 192.

(5) Heller, op. cit. pág. 193.

En el campo de las corrientes políticas, podemos citar a dos que han sobreestimado el valor y la eficacia de la opinión pública: el anarquismo y el liberalismo.

“Repárase que los mismos anarquistas aceptan la autoridad de una opinión pública que no estuviera ya falseada por los actuales antagonismos entre las clases. “La única autoridad grande y poderosa, a la vez natural y racional”, dice Bakunin, “la única que nosotros podremos respetar será la del espíritu colectivo y público de una sociedad fundada en la igualdad, la solidaridad, la libertad y el recíproco respeto de todos sus miembros... Puede estarse seguro de que ella será mil veces más potente que todas las autoridades divinas, teológicas, metafísicas, políticas y jurídicas que establecen el Estado y la Iglesia, más fuerte que todas las leyes penales, los carceleros y los verdugos” (*Obras*, ed. alem., 1921, I, p. 117, A). (6).

Interesa más, desde luego, el estudio de la opinión pública dentro de las ideas liberales, ya que éstas han tenido una enorme influencia en las formas de organización política del hombre moderno, influencia que aún mantienen en nuestros días. Se impone, pues, decir algunas verdades sobre la importancia y eficacia de la opinión pública en la organización y dirección del Estado. Heller las dice valientemente, sobre todo en relación con la forma de gobierno usual en los Estados Unidos de Norteamérica, que pretende existir primordialmente por la participación que en él tiene la “public opinion”.

“Así como el anarquismo quiere reducir, en la futura sociedad sin clases, el Estado a la autoridad impersonal de la opinión pública, el demoliberalismo de matiz angloamericano pretende relativizar la autoridad del Estado actual a la autoridad impersonal de la opinión pública...

El liberalismo atribuye de ordinario a la opinión pública una capacidad política de obrar de que en realidad carece, y sobreestima excesivamente su fuerza efectiva frente a los medios organizados del poder del Estado... La ficción americana de un “gobierno por la opinión pública” supone una uniformidad y capacidad de obrar de la “public opinion” que sólo puede concebirse si se admite la ficción demoliberal de una voluntad del pueblo que se forma a sí misma sin intervención del elemento autoritario”. (7).

Es de máxima importancia, en esta cuestión acerca del valor y eficacia de la opinión pública en la vida del Estado, el preguntarse si es posible, en verdad, que el pueblo, por sí mismo, forme su opinión. Lo que de aquí saldrá será una respuesta sobre la pregunta de si la “opinión pública” es, estrictamente, opinión del pueblo. Preguntamos lo mismo, con otras palabras: puede el pueblo, por sí mismo, formar su opinión, o por el contrario, son agentes, medios o intereses externos los que en verdad forman la llamada opinión pública? Si de esta preocupación resulta que la llamada opinión pública la forman ciertos círculos o grupos de intereses particulares, debemos cuidarnos de no caer en ingenuidades a la hora de fijar su valor e importancia en la organización y dirección de la vida política de los pueblos.

(6) Heller, op. cit. págs. 194 - 195.

(7) Heller, *ibid.* págs. 195 a 197.



“De hecho, —afirma Heller—, sin embargo, las exteriorizaciones de opinión, en primer término, y, a la larga, las mismas opiniones se han visto siempre coaccionadas, tanto social como políticamente, por procedimientos más o menos autoritarios. Durante siglos se persiguió con armas y hogueras la propagación de “herejías” y se defendió y extendió, por tales motivos, la pureza y unidad de la fe religiosa. La humanización de los medios autoritarios que conforman la opinión pública —alto progreso humano que hay que oponer a todos los ideólogos del poder— vuelve a verse otra vez seriamente amenazada en nuestros tiempos. Pero la presión sobre las exteriorizaciones de opinión se ha realizado siempre mediante la amenaza, la compra o el convencimiento, es decir, por una superioridad social, económica o intelectual de uno sobre los demás. Las fronteras entre la coacción y la aceptación, entre la presión externa y la concordancia interna, son sumamente imprecisas. En la actualidad los medios más importantes para formar y realizar de manera unitaria el “espíritu” de un grupo son la educación, la persuasión y la fuerza de la opinión pública, pero ellos nunca pueden lograr su objetivo sin una coacción económica y política”. (8).

Como ejemplo de la intervención decisiva de los intereses económicos en la formación de la llamada opinión pública, cita Heller las expresiones de John Swinton en un banquete de la prensa neoyorkina, en 1895, dichas en nombre de la prensa “independiente”: “No existe en América nada que se parezca a una prensa independiente, ni siquiera en las ciudades de provincia... Somos no más que instrumentos y vasallos de personas ricas que están entre bastidores. No somos más que marionetas. Ellos tiran del cordón y nosotros bailamos”. (9).

Es interesante concederle atención a las anteriores manifestaciones acerca de la opinión pública, sobre todo si tomamos en cuenta que los Estados Unidos de Norteamérica han buscado en las últimas décadas formar sus gobiernos sobre la base de la opinión pública. Y aún más: la tendencia en la vida política norteamericana, es la de impedir la acción de los hombres de gobierno y de las instituciones estatales sobre la opinión pública. Esta tarea se deja a las fuerzas privadas, con lo que se permite que sean los más fuertes intereses personales los que en definitiva formen la “public opinion” y gobiernen efectivamente.

“Así, pues, el “gobierno por la opinión pública” de los Estados Unidos no significa otra cosa sino que, a causa de una subestimación teórica y práctica del Estado, la formación de una opinión pública unitaria se halla sustraída, casi por completo, a los órganos responsables del Estado y corresponde a las irresponsables y anónimas fuerzas económicas más poderosas de la sociedad civil; a tal fin, se valen especialmente de la prensa y de la máquina de los partidos hondamente corrompida, del “boss” que necesita de “verdaderos bandidos” (cf. Ostrogorski, “Democracy and the Organisation of Pol. Parties”. II. p. 384 cc.) La doctrina del gobierno por la opinión pública viene, pues, a ser una variante de la concepción demoliberal que relativiza el Estado al pueblo, otra

(8) Heller, *ibid.* pág. 195.

(9) Heller, *ibid.* pág. 198.

de las formas que presenta aquella ficción de un gobierno por una voluntad del pueblo que no se halla organizada ni representada y que carece de una formación autoritaria. Al modo como, en aquella concepción, se supone que el pueblo es una unidad y, desconociendo la legalidad peculiar de lo político, se lo identifica con la unidad estatal, atribúyese aquí, ficticiamente, a la opinión pública una unidad y una capacidad de obrar que en realidad no tiene". (10).

Luis Recaséns Siches, a propósito del problema de los fundamentos sociológicos del Estado, nos habla de las relaciones entre lo social, lo jurídico y lo político. Y desde el punto de vista sociológico, pone el énfasis en los procesos reales de voluntad social, una de cuyas manifestaciones es precisamente la "opinión pública". Desde luego, el análisis que hace Recaséns Siches sobre este tema es menos profundo que el realizado por Heller; y, además, las ideas de aquél sobre tan delicado e importante tema, son en cierto grado candorosas. En este punto concreto, no se manifiesta el rigor científico y filosófico tan característico en ese pensador español.

Con respecto a un Estado, según Recaséns Siches, podemos plantearnos dos problemas: primero, el de su justificación por medio de criterios ideales o valores; segundo, el de su vigencia histórica. Sucede corrientemente que un Estado tiene existencia histórica, y sin embargo, desde un punto de vista estimativo, constituye la negación de una serie de valores fundamentales para el hombre: justicia, seguridad, etc. Desde cualquiera de estos dos ángulos que nosotros observemos el Estado, agrega el filósofo español, vemos cómo participa en forma decisiva la opinión pública. Siempre encontramos en la base de un Estado, cualquiera que sea el ángulo de observación, el fenómeno de la opinión pública. De estos razonamientos extrae Recaséns Siches su fe y su adhesión a la opinión popular.

Para este pensador, la opinión pública es una forma del poder social, y éste no tiene su fundamento en la fuerza física, sino en la conciencia de los miembros que integran la sociedad. "En definitiva, el poder social se funda sobre factores de conciencia. No consiste puramente en la posesión de vigor corporal, de armas y de otros elementos materiales, sino en la obediencia de las personas que manejen las armas y que acepten el dinero como medio de pago. Todo poder social se apoya, en último término, en el reconocimiento del mismo por quienes a él se someten. Sin embargo, hay que registrar que a veces ocurre por desgracia el hecho de que el dominador político, explotando la fuerza que le proporciona una organización rígida, logra la sumisión forzada de una colectividad cuyos componentes le son hostiles en mayoría; y ocurre así, porque el dominador posee el resorte de la disciplina, la fuerza de la inercia que se da en una organización, resortes de los cuales carecen los individuos aislados, de modo que éstos son llevados a servir de instrumento de aquel poder, que repudian en el fondo de su conciencia. Pero estos casos de poder social no elaborado ni apoyado efectivamente sobre la auténtica realidad social, sino logrado bien por la violencia, bien por

(10) Heller, op. cit. pág. 198.

la argucia de una organización que anula las oposiciones —en cuanto impide que éstas se conecten— llevan dentro de sí el germen de su inevitable derrumbamiento. Cuando se da un radical divorcio entre el poder que triunfó por la fuerza —o que se mantiene artificiosamente— y el sentir auténtico de la comunidad nacional, entonces ese poder está condenado a marchitarse, cuando no a derrumbarse estrepitosamente. Como dice José Ortega y Gasset, “el Estado es, en definitiva, el estado de la opinión pública: una situación de equilibrio, de estática. Lo que pasa es que a veces la opinión pública no existe. Una sociedad dividida en grupos discrepantes, cuya fuerza de opinión queda recíprocamente anulada, no da lugar a que se constituya un mando. Y como a la naturaleza le horripila el vacío, ese hueco que deja la fuerza ausente de opinión pública, se llena con fuerza bruta”. (“La Rebelión de las Masas”). Pero, normalmente, mando significa prepotencia de una opinión; por tanto, de un espíritu. Mando a la postre no es otra cosa que poder espiritual. Así, pues, cuando se dice, en tal fecha y lugar manda tal hombre, tal grupo, equivale a decir, en tal fecha predomina tal sistema de opiniones (ideas, preferencias, aspiraciones, propósitos). Salvo el caso en que, al no haber una situación de opinión auténticamente predominante, lo que se da es el caos social, y entonces, la fuerza bruta de unos aventureros venga a imponerse por la nuda violencia... Así, pues, esta ley de la opinión pública como ley de la gravitación histórica —teniendo en cuenta los casos de ausencia— puede formularse con la añeja y verídica frase: no se puede mandar contra la opinión pública... Adviértase, por otra parte, que la opinión pública, que efectivamente configura al Estado, no suele ser la simple opinión mayoritaria de las gentes activas, que prevalezca sobre la opinión de los grupos minoritarios, sino que casi siempre representa una especie de resultante de la combinación entre corrientes varias, unas paralelas, otras divergentes, pero cada una ejerciendo un influjo que coopera en la formación de esa resultante. Por eso se ha comparado metafóricamente, con acierto, esa resultante que opera de modo decisivo sobre la constitución del Estado y sobre la ruta que éste siga, a la resultante de varias fuerzas mecánicas concurrentes, que se estudia en Física en el llamado teorema del paralelogramo de las fuerzas... Obsérvese, por otro lado, que muchas veces la opinión pública opera de modo más eficaz y determinante en dirección negativa que en sentido positivo; es decir, actúa más decisivamente oponiéndose a un régimen político o a una disposición concreta, que orientando sobre el contenido o caminos a seguir en un régimen establecido o en una ley a dictar. Es decir, es más activa y más coherente para derribar, que para orientar sobre la construcción positiva... Hay que tener en cuenta además que, para que la opinión pública actúe eficazmente como poder social, es preciso que se convierta en algo más que opinión, que se transforme en voluntad encaminada a la acción; es menester que no se limite a puros pensamientos internos, sino que se torne conducta efectiva”. (11).

(11) Recaséns Siches, “Vida Humana, Sociedad y Derecho” (México, 1945). págs. 354 ss.

A propósito de la pregunta "Quién manda en el mundo", que se plantea en su notable y muy combatida obra "La Rebelión de las Masas", José Ortega y Gasset hace las siguientes consideraciones sobre el fenómeno del "mando": "Por *mando* no se entiende aquí primordialmente ejercicio de poder material, de coacción física. Porque aquí se aspira a evitar estupideces, por lo menos las más gruesas y palmarias. Ahora bien: esa relación estable y normal entre hombres que se llama "mando" *no descansa nunca en la fuerza*, sino al revés, porque un hombre o grupo ejerce el mando, tiene a su disposición ese aparato o máquina social que se llama "fuerza". Los casos en que a primera vista parece ser la fuerza el fundamento del mando, se revelan ante una inspección ulterior como los mejores ejemplos para confirmar aquella tesis. Napoleón dirigió a España una agresión, sostuvo esta agresión durante algún tiempo; pero no mandó propiamente en España ni un solo día. Y eso que tenía la fuerza y precisamente porque tenía sólo la fuerza. Conviene distinguir entre un hecho o proceso de agresión y una situación de mando. El mando es el ejercicio normal de la autoridad. El cual se funda siempre en la opinión pública, siempre, hoy como hace diez mil años, entre los ingleses como entre los botocudos. Jamás ha mandado nadie en la tierra nutriendo su mando esencialmente de otra cosa que de la opinión pública. O se cree que la soberanía de la opinión pública fue un invento hecho por el abogado Dantón en 1789 o por Santo Tomás de Aquino en el siglo XIII?. La noción de esa soberanía habrá sido descubierta aquí o allá, en esta o en la otra fecha; pero el hecho de que la opinión pública es la fuerza radical que en las sociedades humanas produce el fenómeno de mandar, es cosa tan antigua y perenne como el hombre mismo. Así, en la física de Newton la gravitación es la fuerza que produce el movimiento. Y la ley de la opinión pública, es la gravitación universal de la historia política. Sin ella, ni la ciencia histórica sería posible. Por eso muy agudamente insinúa Hume que el tema de la historia consiste en demostrar cómo la soberanía de la opinión pública, lejos de ser una aspiración utópica, es lo que ha pesado siempre y a toda hora en las sociedades humanas... Tanto vale, pues, decir: en tal fecha manda tal hombre, tal pueblo o tal grupo homogéneo de pueblos, como decir: en tal fecha predomina en el mundo tal sistema de opiniones, ideas, preferencias, aspiraciones, propósitos". (12).

Para captar todo el sentido de las anteriores frases del ilustre filósofo hoy desaparecido, tenemos que preguntarnos sobre qué entendía Ortega y Gasset por opinión pública. Desde luego, no se trata de la opinión de todo el pueblo, y mucho menos de la opinión del pueblo estructurado por las masas. Ortega y Gasset fue un aristócrata del pensamiento, lo que explica su incontenible aversión al predominio histórico y político que desde hace ya muchos años viene ejerciendo el "hombre-masa". Dotado de una capacidad de análisis poco común, Ortega y Gasset nos legó un diagnóstico formidable sobre los fenómenos y crisis que en el mundo moderno ha provocado el ascenso del nivel histórico de las masas; pero entre los tejidos científicos de su obra se escucha, como

(12) Op. cit., en Obras Completas, Tomo IV, págs. 231 ss.

en sordina, el anhelo nunca renunciado de "aristocratizar" el estilo de vida del hombre occidental. La opinión pública que debe mandar, —o, según sus expresiones, que debe ejercitar normalmente la autoridad—, es la que deriva de las élites, Veamos algunas otras frases del maestro:

"Rechazo, pues, igualmente, toda interpretación de nuestro tiempo que no descubra la significación positiva oculta bajo el actual imperio de las masas y las que lo aceptan beatamente, sin estremecerse de espanto. Todo destino es dramático y trágico en su profunda dimensión. Quien no haya sentido en la mano palpitar el peligro del tiempo, no ha llegado a la entraña del destino, no ha hecho más que acariciar su mórbida mejilla. En el nuestro, el ingrediente terrible lo pone la arrolladora y violenta sublevación moral de las masas, imponente, indomable y equívoca como todo destino. ¿A dónde nos lleva? Es un mal absoluto, o un bien posible?. ¡ Ahí está, colosal, instalada sobre nuestro tiempo como un gigante, cósmico signo de interrogación, el cual tiene siempre una forma equívoca, con algo, en efecto, de guillotina o de horca, pero también con algo que quisiera ser un arco triunfal"! (13).

A propósito del papel histórico y político de las masas, agrega Ortega y Gasset lo siguiente: "En una buena ordenación de las cosas públicas, la masa es lo que no actúa por sí misma. Tal es su misión. Ha venido al mundo para ser dirigida, influída, representada, organizada, hasta para dejar de ser masa, o, por lo menos, aspirar a ello. Pero no ha venido al mundo para hacer todo eso por sí. Necesita referir su vida a la instancia superior, constituida por las minorías excelentes... La mayor parte de los hombres no tiene opinión, y es preciso que ésta le venga de fuera a presión, como entra el lubricante en las máquinas. Por eso es preciso que el espíritu —sea el que sea— tenga poder y lo ejerza, para que la gente que no opina —y es la mayoría— opine. Sin opiniones, la vida de los hombres carecería de arquitectura, de organicidad. Por eso, sin un poder espiritual, *sin alguien que mande*, y en la medida que ello falte, reina en la humanidad el caos. Y parejamente, *todo desplazamiento de poder*, todo cambio de imperantes, es a la vez un cambio de opiniones y, consecuentemente, nada menos que un cambio de gravitación histórica". (14).

Esas últimas frases de Ortega y Gasset son, precisamente, las que nos ponen en actitud de alerta frente a las doctrinas ingenuas o candorosas sobre el origen, formación, estructura, valor y sentido de la opinión pública. La idea de las bondades naturales y absolutas de la opinión pública fue un dogma que echó a rodar por el mundo el pensamiento político liberal, y que, al nivel de nuestro tiempo, ha alcanzado la categoría y la eficacia de un mito. Consideramos que para beneficio de las ideas políticas que vive hoy el hombre, en vez de hacerles eco a las manidas tesis de algunos antepasados, e incluso a las ideas de algunos contemporáneos, lo indispensable es someter a una revisión crítica profunda a la doctrina de la opinión pública, la cual podrá indicarnos qué hay de verdadero y aprovechable en la maraña de ideas e intereses en que se apoya tal doctrina.

(13) *Ibid.* pág. 151.

(14) *Ibid.* págs. 221 y 234.

## II.—LOS PARTIDOS POLITICOS

Los partidos políticos son una realidad característica de los sistemas constitucionales, de cualquier índole que éstos sean: presidencial, parlamentario, de Ejecutivo colegiado, etc.

Los partidos políticos, propiamente tales, aparecieron como un nivel superior de racionalización de la vida política. Y, claro está, para llevar a término esta racionalización, era condición indispensable que los hombres se hubieran decidido a vivir formas de organización democrático-representativas. En los tiempos del señorío absoluto del Monarca, —antiguo régimen—, no había razones para la formación de los partidos. En efecto, entonces se organizaba y dirigía el Estado según lo expresado por la voluntad omnipotente del Monarca. De tal suerte que el pueblo no tenía una participación importante en la vida política.

Mas, cuando las ideas democráticas toman forma y se generalizan, los hombres se ven en la necesidad de crear las instituciones o estructuras que posibiliten la intervención necesaria y saludable del pueblo en los asuntos del Estado. Para este fin son fundados los partidos políticos. Dentro del régimen constitucionalista se pretende que sólo mediante los partidos políticos —como órganos de expresión de la opinión popular— puede convertirse el principio de la soberanía del pueblo en algo concreto y eficaz.

Es importante distinguir entre los partidos políticos y las ideologías que ellos representan. En general, podemos afirmar que en todo momento ha interesado menos el estudio de los partidos —entendidos como estructuras político - sociales— que el de la ideología que ellos tratan de impulsar. “Esta orientación, —como lo afirma Maurice Duverger—, se deriva de la noción liberal acerca del partido, al cual considera ante todo como un grupo ideológico” (15). Y cita el mismo autor, como ejemplo de lo antes dicho, la frase de Benjamín Constant, escrita en 1816: “Un parti est une réunion d'hommes qui professent la meme doctrine politique” (16). En esa tendencia, lo que importa es el análisis de las ideas políticas y no un estudio sociológico sobre los partidos políticos.

El marxismo, cuando opone el concepto de “partido-clase” al concepto liberal de “partido-doctrina”, orienta los estudios y las ideas acerca de los partidos sobre nuevos senderos, en los que tienen gran participación las realidades socio-económicas. (17).

En cuanto al origen relativamente cercano de los partidos, afirma Duverger que, estrictamente, sólo a partir de 1850 existen los partidos en su sentido moderno. Es más: en esa época, solamente en los Estados Unidos existían tales organizaciones. En todos los demás países había tendencias de opiniones, clubes populares, asociaciones de pensamiento, grupos parlamentarios, pero no partidos políticos stricto sensu. (18)

En lo referente a la estructura de los partidos, distingue Duverger sobre todo cuatro tipos sociológicos, diferentes por sus elementos de ba-

(15) “Les Partis Politiques” (París, 1954), págs. VIII - IX.

(16) Duverger, *ibid*, pág. IX.

(17) F. V. Konstantinov, *op. cit.* págs. 411 ss.

(18) *Op cit. cit.* pág. 1.

se, por su armazón general, por los lazos de dependencia y por las instituciones directoras. Esos tipos son: 1) el que corresponde poco más o menos a los partidos "burgueses" del siglo XIX, que sobreviven hoy bajo la forma de partidos conservadores y liberales, como en los Estados Unidos, donde imperan casi en forma absoluta. Sus bases están constituidas por comités pequeños, bastante independientes unos de otros, y por lo general descentralizados. El propósito fundamental de estos partidos no es el organizar grandes masas de adherentes, sino sobre todo el de formar cuadros de grandes personalidades. Dichos partidos confían en que, a través de estas personalidades, es más eficaz su actividad. Además, presentan como características el que su actividad es básicamente electoral. 2) Este segundo tipo corresponde a los partidos socialistas de Europa. Las bases de estos partidos no están constituidas ya por "comités", sino por "secciones"; éstas son grupos de trabajo extensos y abiertos en donde a la par de la actividad puramente electoral juega un papel esencial la educación política. Estos partidos sí organizan grandes masas populares, tan numerosas como sea posible. Tienen un sistema de afiliación preciso, y sus finanzas se nutren sobre todo de las cotizaciones de los adherentes. En cambio, el primer tipo de partido no tiene como éste, un sistema público de finanzas, sino que el suyo es privado y se compone de las donaciones y subvenciones de los empresarios, comerciantes, banqueros, etc. En estos partidos socialistas quienes dirigen no son propiamente las personalidades, sino algunas instituciones: Congresos, Comités Nacionales, Consejos, Oficinas, Secretariados, etc., en las que se da una verdadera separación de poderes. 3) y 4). Los tipos tercero y cuarto han sido creados por el comunismo y el fascismo. Tienen numerosos caracteres comunes: una férrea centralización; dirección sobre métodos autocráticos; escasa atención a las luchas electorales; su tarea fundamental es la de la propaganda y de la agitación permanente; se adaptan fácilmente tanto a la lucha abierta como a la lucha clandestina; reposan sobre una doctrina rígida y totalitaria, que no sólo exige una adhesión política sino además la total entrega del ser del prosélito; no admiten distinción entre vida pública y vida privada de los hombres, y pretenden regirlas a ambas. Sin embargo, entre esos dos tipos de partidos encontramos profundas diferencias. Por ejemplo: en cuanto a su estructura, los partidos comunistas se apoyan en "células de empresa"; los fascistas, sobre "milicias privadas". En cuanto a su composición social, los primeros se presentan como la expresión política de la clase proletaria; los segundos, aparecen como un sistema defensivo de las clases medias y burguesas, ante la amenaza de la clase obrera. Por sus doctrinas y filosofías, el comunismo cree en las masas, el fascismo en las élites; aquél es igualitario, éste es aristocrático. El comunismo descansa en una metafísica optimista, en una sólida creencia en el progreso y en las virtudes de la técnica; el fascismo es pesimista, rechaza la corriente científica del siglo XIX y el racionalismo del siglo XVIII, y se fundamenta en valores tradicionales y primitivos: la comunidad de raza, de sangre, de suelo. La figura humana principal, en el comunismo, es el obrerismo; en el fascismo, el campesino. (19).

Para Manuel García - Pelayo, un partido político es "un grupo de personas organizadas con el fin de ejercer o de influenciar el poder del Estado para realizar total o parcialmente un programa político de carácter general" (20).

El mismo autor se refiere a las siguientes clasificaciones de los partidos:

a) Para Bluntschli, el partido es "una parte de una totalidad superior, nunca esa misma totalidad". La clasificación de los partidos deriva así de lo que se tome como supuesto para la concurrencia con los demás, y de este modo establece la siguiente clasificación: 1) partidos mixtos políticos-religiosos; 2) partidos basados en oposiciones regionales o nacionales; 3) partidos de estamentos o de clases; 4) partidos "constitucionales", es decir, divididos por principios de índole jurídico-política, por ejemplo, monarquía o república; 5) gubernamentales y de oposición, no por la función desarrollada en un momento dado, sino por tendencias internas y esenciales al partido, y, finalmente, 6) partidos políticos puros, o sea, los que están determinados exclusivamente por principios políticos y no por oposiciones religiosas, estamentales, territoriales, jurídico-administrativas, etc.

b) Julio Federico Stahl, aparte de la división subsidiaria entre izquierdas y derechas, dividió los partidos en partidos de la revolución y partidos de la legitimidad. Así formulada la distinción, no puede aplicarse más que a la primera época del Estado democrático liberal, y sobre todo si se tiene en cuenta el contenido que Stahl da a ambas palabras. Mas prescindiendo del contenido concreto y del término mismo "legitimidad", puede afirmarse que la distinción entre partidos que están dispuestos a desarrollar sus objetivos dentro de las formas del orden, jurídico político vigente, y partidos que cuentan entre sus objetivos la ruptura de ese orden, ha sido fundamental para el Estado democrático liberal, y lo es para cualquier organización política.

c) Treitschke toma como criterio de clasificación la diversa idea sobre los fines del Estado. De este modo distingue entre: a) partidos que mantienen una concentración política del Estado, es decir, que considerando a éste como un fin en sí mismo afirman la unidad de su voluntad y tratan de asegurar su poder; y b) aquellos que mantienen una concepción social del Estado, viendo en éste un simple medio para la multiplicidad de fines sociales. Los unos ven al Estado desde arriba; los otros, desde abajo.

d) Radbruch considera a los partidos desde sus idearios, clasificándolos en individualistas cuando conciben al individuo como valor supremo al que han de subordinarse el Estado y el Derecho; supraindividualistas políticos, cuando el valor superior es el Estado, y supraindividualistas culturales, cuando dicho valor supremo es la cultura.

e) M. Weber los divide, con arreglo a su orientación finalista, en partidos de patronazgo, o sea, aquellos que se dirigen al logro del poder por el jefe y la ocupación de los puestos administrativos en beneficio de sus propios cuadros; partidos de clase o estamento, cuando están orien-

(20) "Derecho Constitucional Comparado" (Madrid, 1951), pág. 175.



tados por intereses de grupos sociales de esta índole, y partidos ideológicos o de concepción del mundo, cuando lo son por fines objetivos o principios abstractos" (21)

En lo referente a la estructura de los partidos, afirma García-Pelayo:

"En la primera etapa del Estado liberal, cuando el grupo político activo se limitaba a un reducido estrato social, los partidos políticos eran unas minorías de gentes en torno a un jefe; no existía un programa rígido y sistemáticamente establecido, sino que éste se manifestaba más bien en discursos y declaraciones dirigidas no tanto al país como a los "amigos políticos"; tampoco había nada parecido a cotizaciones: los candidatos afrontaban por sí mismos los gastos electorales, mientras que los costos generales del partido —en general escasos— eran sostenidos por el patrimonio particular del propio jefe o por algún mecenas... Mas todo esto cambió cuando, con la irrupción de la democracia, grandes masas pasaron a participar en la vida política activa, pues para lograr con ellas efectos unitarios fue preciso acudir a la organización racional e impersonal; el puro contacto personal hubo de ser sustituido por reglas objetivas y por un aparato burocrático; los objetivos formulados mediante cambios de punto de vista personales por un programa general capaz de interesar a la masa; y las aportaciones económicas irregulares por recursos normalizados y con aplicación racional. De este modo, los partidos de la democracia tomaron, con el correr del tiempo, la siguiente estructura: I) En primer lugar, el partido tiene un programa formulado de manera más o menos rígida o flexible, en el que se exponen sus finalidades generales. En despliegue de este programa, el partido establece su programa o "plataforma" electoral. Junto a estos instrumentos de expresión de objetivos amplios, el partido formula sus "consignas" u objetivos concretos a perseguir en una situación dada. Frecuentemente, sirviendo de base al programa, está la "doctrina" del partido o principios de concepción del mundo, filosofía de la historia, de la sociedad y de la política, ideas económicas, religiosas, etc., en las que se inspira. La doctrina y la custodia de su pureza desempeña un papel particularmente importante en los partidos revolucionarios alejados del oportunismo, y en los de inspiración religiosa. II) La organización del partido se compone: de la dirección de su aparato administrativo; de la base o conjunto de militantes sin cargo directivos, y de los simpatizantes, que pueden ser tanto personas físicas como colectivas". (22)

Una de las características del mundo político moderno es, según lo expresa García - Pelayo, el hecho de que la democracia ha encontrado el procedimiento de adaptarse a las nuevas condiciones que presenta la sociedad de nuestro tiempo. El procedimiento consiste en hacer de los grupos sociales organizados —v. gr. los partidos políticos— los realizadores de los ideales democráticos. Lo fundamental, en la política, no es la acción del individuo, sino del grupo o partido. Y estas organizaciones han alcanzado tal importancia en la realidad política, que incluso influ-

(21) Op. cit. págs. 176 - 177.

(22) Op. cit. págs. 177 - 178.

yén poderosamente en la estructura constitucional. En efecto, los partidos políticos, por su acción extraestatal o intraestatal, han producido cambios apreciables en el Derecho Constitucional, unas veces modificando el ejercicio de las competencias por órganos estatales, otras redistribuyendo las funciones políticas y administrativas, y, en repetidas oportunidades, ampliando la responsabilidad de los funcionarios públicos y gobernantes. Finalmente podemos señalar, en este fenómeno del influjo que los partidos políticos tienen en la estructura constitucional, que éstos determinan, de acuerdo con sus posiciones y actividades, la eficacia o ineficacia de las instituciones establecidas por la Constitución (v. gr. del sistema de gobierno presidencialista, o del parlamentario, etc.) (23).

### III.—GRUPOS DE PRESION Y SU IMPORTANCIA POLITICA

En la terminología política moderna nos encontramos con los llamados "grupos de presión". Constituyen éstos, no propiamente realidades políticas, sino socio-económicas. Se trata, por su medio, de influir en la organización y dirección del Estado, así como en el manejo de las corrientes políticas de mayor influencia; esta labor se realiza, no con fines propiamente políticos, sino con el afán concreto de alcanzar el máximo beneficio para los intereses económicos o sociales que esos grupos representan. Dichos grupos utilizan, indirectamente, las estructuras estatales y las fuerzas políticas, para garantizar a sus actividades e intereses el mejor "ambiente" posible.

"Dentro de los grupos que intervienen en el proceso democrático —dice García-Pelayo— merecen mención especial los llamados por los americanos grupos de presión. Se entiende por tales unos grupos que, sin tener fines específicos o únicamente políticos, están unidos por ciertos intereses comunes que intentan defender mediante su influencia sobre los órganos estatales y las organizaciones políticas, tratando de dirigir la acción de éstas en un determinado sentido. Los métodos por los que se ejerce la influencia puede ser de diversa índole, pero de un modo general cabe clasificarlos con arreglo a las siguientes direcciones: a) influencia en las elecciones; así, por ejemplo, los sindicatos obreros americanos normalmente indiferentes ante los partidos, apoyan electoralmente a aquel que les promete llevar a cabo una determinada política; b) contacto directo con los legisladores, ministros y funcionarios; c) propaganda frente a la opinión pública. En América, los grupos de presión han sido incluso regulados por la ley (Confr. B. Zeller: "The Federal Regulation of Lobbying Act", en "The American Political Science Review, vol. XLII, 1948) (24).

Es interesante, referirse a los caracteres que nos permiten distinguir los grupos de presión de los partidos políticos, ya que entre ellos existen profundas diferencias. El mismo García-Pelayo los distingue así:

a) Los partidos tienen como finalidad la ocupación o participación en el poder político, buscan la investidura jurídico-pública para sus miembros, mientras que los grupos de presión no pretenden la ocu-

(23) Op. citi pág. 179.

(24) Op. cit. pág. 179.

pación del poder, sino simplemente condicionar las decisiones de aquellos que lo ejercen jurídicamente. b) Los partidos tienen una concepción política total y se sienten responsables de los intereses morales y materiales de la totalidad del país; los grupos de presión sólo tienen interés por un problema o por un círculo limitado de problemas, permaneciendo indiferentes ante los demás; sólo se sienten responsables de los intereses del grupo. c) En resumen: mientras que la política es lo fundamental para los partidos y constituye el fin y el sentido de su existencia, en cambio para los grupos de presión es lo accidental, es un mero instrumento para realizar otro tipo de intereses materiales o espirituales.. Para concluir, debemos aclarar ahora cuál es la relación dialéctica entre el grupo de presión y el partido político. a) En primer término, la relación entre ambos es fluyente, de manera que puede haber organizaciones que formalmente tengan la configuración de partido, pero que en realidad actúen como grupos de presión, sea que no les interese ejercer el poder del Estado, sino simplemente influenciarlo, sea que, aún participando en el poder, permanezcan indiferentes para lo que no sea un círculo limitado de problemas. b) Existe una relación compensatoria entre ambos, pudiendo afirmarse que, mientras más fuertes y representativos de los intereses de los núcleos sociales sean los partidos, menos extensión tienen los grupos de presión. Esto explica que sean relativamente escasos en Inglaterra; más fuertes, quizá, en Francia, y fortísimos en los Estados Unidos, dado el carácter ideológicamente inconsistente y de patronazgo que tienen los partidos en este país. Y también explica la pluralidad de tales grupos en los países donde no existe libertad para la formación de partidos. Cabría, pues, decir que cuando los partidos son débiles el poder social asciende al estatal a través de los grupos de presión. (25)

#### IV.—CRISIS DE LOS PARTIDOS POLITICOS EN EL MUNDO ACTUAL

Asistimos, en nuestro tiempo, a una evidente y profunda crisis de los partidos políticos. Esta crisis no es más que un aspecto de la crisis integral por la que atraviesa desde hace ya muchos años el Estado liberal y, en términos generales, toda la ideología del Liberalismo. Cabe preguntarse, incluso, si lo que está en crisis radical es el Estado mismo, como forma de organización política del hombre moderno, en su nuda estructura. Eso, ya por lo pronto, es lo que sostiene el pensamiento político marxista - leninista.

Son muy diversas las causas que han determinado la descomposición de la sólida estructura liberal: económicas, sociales, políticas, éticas, etc. La reacción contra este sistema alcanzó su máxima forma ideológica en el movimiento decisionista de Heller y Schmitt; y su forma práctica más poderosa estuvo representada por los regímenes de corte totalitario, como el nazismo alemán y el fascismo italiano. (26)

(25) Op. cit. págs. 179 - 180.

(26) En relación con la doctrina decisionista, cfr.:

Hermann Heller, "Teoría del Estado".

Carl Schmitt, "Teoría de la Constitución".

Fco. Javier Conde, "Introducción al Derecho Político Actual".

García-Pelayo insiste en una causa de esa crisis, —podríamos llamarla ideológica—, representada por la antinomia que siempre encerró el Estado democrático-liberal. En efecto, a pesar de sus bases comunes, la Democracia y el Liberalismo sostienen en muchos aspectos ideas diametralmente opuestas.

“La raíz fundamental de tal crisis radica en que el Estado democrático liberal se basa en la unidad de dos términos que si durante cierto tiempo se han armonizado, sin embargo representan en sí mismos algo antagónico y de difícil convivencia cuando los principios que los informan obtienen el adecuado despliegue. Tales términos son la democracia y el liberalismo... Ciertamente que ambos tienen una serie de notas comunes, y que ninguno puede vivir sin un mínimum del otro; que la democracia, tal como se ha manifestado en Occidente, exige ciertas libertades liberales, y que el liberalismo precisa de ciertas exigencias democráticas. Pero esto es justamente uno de los supuestos de su antinomia. El otro es que, a pesar de esa necesidad mutua, ambos términos son contradictorios en una serie de aspectos esenciales:.. a) El liberalismo supone la división de poderes como recurso técnico para limitar los propios poderes. La democracia, en cambio, no admite limitación alguna para los poderes del pueblo; por eso su más característica expresión histórica-positiva ha sido el gobierno convencional. b) Para el liberacionismo es esencial la salvaguardia de los derechos de las minorías, pues todo individuo tiene una esfera intangible frente al poder del Estado; para la democracia, la voluntad de la mayoría no puede tener límite. El uno es intelectualista; la otra es voluntarista. c) El liberacionismo significa así libertad frente al Estado; la democracia, posibilidad de participación en el Estado. d) El uno conduce a la afirmación de la personalidad; la otra, a su relativización ante la masa. e) Forma extrema de los supuestos liberales sería el anarquismo; forma extrema de los democráticos, el comunismo”. (27)

Cuando el hombre pierde la fe que había depositado en la ideología liberal, también la pierde con respecto a la eficacia de los procedimientos utilizados por largo tiempo para la realización de aquélla. Por eso, en nuestros días, una sombra de escepticismo sobre el valor y la eficacia de los partidos cubre todo el panorama político. E incluso en ciertos regímenes han entrado esas organizaciones en honda crisis, como en los de tipo totalitario, en el comunista, en el nacionalistasindicalista, etc. Estos regímenes han depositado su fe en un solo partido político, ya que la perdieron con respecto al juego y lucha de diversos partidos para resolver los problemas políticos de una comunidad. El liberalismo creyó que de la lucha de los diversos partidos — la cual era expresión de la libertad de los hombres— emergía siempre la mejor fórmula de solución para los problemas estatales e individuales. En cambio, el totalitarismo, el comunismo y el nacional-sindicalismo, hacen de un solo partido el depositario de su ideología y en él se fundamentan para la realización de sus tareas políticas. (28)

(27) García Pelayo. op. cit. págs. 181 - 182.

(28) Sobre el tema del partido único, cfr.:

Maurice Duverger, “Les Partis Politiques”, págs. 286 ss.

Jules Monnerot, “Soziologie des Kommunismus” (Köln - Berlín, 1952), págs. 50 ss.

Hans Kelsen, “Teoría General del Estado”, págs. 464 ss.

## LA SEGURIDAD SOCIAL EN COSTA RICA (\*)

Lic. ARMANDO ARAUZ A.

Lic. JORGE BRENES C.

Lic. ALVARO VINDAS G.

### CAPITULO PRIMERO

#### *BREVE RESEÑA SOBRE EL ORIGEN Y LA EVOLUCION HISTORICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL*

##### 1.1.—EL HOMBRE Y EL VALOR "SEGURIDAD"

Desde que el hombre aparece en el escenario del mundo, inicia un constante afán por rodearse de "seguridad". Cuando todavía primitivo se guarece en una cueva para librarse de las fieras o para conseguir abrigo contra las inclemencias de la naturaleza; cuando inquieto construye las primeras empalizadas cubiertas de hojas a modo de vivienda o cuando empieza a pulir los minerales para procurarse las primeras armas, está el hombre buscando seguridad. Seguridad ante el ataque feroz del animal salvaje; ante las furias de la naturaleza, ante las inclemencias del tiempo o seguridad en frente de sus propios semejantes.

De este afán permanente por conseguir seguridad nace también el derecho. El Derecho Penal no es más que el esfuerzo colectivo encaminado a rodear de seguridad la vida de los individuos o a mantener incólumes los principios que organizan la vida social. El Derecho Civil constituye al resultado de la organización social dirigida hacia la protección de las relaciones de familia y de propiedad. El Derecho Constitucional es la garantía de nuestra seguridad ante el Estado y en fin, el Derecho del Trabajo es la lucha actual por conseguir la seguridad dentro de la abigarrada complicación de las relaciones que nacen de la organización económica.

Cuando los filósofos inician la difícil tarea de encontrar la justificación del orden jurídico, cuyo supremo índice es el Estado, caen pronto en la cuenta de que todos esos esfuerzos, escritos en las leyes o vigentes en las costumbres, no son otra cosa que producto de la continuada lucha de la humanidad por conseguir seguridad. Las normas jurídicas se carac-

(\*) Este artículo forma parte de un estudio realizado por los Lics. Arauz, Brenes y Vindas sobre la Seguridad Social, con especial relación al presente y futuro de ésta en Costa Rica.

terizan por su vocación hacia ciertos valores que el hombre persigue a través de esos preceptos. Pues bien: la SEGURIDAD aparece, a la luz de las investigaciones filosóficas actuales, como el máximo de aquellos valores, en el cual se fundan y por el cual se justifican todos los demás.

## 1.2.—EL HOMBRE Y LOS RIESGOS.

Pero por qué esa lucha continuada en busca de la seguridad? ¿Seguridad frente a qué y por qué? La respuesta no tarda en aparecer: es SEGURIDAD ante los riesgos que amenazan la vida o la tranquilidad de las personas. El peligro de que el hombre llegue a verse en determinado momento ante circunstancias adversas para el desarrollo normal de su existencia o ante la posibilidad de perder la propia vida, determina necesariamente una actitud de defensa y de protección frente a ese peligro. Desgraciadamente, la inseguridad acompaña al hombre desde que apareció sobre la tierra.

Dice el actuario argentino José González Galé, que el precepto bíblico nos ilustra muy bien sobre este particular, cuando nos recuerda que fue a raíz de la desobediencia de Adán y Eva al mandato divino, que Dios dictó sobre el hombre su sentencia de muerte y condicionó su existencia al disfrute del pan ganado con el sudor de la frente. De ahí nacen precisamente los primeros riesgos para la humanidad. Agrega González Galé que como si fuese poco, las cosas no terminan ahí sino que, notando Dios la satisfacción humana en frente de las obras que el trabajo producía, perfeccionó el castigo haciendo que no siempre hubiese trabajo y que a cierta edad las fuerzas físicas y mentales del hombre se redujeran hasta imposibilitarlo a trabajar. Surgieron así nuevos riesgos y se desató la amenaza permanente que hoy se cierne sobre la humanidad. Y no pareciera andar descaminado el actuario que se ha mencionado, desde luego que una ligera observación del avance del hombre a través de la civilización, nos lleva a la conclusión irrefutable de que civilizar es crear mayores necesidades y exponer al hombre a mayores riesgos.

Naturalmente, la historia nos muestra un esfuerzo continuado de la sociedad para librarse de esos riesgos. Tanto el hombre primitivo como el actual han buscado de modo permanente las formas más eficaces de protegerse integralmente y los medios más adecuados de llenar sus necesidades. Tendrá ese duro camino hacia la seguridad una meta próxima para los hombres? Es muy difícil predecirlo. Pero en todo caso el hombre avanza patéticamente hacia adelante en busca de una vida mejor, y ya eso es una esperanza.

## 1.3.—ACTITUD DEL INDIVIDUO FRENTE A LOS RIESGOS A TRAVES DE LA HISTORIA

El ingenio humano ha puesto en juego todas sus posibilidades, desde los albores del mundo, para conseguir la meta deseada de una vida libre de peligros y preocupaciones. Son múltiples las formas, individuales o colectivas, en que el hombre ha buscado su propia seguridad y la de los grupos de

que forma parte. Para efectos de este trabajo nos vamos a referir solamente a algunas de esas formas, por considerarlas imprescindibles en toda reseña histórica que se haga sobre esta materia.

a) *La previsión familiar.*—Los primeros esfuerzos del ser humano para protegerse contra todos los riesgos, deben concebirse dentro del grupo social por excelencia: la familia. Si bien en las primeras etapas del desarrollo de la humanidad el grupo familiar aparece como determinado únicamente por lazos de tipo natural provenientes del instinto, más adelante lo encontraremos como institución social en que, además de aquellos lazos, hay otros de orden moral y social que le dan consistencia y complemento. Dentro de este último tipo el jefe de familia constituye el decisivo soporte del grupo y por lo tanto, su muerte determina el mayor riesgo para todos. Por eso se llegó en la práctica a establecer normas que obligaban al heredero del padre de familia a responsabilizarse de atender las necesidades familiares antes a cargo de aquel. Así comenzaron a organizarse los medios de protección familiar, que son un jalón indiscutible en la marcha constante del hombre hacia una vida mejor.

b) *Protección gremial.*—De las relaciones de tipo familiar se pasa paulatinamente a la organización gremial conocida durante la Edad Media. El vínculo familiar, si bien se conserva y se refugia en los conceptos consanguíneos, ceda a otro más amplio y más típicamente económico como es el que surge de la existencia de los gremios. Es frecuente encontrar, en la época en que se produce el florecimiento de la economía gremial, varias leyes escritas mediante las cuales las diferentes agrupaciones se comprometen a indemnizar a sus miembros, hasta ciertos límites, cuando fuesen víctimas de pérdidas provenientes de naufragio, incendio, inundación, robo, etc. Para hacer frente a las obligaciones económicas que tales riesgos suponían, los agremiados contribuían periódicamente. De este tipo fueron las asociaciones gremiales anglosajonas, las dinamarquesas, etc., que aparecen entre los siglos X y XIII de nuestra era.

c) *Protección no gremial.*—El ejemplo de los gremios fue seguido por agrupaciones no gremiales que sentían también el rigor de algunos riesgos comunes y se apresuraron a organizar medios de protección contra aquéllos. Así nacieron, durante la Edad Media, las COLLEGIA TENUIORUM y las GILDAS. Las primeras consistían en el pago de una cuota de entrada y en pagos mensuales que deban derecho al asociado a los gastos de enterramiento. Y las segundas eran organizaciones mediante las cuales los asociados se ayudaban mutuamente en casos de enfermedad e incendio. A estas organizaciones podía afiliarse cualquier persona, por lo cual ellas marcan la iniciación de múltiples asociaciones de protección mutua conocidas aún en nuestros tiempos. En la base de estos sistemas de protección palpita un sentimiento de solidaridad social que trasciende aquellos de solidaridad familiar y gremial.

d) *Las agrupaciones religiosas.*—Las disciplinas religiosas son propicias a crear sentimientos de solidaridad humana. Alrededor de ellas llegaron a congregarse diferentes personas provenientes de las más diver-

sas actividades, que se organizaron para protegerse y proteger a los demás contra los riesgos que los amenazaban a todos, tales como incendio, muerte, indigencia, etc.

La Iglesia Católica es la que toma la delantera en esta labor, allá por el siglo X cuando se preocupa porque "los fieles de su devoción contribuyesen al alivio de las congojas de sus prójimos" y estableció el principio de que las "parroquias debían mantener a los viejos, huérfanos y desocupados de la localidad cuando carecían de ayuda familiar". Más tarde y más o menos en el siglo XII, el Papa Alejandro XII dictó medidas protectoras en caso de robo en el sur de Francia. Tales medidas se mantienen hasta 1789. Para no quedarse atrás, el protestantismo auspició medidas similares y las estableció casi iguales a las de la Iglesia. Pronto otras sectas religiosas siguieron por el mismo camino, explotando los sentimientos de solidaridad humana que se encuentran en la base de casi todas las religiones.

Es necesario hacer notar que todas estas organizaciones provienen de la iniciativa particular, en el sentido de que no están propiciadas por el Estado, y que se fundamentan en el sentido de la CARIDAD. El amor al prójimo y la obligación de hacer el bien por exigencia de Dios, eran los motores que movían los esfuerzos organizados de protección social.

e) *La Caridad Pública proveniente del Estado.*—Como era de esperarse, llegó un momento en que el número de necesitados fue mayor o igual que el de contribuyentes y sólo quedó el camino de que fuese el Estado, como supremo tutor de los ciudadanos, el que asumiera activamente la tarea de protegerlos. Era necesario, como lo expuso el humanista Luis Vives, en 1526, que esos procedimientos que guardan carácter de caridad o limosna, se cambiaran por el establecimiento de instituciones de beneficencia pública financiadas en parte o en todo por el Estado. Este ideal de la época se realizó en 1601 en Inglaterra y dos siglos después se materializó en Dinamarca y Suecia. De esta época emanan todas las instituciones conocidas como de beneficencia o caridad pública, pagadas o subvencionadas por el Estado. Aún hoy día, hay muchos países de la tierra que tratan de resolver sus problemas sociales, aplicando los viejos conceptos que preconizó Luis Vives en 1526.

#### 1.4.—LA REVOLUCION INDUSTRIAL Y LA INTERVENCION DEL ESTADO

La Revolución Industrial trajo a la humanidad un cúmulo de cosas nuevas que sirvieron para mejorar nuestros medios de vida. Fue un formidable avance en la civilización que, como corolario, vino a la vez a crear-nos una gran cantidad de necesidades. En esta época el taller fue sustituido por la fábrica y el "maestro" o "jefe de taller" por el director o gerente. Y ya el dueño del centro de labores no es precisamente el jefe, sino, por lo general, un desconocido para cuya empresa trabajan hombres desconocidos también, vinculados a él por los contratos de trabajo. Todo lazo de orden sentimental entre asalariado y dueño se pierde, trans-



formándose en simple vínculo contractual. Por no conocerse uno al otro, o por simple carencia de contacto personal, el infortunio del trabajador o del patrono, pasan desapercibidos para la otra parte y viceversa. No existe la solidaridad que existió en otros tiempos ante la desgracia sufrida por alguna de las partes. Las relaciones humanas son frías y despojadas de sentimientos familiares.

La producción en serie y la ganancia entusiasmaron al empresario e hicieron que, con voluntad o sin ella, se olvidaran del bienestar de los demás, inclusive del de sus propios colaboradores. Por otra parte, ese nuevo orden de ritmo más acelerado, influye en la vida de los trabajadores, porque los transforma, por influencias de la máquina, en verdaderos autómatas. La división del trabajo, la máquina, los nuevos métodos, los inventos, los avances científicos, etc., etc., impulsan al empresario a una mayor explotación y entonces el Estado, en defensa de su capital humano, se ve obligado a intervenir dictando leyes especiales para regular la prestación de las fuerzas físicas y mentales de los ciudadanos. La organización capitalista pone en manos de un solo sector los medios e instrumentos de producción y el trabajador sólo queda con sus fuerzas para ponerlas al servicio del patrono o cambio de un salario. Sus ingresos están limitados y el futuro los espera casi siempre con esposa e hijos. La lucha por la vida le es cada vez más difícil y nada puede esperar de las suyos que andan igual que él. Necesita, por lo tanto, organizarse y que el Estado le ayude, lo secunde, lo respalde. Nacen de ahí los sindicatos y las agrupaciones en general de defensa clasista. Nacen asimismo las medidas que el Estado moderno se ha visto obligado a dictar para la salvaguarda de los intereses de los trabajadores, que son los suyos, ya que el capital humano es la suprema riqueza de un país.

### 1.5.—LA INSTITUCION DEL SEGURO. — SU IMPORTANCIA

La institución del seguro vino a prestar un auxilio grande en el campo de la previsión social. Las bases técnicas sobre las que opera, facilitan y garantizan mejor que las medidas primitivas y empíricas, el éxito de los esfuerzos que se hagan para atenuar los males sociales. Mediante el uso del seguro logró mucha gente resarcirse de las pérdidas de orden económico causadas por el riesgo de la muerte prematura, así como por los incendios, naufragios, ciclones, robos, muerte de ganado, pérdida de bienes, retiros de la vida activa por razones de invalidez, vejez, enfermedad, accidentes, etc., etc., y en fin, resguardarse contra riesgos profesionales, fisiológicos y económicos. La institución del seguro logró poner a operar, en forma financieramente equilibrada, una serie de sistemas de protección con beneficios más ciertos.

### 1.6—ORIGEN Y DESARROLLO DEL SEGURO

El seguro empezó a desarrollarse formalmente a mediados del siglo XIV, en tiempos de la industria italiana del seguro marítimo. Su verdadera fisonomía científica en referencia a la protección de la vida, la adquirió en Inglaterra a raíz de los estudios de Benjamín Gompertz y de

Makeham, matemáticos estadísticos que lograron determinar fórmulas matemáticas para medir la mortalidad en las comunidades. Desde entonces, el seguro ha continuado a base del llamado cálculo actuarial, y el actuario, como profesional, se ha constituido en el cerebro de estas instituciones.

Tanto usado para fines de previsión social, como para fines de orden comercial, la hegemonía del seguro social estuvo primeramente en España e Italia. En esta época se regula por primera vez el contrato del seguro en un edicto de los Magistrados Municipales de Barcelona publicado en 1435 e insertado en la edición "El Consulado del Mar" en 1494. La hegemonía pasa después —en el siglo XVII—, a Holanda y Francia; en el siglo XVIII a Inglaterra, donde por primera vez se aplica el cálculo actuarial; luego, en el siglo XIX, a Alemania, donde en 1883 lo evolucionan hasta llevarlo al "Seguro Social" y, finalmente, durante todo lo que llevamos del siglo XX a los Estados Unidos de N. A., donde se le ha puesto a operar en la escala máxima de su explotación comercial.

Factor de relevante importancia en el desarrollo del seguro es, sin lugar a dudas, el perfeccionamiento del régimen económico monetario, así como el nuevo orden creado por las actividades de la sociedad con base de la creciente división del trabajo.

El seguro empezó a operar en forma cooperativa, continuó en forma capitalista y remata su desarrollo en forma de institución social de derecho público.

En forma cooperativa operaron los Collegia Tenuiorum y las Gildas, ya que dichas organizaciones estaban animadas, no por un interés de lucro, sino por un interés de protección mutua contra riesgos comunes. En igual forma trabajaron todas aquellas agrupaciones similares de la Edad Media, y todavía en nuestros tiempos, quedan operando organizaciones como la "Metropolitan Life Insurance" de New York, compañía de Seguros que trabaja en la forma típica de organización mutual cooperativa y no lucrativa, ya que los "socios" o "dueños" son todos y cada uno de sus mismos asegurados. Vale agregar que ésta es considerada como la más fuerte y solvente institución aseguradora en el mundo.

La industria del seguro llamó poderosamente la atención de ciertos hombres de negocios que se convirtieron luego en aseguradores profesionales. Es la época del traspaso del riesgo y administración del mismo por instituciones especializadas que operan a base de una organización eminentemente capitalista. El asegurador profesional, a cambio del pago de una prima que recibe del asegurado, responde a éste por las pérdidas económicas expresables y compensables en unidades monetarias, que le sobrevengan a causa del riesgo asegurado.

El seguro es un excelente factor de beneficios sociales en una sociedad que pueda comprar protección a través de corporaciones de orden particular y constituye la mejor oportunidad para aquellos que quieran asegurarse.

Convencidos de la necesidad y las ventajas de protegerse, los que vivían del producto de su trabajo quisieron hacerlo a través del seguro, pero sus escasos ingresos les imposibilitaba para pagar las primas, casi siempre caras. Ante tal situación fue necesario que el Estado hiciera

algo porque sus ciudadanos se asegurasen contra los riesgos más comunes, iniciándose la etapa de orden público que culmina con el Seguro Social.

### 1.7.—EL REGIMEN DE LIBERTAD SUBSIDIADA

La importancia que para la sociedad tiene el que los ciudadanos se aseguren por lo menos contra los más comunes riesgos, es cuestión indiscutible. Por tal razón, el Estado decidió establecer el llamado régimen de libertad subsidiada. Consiste en que el gobierno paga una parte del seguro que voluntariamente compra el ciudadano, a efecto de abaratar así su costo y ponerlo al alcance de un mayor número de personas. De esta manera se logró que gran parte de la gente responsable y de espíritu previsor se pusiera a cubierto de los riesgos sociales más caracterizados.

El régimen de libertad subsidiada llenó así un fin social muy importante, pero quedó siempre el Estado, —o a la sociedad, representada por éste—, el problema de aquellos que indiferentes ante lo que en el futuro pudiera pasar, ni con estas facilidades querían asegurarse.

### 1.8.—EL SEGURO SOCIAL

La caridad por humillante, el seguro por caro y el régimen de libertad subsidiada por carente de fuerza sobre todo el ámbito de la sociedad, obligaron al Estado a buscar un nuevo sistema que le permitiera proteger efectivamente mayor número de ciudadanos, especialmente a aquellos que integran la fuerza humana de trabajo. En esa forma se buscaba la solución de los problemas sociales de los trabajadores que son precisamente los más despojados de bienes y recursos. Nació el Seguro Social en Alemania en el año 1883, producto de la genial sagacidad de Bismark.

El Seguro Social viene siendo una adaptación forzada de los principios y las prácticas del seguro privado, para proveer a la sociedad de una protección mínima, obligatoria, universal y a base de un costo uniforme con primas populares. Ante el hecho de que no obstante necesitarlo, hay quienes no quieren o no pueden asegurarse, el Estado, supremo guardián y responsable del bienestar social, interviene creando imperativamente instituciones de derecho público.

Indudablemente, el Seguro Social ha llenado una etapa decisiva en la trayectoria de la previsión social. Con su característica de autonomía financiera y administrativa, ha hecho realizaciones brillantes en beneficio de la humanidad.

El complejo que el "pobre" sentía ante la asistencia médica de caridad, está casi exterminado hoy día en los lugares donde opera el Seguro Social. Más bien ese mismo individuo, que se siente "socio" de esa gran mutualidad, protesta porque no se le atiende rápido y no se le dé lo que pide. Su protesta es señal de fuerza y demostración de dignidad, cosas que indudablemente influyen en el ánimo del ciudadano haciéndolo cada vez más fuerte ante el futuro y más apto para defenderse contra los riesgos sociales.

El hecho de que el Seguro Social cuente con fondos propios y tenga como empresa "socios" que día y noche luchan por una atención mejor, hace que en países como los nuestros la eficiencia de los servicios se mantenga en constante plano de superación. El Seguro Social no es caridad; es un derecho que se paga entre todos los asociados, y esos asociados tienen puestos sus ojos constantemente sobre su administración, obligándolo a superarse. No es de extrañar por eso que los servicios médicos del Seguro Social mejoren constantemente en todos los países y que en vez de voces quejumbrosas o de miedo, las que lleguen en demanda de esos servicios sean voces firmes, actitud de aquellos que se sienten demandando lo que han pagado. La autonomía administrativa y financiera del Seguro Social, ha sido factor decisivo en la consecución de ese nivel de eficiencia. Y el pago directo del servicio ha sido, a su vez un factor que ha influido notoriamente sobre el ánimo del paciente, librándolo de la depresión que implica recibir asistencia pública de caridad. Los componentes de la clase media han encontrado también solución favorable a sus necesidades, pues ya hoy no sienten pena por no poder internarse en una pensión hospitalaria de lujo, ni abrigan el temor de ir a curarse al lado de enfermos de caridad. Todo porque, dentro de ese principio de atención pareja, el Seguro Social ha logrado nivelar hacia arriba la atención para todos, sin lujo pero con eficiencia. Las intervenciones quirúrgicas de alta cirugía, que tan serio problema fueron antes para las clases asalariadas, pueden ser pagadas por el sistema de Seguro Social, resolviendo totalmente el problema.

A más de lo anterior, y ante el hecho de que una mutualidad científicamente organizada, puede garantizar un rendimiento mayor de los capitales sociales que se reúnan, es posible que a base de un ahorro pequeño y periódico, el ciudadano se asegure una jubilación para cuando sobrevenga su vejez o una invalidez prematura, así como pensiones para aquellos que, al morir él, quedan sin amparo económico.

La conjunción de una serie de pequeños capitales individuales pertenecientes a grandes grupos de gentes, puestos a trabajar como un solo capital, permiten, a base de sistemas de capitalización y rentabilidad constante, obtener rendimientos realmente sorprendentes, confirmando la verdad de que la unión hace la fuerza.

La solidaridad social es el fundamento esencial del Seguro Social y a través de ese principio es que se ha logrado que el que más tiene pague por el que menos; y que el que menos se enferme o necesite, pague por el que más. Esa solidaridad ha llegado hasta el patrono o empresario, el cual, interesado en conservar fuerza humana eficiente, participa en la financiación del costo del Seguro Social, mediante un aporte especial. Por su parte el Estado, al igual que lo hiciera en la época de la libertad subsidiada, coopera también económicamente. Y de esta manera se sella el sistema financiero del Seguro Social llamado "sistema de triple contribución forzosa".

### 1.9.—PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL SEGURO SOCIAL

Para el efectivo funcionamiento del Seguro Social, es necesario el cumplimiento de ciertos principios fundamentales, como los siguientes:

a) *Obligatoriedad bilateral*: Persigue el propósito de que de parte del ciudadano no exista renuncia a procurarse protección, sea cual fuere su estado o condición de salud, y para que, a la vez, de parte de la institución no haya rechazo de individuos por razones de edad, estado, etc. Es decir, evitar por todo la selección de riesgos o la discriminación, ya sea en sentido favorable o desfavorable.

b) *Universalidad*: Se impone para hacer efectiva la obligatoriedad y más que todo con la idea de aprovechar las ventajas de la ley de los promedios sobre grandes números, que permite la operación del sistema a base de primas uniformes y mínimo costo. En el campo administrativo, es un poderoso recurso para facilitar el control y la efectiva acción del seguro.

c) *Unidad*: Es necesaria para aprovechar la máquina administrativa al máximo de su rendimiento. Lo aconsejable en esta materia es enfocar varios riesgos a la vez y administrarlos todos conjuntamente. De esta manera los gastos administrativos bajan notoriamente, con lo cual se logra bajar el costo general del Seguro Social.

d) *Solidaridad*.—Es el principio fundamental sobre que debe asentarse la seguridad social. Supone que todos y cada uno de los elementos de la colectividad, son responsables solidariamente de la suerte de la sociedad en general y de la de cada uno de sus componentes en particular. Adquiere aquí la máxima expresión el adagio que reza: "Uno para todos y todos para uno". En el aspecto económico la solidaridad exige la contribución de todos para financiar la protección necesaria en frente de los riesgos sociales y en el aspecto puramente humano, supone el altísimo concepto de que la suerte de los ciudadanos no debe ser indiferente a ninguno de sus semejantes. Naturalmente, como el alma humana todavía no ha alcanzado un grado suficiente de evolución para desterrar del todo el egoísmo, el Estado, reconociendo como supremo el valor "solidaridad", lo consagra en forma de leyes que imponen una conducta uniforme de cooperación a todos los elementos de la sociedad, para lograr la mayor suma de bienestar general compatible con los recursos económicos del país.

e) *Beneficios mínimos uniformes*: Desde el punto de vista social lo que a la sociedad interesa es, indiscutiblemente, proveer un cierto grado de protección y suministrarla a todos por igual, sin distinciones de ninguna naturaleza. La necesidad social es una y puede presentarse en toda clase de individuos. En el terreno práctico, lo único realmente posible de garantizar es una atención máxima, puesto que nadie puede adivinar la ambición máxima de los demás. Tratar de garantizar protección máxima, sea cual fuere el sistema que quiera usarse, sería simplemente demagógico.

El poderoso aporte que la institución del Seguro Social ha significado para la previsión y la seguridad sociales de las naciones contemporáneas, ha inducido a que su establecimiento se propague por el mundo entero.

Bajo este nombre u otros similares lo encontramos en todos los países de Europa y en el 90% de los países de América.

### 1.10.—LA SEGURIDAD SOCIAL COMO GENERO Y EL SEGURO SOCIAL COMO ESPECIE

La sociedad moderna, con altísimo nivel de civilización, nos enfrenta hoy con una cantidad sorprendente de necesidades, y con un gran número de riesgos.

El Seguro Social ha sido un instrumento efectivo para proteger a la sociedad contra riesgos que amenazan a sus clases más débiles económicamente hablando. Como adaptación forzada del seguro privado ha sido posible aplicarlo al combate contra las enfermedades, al riesgo del desamparo económico proveniente de una enfermedad prolongada, de un paro forzoso en el trabajo o de una muerte prematura del trabajador.

Pese a las limitaciones lógicas de orden financiero, y a la perturbación en el valor adquisitivo de la moneda, el Seguro Social ha llenado, —en la mayoría de los países donde se encuentra establecido—, una brillante y eficaz labor en el campo de la previsión social.

Pero todo avanza y conforme evoluciona el grado de civilización en que vivimos, van surgiendo más necesidades y nos vemos sometidos a la presión de nuevos riesgos. El Seguro Social, por sí solo y en la forma en que ha venido operando, no podrá pronto satisfacer con amplitud las necesidades ni las exigencias de los pueblos modernos.

Hoy día se consideran flagelos sociales contra los que debe luchar la humanidad, la ignorancia, las enfermedades, el desempleo, la indigencia, la vejez, etc. Conforme han venido agudizándose estas necesidades, los Estados Modernos han tratado de compensarlas creando nuevos organismos, sistemas y programas para combatirlos. Esfuerzos múltiples, desgraciadamente carentes de coordinación, trabajan en la actualidad expresados en Ministerios, Cajas de Seguro Social, Juntas de Protección Social, Congregaciones, etc., etc., todos dirigiendo sus esfuerzos hacia un objetivo común único: la seguridad integral del hombre en la sociedad, vale decir LA SEGURIDAD SOCIAL.

La Seguridad Social aparece, pues, como el conjunto de esfuerzos organizados por la sociedad, para mejorar, —en lo físico, moral y espiritual—, sus medios de vida, así como para prever y contrarrestar las consecuencias de los riesgos sociales a que se encuentran expuestos sus componentes.

La experiencia demuestra que la efectividad de todo plan de Seguridad Social estriba en la adecuada coordinación que se dé a los distintos esfuerzos de esta índole, denominados programas, sistemas, etc. La carencia de coordinación conduce a la duplicidad de esfuerzos y gastos, por lo que la tendencia moderna viene siendo la de centralizar en una sola administración, todos los sistemas o programas que tengan por objetivo conseguir la Seguridad Social.

Uno de los eslabones más destacados de la Seguridad Social es precisamente, el Seguro Social, forzada adaptación del seguro privado, que

especialmente se ha aplicado a los riesgos de enfermedad, invalidez y muerte, accidentes y desocupación. Hablamos de una aplicación forzada del seguro privado porque en ciertos aspectos, como el de la selección de riesgos, el Seguro Social ha tenido que apartarse totalmente de los principios puros de aquel seguro. Y cada vez que el Seguro Social quiera satisfacer de mejor manera su función propia, tendrá que sufrir más hondas transformaciones que, indudablemente, lo alejarán sistemáticamente de la institución pura del seguro. De ahí que, en rigor, la palabra "seguro", en materia de Seguridad Social, venga a estar mal empleada. En su lugar lo que cabe es hablar de "programas". En páginas primeras de este estudio, al hablar del origen del seguro, dijimos que fue el sistema económico monetario el que vino a perfeccionar el funcionamiento de esta institución; y si nos detuviéramos a analizar ahora la práctica del Seguro Social, nos encontraríamos con que, precisamente, son los trastornos ocasionados por el régimen monetario el principal móvil que nos impulsaría a propiciar una reforma radical de aquél, a fin de lograr mejores resultados dentro de una política de Seguridad Social bien entendida. Esto, desde luego, nos alejaría mucho más del concepto puro y ortodoxo del seguro privado.

Para un mayor éxito en el futuro, parece aconsejable conservar lo que hasta aquí hemos dado en llamar "Seguro Social", a fin de aprovechar todas las ventajas que la autonomía financiera y administrativa ofrece pero, a la vez, lanzarnos a una reforma sustancial que, variando la base filosófica del sistema, permita prácticas que alejen un tanto más al Seguro Social actual de lo que es puramente "seguro" aunque su nombre, por tal razón, tuviese que cambiarse por otro más adecuado. Lo importante es, no el nombre en sí, sino la institución y sus modalidades. Llámesele como se le llame, lo cierto es que hasta el momento el Seguro Social ha venido a ser instrumento de inapreciable valor, principalmente para los trabajadores, a efecto de cubrirse contra los más notorios riesgos sociales, librándolos de la caridad y la limosna.

Muchas agencias y organizaciones, unas administradas directamente por el Estado, otras por entidades autónomas o semi-autónomas, y otras que operan en forma particular, están empeñadas en una constante labor de seguridad, constituyendo así el resto de los eslabones de esta gran cadena. En América Latina encontramos, entre otros, los Ministerios de Trabajo y Previsión Social, los de Educación y Salubridad Pública; los Institutos de Vivienda, los Departamentos de Asignaciones Familiares; las Asociaciones organizadas por sectas religiosas; los organismos de protección a la infancia; los centros correccionales de carácter vocacional o de simple internamiento, y otros más que sería prolijo enumerar. Entre ellos, —huelga decirlo, puesto que ha sido algo sumamente notorio—, ha existido carencia de coordinación y por tal razón los esfuerzos, gastos y costos se han multiplicado. ¿Razón? Sencillamente la de que, posiblemente con la mejor de las intenciones, cada generación ha venido haciendo algo por la Seguridad Social, buscando ampliar servicios conforme al ritmo de la civilización. De ahí que, al darnos cuenta de esa multiplicidad de esfuerzos, convenga hacer un alto en el camino

para integrarlos en una empresa que responda a una sola coordinación, con fundamento en un estatuto jurídico creador de un régimen unitario y obligatorio de Seguridad Social.

### 1.11.—CONCEPTO Y TENDENCIAS MODERNAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El conocimiento del origen y evolución histórica de la Seguridad Social, nos da abundantes pruebas del esfuerzo constante del hombre por protegerse contra los riesgos sociales, todo lo cual remata en el concepto y las tendencias modernas que privan actualmente en la mente de muchos estadistas y técnicos en esta materia. Esas nuevas tendencias rompen todos los viejos moldes sobre los cuales se ha edificado hasta el momento y el concepto filosófico cambia sustancialmente, influyendo desde lo moralmente administrativo hasta la estructura económico-financiera.

El problema de la Seguridad Social sale hoy de las manos del actuuario, para entrar por completo en las de los estadistas, sociólogos o economistas, sin que por ello se renuncie al valioso asesoramiento del actuuario ni al de los demás profesionales afines con estas actividades.

Las nuevas tendencias se caracterizan por un mayor apego al principio de la solidaridad social. Los últimos vestigios de la equidad individual que quedaban impregnados en el Seguro Social, como legítima herencia del seguro privado, se sustituyen ahora por el principio de la justicia social que se materializa en la práctica dando a todos una protección uniforme, sin el requerimiento previo de que quien necesite el servicio o prestación haya llenado tales o cuales condiciones de afiliación o cotización. Para esto las nuevas teorías participan del criterio de que los programas de Seguridad Social deben establecerse ante una serie de necesidades que se presumen en el ciudadano, sin que ellas tengan que ser demostradas a priori.

Hasta el momento, la mayor parte de los seguros sociales se han establecido preferentemente en beneficio de las clases trabajadoras, casi que con el deliberado propósito de aumentar el nivel general de remuneración a sus servicios y previendo sus escasos ingresos; mientras tanto que, en las nuevas corrientes ese criterio se amplía, con la visión más aguda del economista y del político que busca la creación de proyectos de ámbito nacional en beneficio de todos los ciudadanos, puesto que, donde exista un ciudadano, indudablemente deben presumirse necesidades que no deben ser indiferentes al Estado.

Enmarcados en un mismo techo, y vigorizadas por un solo cuerpo legal, las nuevas tendencias buscan centralizar la administración de la protección social, constituyendo al Estado en el supremo director de los programas. Y a la par de esa protección así suministrada, las mismas corrientes tienden, de inmediato, a estimular la gestión del seguro privado y demás fondos o sistemas de pensiones y beneficios sociales de carácter particular, a efecto de que cada individuo, de acuerdo con su particular grado de previsión y posibilidades económicas, se procure la protección adicional que desee.



En lo relativo a prestaciones a corto plazo, como las de enfermedad, maternidad e incapacidad temporales, las nuevas tendencias no difieren en mucho de las vigentes; pero en cuanto a aquellas prestaciones a largo plazo, como pensiones y jubilaciones, sí hay notorias diferencias que nacen en el propio concepto filosófico y doctrinario. Así por ejemplo, mientras en casi todos los seguros sociales existentes prima, para efecto de pensiones, el criterio de que el disfrute de cualquier renta que no provenga del trabajo, debe ser el producto de un capital ahorrado, en las nuevas teorías de Seguridad Social se sustenta otro criterio a través del cual se acepta el hecho de que una pensión significa el derecho indudable de todo ciudadano que ya ha cumplido su misión dentro del proceso de la producción nacional. Esta es la razón suficiente para que la sociedad acepte la obligación de contribuir para financiar dichas pensiones.

El principio de la universalidad se acentúa más en estas nuevas corrientes, y los técnicos bien experimentados hacen notar que mientras tal principio opere, el sistema financiero de capitalización o de reservas es innecesario, puesto que la acumulación inicial de fondos teóricamente no llega a necesitarse nunca, toda vez que la distribución del grupo afiliado al sistema se mantiene siempre igual y los ingresos provenientes de unos servirán para el pago de beneficios de otros. Nace aquí la tendencia a organizar todos los programas que forman cualquier programa de Seguridad Social a base del sistema de reparto o de presupuesto, lo cual no sólo origina programas más dúctiles para mejor adecuarlos a las situaciones cambiantes de orden económico social, sino que simplifican y abaratan notoriamente el proceso administrativo.

En el aspecto financiero también está apareciendo una nueva filosofía: la de que el costo de la Seguridad Social debe ser soportado por la comunidad en general a través del presupuesto nacional. Los nuevos regímenes de este tipo deben implicar una mejor redistribución de la riqueza, razón por la cual no debe gravarse únicamente a una porción de gentes ni tampoco el Estado debe contribuir en forma directa y discriminatoria en favor de un sector especial. No solamente la administración se facilita grandemente a través de esta nueva modalidad, que empata en forma maravillosa con el principio de las prestaciones uniformes y con el de los regímenes de reparto, sino que hace más justiciera la distribución del costo del servicio nacional. Este es el sistema llamado de seguro "no contributivo", sobre el cual se dijo en el Parlamento de Australia, al discutirse una ley aprobada en abril de 1944:

"La opinión del Gobierno, después de una detenida consideración, es la de que el seguro contributivo impone una carga demasiado pesada sobre los miembros de la comunidad con ingresos más bajos, mientras que los recursos procedentes del presupuesto nacional, distribuyen la carga en forma más llevadera y justa, de acuerdo con la capacidad de pago de cada uno, lo cual redundaría en beneficio de la economía nacional. En el sistema tradicional tripartita, el análisis final demuestra que el productor paga más de la participación justa, porque el empresario puede recuperar parte de su aportación mediante elevación de los precios que paga el consumidor, y la contribución del Gobierno se imputa a im-

puestos generales, lo que hace que, en consecuencia, el asalariado soporte y pague siempre una proporción desigual y mayor sobre el costo total de la "Seguridad Social".

Finalmente, el ya citado actuario argentino José González, refiriéndose al aspecto financiero de la Seguridad Social, bajo su concepto moderno, agrega lo siguiente:

"La seguridad social — que los firmantes de la llamada "Carta del Atlántico" han prometido, no sólo a sus pueblos sino a todos los pueblos de la tierra—, se propone —tal como Mr. Beveridge lo ha dicho en su informe— una mejor distribución de la renta global dentro de cada país. No se pretende eliminar la riqueza, pero se quiere tomar de ella una parte del excedente —nada más que una parte— para elevar hasta un decoroso nivel la vida de los humildes. No se quiere arruinar a las empresas —sería estúpido y suicida—; se desea simplemente tomar una porción de sus ganancias para que los salarios cubran, realmente, las elementales necesidades del hogar. No se intenta fomentar la ociosidad; al contrario, el propósito es suministrar trabajo a todos los que sean capaces de hacerlo. Mr. Churchill, en un reciente discurso, lo ha dicho con frase certera y agudo ingenio: "...el mejor modo de asegurarse contra la desocupación es no tenerla. Los desocupados —pobres o ricos— tendrán que trabajar... No podemos tolerar holgazanes entre nosotros, ya sean miembros de la antigua aristocracia, de la plutocracia moderna o de la cofradía de los aficionados a los bares".

#### 1.12.—EL SEGURO SOCIAL DENTRO DE LAS NUEVAS CORRIENTES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El Seguro Social, —o por mejor decir, la tradicional organización institucional que lleva tal nombre—, no es incompatible con las nuevas tendencias de la Seguridad Social. Al contrario: es más bien un poderoso agente que aporta valiosos servicios a esa causa que hoy preocupa tanto a los más conspicuos economistas, políticos y estadistas de la tierra.

La autonomía financiero-administrativa ha probado ser una de las principales causas del buen éxito del Seguro Social, y la contribución directa del asegurado, al desterrar la caridad, ha permitido que un efecto puramente psicológico haya venido a ejercer notoria influencia en el ánimo de los asegurados con indiscutible ventaja para la sociedad.

Las características y modalidades heredadas del Seguro privado son precisamente las que han venido a desfavorecer la buena gestión del Seguro Social, porque, como varias veces se ha dicho en este estudio, éste nació de una adaptación forzada del seguro privado a los programas de previsión social.

Para remover tales desventajas, es preciso hacer evolucionar la institución del Seguro Social, proscribiendo esas desventajas, a través de nuevas modalidades técnicas y prácticas. En tal sentido, lo correcto no es abolir el Seguro Social, sino perfeccionarlo, aunque para ello sea necesario entrar en reformas de fondo que le permitan cumplir nuevas y más justificadas funciones dentro de un programa de Seguridad Social de tipo integral.

Las nuevas tendencias en la materia suponen la universalidad de los programas. Esa es la meta ideal que palpita, por ejemplo, en el Plan Beveridge, que sostiene la proposición de que todos los hombres deben estar asegurados contra todo, desde la cuna hasta la tumba. Sin embargo, la universalidad supone un largo proceso de avance a través de etapas que se imponen para conseguir la necesaria madurez cívica y económica de pueblos y gobiernos. Y esto es así, porque un programa universal de Seguridad Social, solamente puede funcionar bien cuando la economía pueda soportar su carga y cuando los ciudadanos, conscientes de sus derechos, no lo confundan con la Asistencia Pública, que es sinónima de Caridad Pública.

Pese a sus condiciones tradicionales de pobreza económica, Costa Rica ha sido una nación que no se ha rezagado ante los avances de la civilización, y dentro de sus modestos recursos, ha sabido hacer siempre algo positivo por su Seguridad Social. Quizá sea una de esas naciones que han multiplicado, en forma incluso casi anárquica, instituciones y organizaciones de esta clase, con el superior afán de mejorar.

Nuestros esfuerzos por la Seguridad Social se remontan hasta muchos años atrás, como se demostrará en el capítulo siguiente, que contiene el historial de Costa Rica sobre este importante aspecto en su calidad de nación amante del progreso en todos los órdenes de la vida.

## CAPITULO SEGUNDO

### *LA SEGURIDAD SOCIAL EN COSTA RICA*

#### 2.1.—EL PERIODO DE LA CARIDAD PRIVADA

La historia de la Seguridad Social en Costa Rica sigue los mismos lineamientos que la evolución de la materia en toda la humanidad. Son iguales las etapas por las que ha atravesado, similares esfuerzos se han hecho y casi iguales las instituciones que se han creado a través del tiempo para hacerle frente al desamparo del hombre ante los riesgos que amenazan su salud y su vida.

En realidad, si tendemos la vista en una mirada retrospectiva hacia los albores de nuestra nacionalidad, nos encontramos con que, en principio, la caridad privada es la primera forma de Seguridad Social que aparece en el país. Parece paradójico que llamemos Seguridad Social precisamente a la fórmula que a la altura actual de los conocimientos científicos aparece como la negación de aquélla. Pero es que en la evolución histórica de las instituciones sociales, aparecen algunas que si bien en el presente son inexplicables, llenaron también a su debido tiempo un campo en el proceso histórico.

Efectivamente, en la época precolombina y aún en la republicana hasta el año 1845 (época en que se fundó el Hospital San Juan de Dios), no encontramos en Costa Rica más protección para los enfermos, desvalidos, viejos, etc., que la caridad privada. Los hombres, por un sentimiento innato de solidaridad humana, recurren siempre a auxiliar al pró-

jimo en los momentos de angustia o de dolor. Pero tal auxilio tiende a ser meramente parcial y transitorio cuando depende exclusivamente de la voluntad privada de las personas, las cuales no pueden generalmente mantener la misma disposición de ánimo ante una situación que se prolonga a veces indefinidamente.

No existen, pues, antes de la fecha mencionada, esfuerzos colectivos en frente de los flagelos que por siempre han amenazado a la sociedad. La medicina, factor esencial de todo sistema de Seguridad Social, estaba en el país todavía en pañales y se puede sostener, sin temores de ninguna clase, que por aquel tiempo imperaba la superstición y en muchas partes era el "zukia" o médico brujo el que, mediante sus conjuros y conocimientos transmitidos por la tradición, velaba precariamente por la salud de los habitantes. Por otra parte, los estados de vejez o invalidez quedaban a merced de la caridad de las gentes, quienes, por la propia pobreza del país, podían atenderlos sólo en forma muy parcial y rudimentaria.

Esta etapa corresponde a la que en la historia general de la Seguridad Social se conoce con la denominación de "caridad privada". No ha aparecido todavía en esta época la iniciativa del Estado o del gobierno local en su caso, tendiente a combatir, como cosa de gobierno, el estado de penuria que ataca a los hombres en su salud y medios de subsistencia. Los fines esenciales del Estado se han ido completando paulatinamente y como veremos más adelante, este combate contra la inseguridad social y económica no adquiere el rango de esencial sino muy adelante en el proceso de nuestra vida republicana.

No es posible afirmar de modo categórico que antes de 1945 no existieran intentos de tipo comunal o estatal para atender esos graves problemas. Lo que se afirma en este trabajo es que el paso de la caridad privada a la caridad pública se puede apreciar, de modo palpable, cuando se funda el Hospital San Juan de Dios, inaugurándose así una nueva etapa en la historia de la Seguridad Social en Costa Rica.

## 2.2.—LOS PRIMEROS VESTIGIOS DE LA CARIDAD PUBLICA

Como ya se deja afirmado, esta etapa se inicia con la fundación del Hospital San Juan de Dios, el cual nace por ley N° 25 de 23 de julio de 1845. Este acontecimiento es indudablemente de gran significación en la vida del país, desde luego que implica el esfuerzo de la comunidad, organizado por medio de una ley, con el fin de proteger a la sociedad contra el riesgo de enfermedad. Nótese que, al igual que la evolución en el marco universal, aquí también aparecen las instituciones por lo más simple, es decir, por aquellas que tienden a dar de modo inmediato asistencia pública a las víctimas de los riesgos provenientes de las enfermedades. Si bien el aspecto preventivo en relación con la salud pública ha sido intuido y conocido desde la antigüedad, lo cierto es que el aspecto curativo aparece como el primero en el orden de prioridad que establece la mente de los hombres. La primera preocupación es curar a los que están enfermos; y esta función adquiere rango de primordial, dejando en la penumbra el

concepto de la prevención que no aparece sino mucho después en la evolución de estos conceptos. En Costa Rica, concretamente, no aparece el aspecto preventivo hasta en 1932, cuando se funda la Sub-Secretaría de Higiene y Salud Públicas, como dependencia del Ministerio de Gobernación y Policía.

Respecto a la fundación del Hospital San Juan de Dios expresaba el doctor José María Castro M., gobernante de la época: "que nuestros poderdantes no nos digan un día: habéis descuidado uno de vuestros más urgentes deberes: LA SALUD PUBLICA". Y luego agregaba: "Gobernar es curar. Porque gobernar supone conducción de hombres hacia todos los rumbos de la civilización en los campos de la ciencia, del arte, de la industria, del comercio, del cultivo de la tierra y de la explotación de todas sus riquezas, tarea realizable a base de salud que es capacidad, poder, resistencia, valor". Estas palabras del Dr. Castro nos están indicando de modo palpable que ya el Estado, en el año de 1845, ha asumido sus responsabilidades en frente de la salud pública.

### 2.3.—NACIMIENTO DE LAS JUNTAS DE CARIDAD

El Dr. Castro impulsó también la creación de las Juntas de Caridad, organismos de tipo comunal encargados de promover la asistencia pública en sus respectivas jurisdicciones. Si bien el Hospital San Juan de Dios nace como Hospital Nacional, es lo cierto que se reconoce la necesidad de que en las localidades también existan organismos encargados de velar por la salud pública.

El proceso de creación de las Juntas de Caridad se inicia a fines de la primera mitad del siglo pasado, y termina alrededor de 1935. Del estudio somero de las atribuciones se desprende que todos están inspirados en el concepto arcaico de la caridad pública, pues sus móviles responden fundamentalmente a ese sentimiento humanitario.

Las Juntas de Caridad se convirtieron poco a poco en entidades encargadas de la organización de centros hospitalarios y asistenciales en la región correspondiente. Por eso es que la mayoría de los hospitales, incluso el San Juan de Dios, son administrados por ellas y no propiamente por el Estado.

El nombre de las Juntas de Caridad se fue haciendo arcaico conforme se fue superando el principio de la caridad pública, y así vemos que en los últimos años, esas Juntas se han venido a llamar Juntas de Protección Social. El nombre trata de introducir en el país un nuevo concepto, tendiendo a prestar la atención médica como un deber del Estado y de sus órganos y no como una simple caridad o limosna. En el necesario proceso de evolución histórica las denominaciones tienen la virtud de expresar los rumbos nuevos que el Estado asume en frente de los problemas que se le van planteando.

Si bien la fundación prolija de Juntas de Caridad por todos los ámbitos del país marca un nuevo jalón hacia el establecimiento de medios más adecuados para la protección de la salud de los ciudadanos,

es lo cierto que el país entra por el camino de la duplicación de esfuerzos y se establece una anarquía grande en cuanto a prestación de servicios médicos.

Por otra parte, la insuficiencia de medios económicos con que fueron dotadas esas Juntas, originó que la asistencia fuese de lo más deficiente, llegándose a dar el caso de que recibir servicios de asistencia pública significó siempre algo deprimente para el beneficiario. Hospital de caridad fue sinónimo de ineficiencia y de miseria. Todavía hoy día da grima visitar algunos centros hospitalarios administrados por esas Juntas, lo que hace pensar en la necesidad de una nueva política en materia hospitalaria en el país.

Naturalmente, los conceptos que aquí se emiten y que representan una crítica para esa forma de dar la asistencia pública, deben ser apreciados de acuerdo con la época en que se emiten. Hoy podemos criticar aquellas organizaciones porque hemos avanzado mucho en los conceptos hacia la meta de la Seguridad Social integral; pero honradamente hay que reconocer que el proceso de fundación de las Juntas de Protección Social llena una etapa en los esfuerzos realizados por el país en busca de adecuados medios para proteger a sus habitantes contra los riesgos sociales.

#### 2.4.—PRIMEROS INTENTOS DE PROTECCION AL SALARIO

Es evidente que las primeras manifestaciones de la Seguridad Social en el país se inclinan a proteger los riesgos que amenazan la salud de las personas. Por eso es que aparecen primero los hospitales y las Juntas de Caridad, encargadas de promover la asistencia médica gratuita para todos los ciudadanos. Pero con el tiempo aparece otro aspecto importante que la Seguridad Social debe atender. Se trata de la protección al salario de los trabajadores.

Dentro del tipo especial de organización familiar que existe en Costa Rica, nos encontramos con que el padre de familia, trabajador al mismo tiempo, es el que lleva sobre sus hombros la responsabilidad de llenar las necesidades de toda la familia. Por lo tanto, esas necesidades deben ser cubiertas por medio del salario. De esto resulta que cuando se produce una enfermedad que incapacita al jefe de la familia para seguir ganando el salario, la miseria entra por las puertas del hogar, produciendo los consiguientes estragos en toda la familia. No es ya suficiente, pues, proteger al hombre contra las enfermedades, sino que se hace imperativo también garantizar a la familia, aunque en forma par-

La primera forma de protección al salario que aparece en Costa Rica la encontramos en la Ley de Accidentes de Trabajo, que se promulga en 1925. Establece esta ley la posibilidad de pagar medio salario a los trabajadores que se llegaren a incapacitar temporalmente para su trabajo por medio de un accidente, lo mismo que el suministro de médico y medicinas al accidentado. En todo caso, este último suministro debe tenerse también como protección al salario del trabajador, desde luego que el costo de las medicinas y del médico pesaría de otra manera sobre

el salario. También establece la ley la posibilidad de otorgar pensiones por cinco o diez años, cuando el trabajador, por motivo del accidente, pierda parte o toda su capacidad para el trabajo.

No es posible, en este trabajo que tiene carácter de reseña, hacer un análisis detallado de la Ley de Accidentes de Trabajo. Bástenos simplemente afirmar que en ella se inicia la consideración de otro aspecto fundamental de la Seguridad Social, como son las prestaciones en dinero, tendientes a restituir el salario del trabajador.

Además de la ley ya mencionada, aparecen, antes de 1940 algunas otras leyes que le van dando extensión a la tendencia cada vez más creciente del Estado costarricense a conseguir un mayor grado de seguridad para sus ciudadanos. En 1920 encontramos algunas disposiciones sobre la jornada máxima de trabajo. En 1933 se hace la primera fijación de salarios mínimos y en el año siguiente se establecen las comisiones encargadas de hacer esa fijación. También en 1933 se dictan algunas disposiciones sobre el trabajo de los menores y de las mujeres y en 1937 se legisla por primera vez sobre registro y funcionamiento de organizaciones obreras. Es la cuestión social haciendo su ingreso lento pero firme en el escenario costarricense.

## 2.5.—CREACION DE LA SECRETARIA DE ESTADO EN EL DESPACHO DE SALUBRIDAD PUBLICA Y PROTECCION SOCIAL

Es claro que los esfuerzos de las Juntas de Caridad no fueron suficientes para llenar la constante demanda del país en materia de asistencia médica. Además, como se puede notar a través de esta reseña, aquellas Juntas estaban dedicadas al problema puramente curativo sin prestar atención al aspecto preventivo en relación con las enfermedades.

Por todo lo anterior y porque el Estado ya había adquirido conciencia de la necesidad de asumir la dirección de los esfuerzos nacionales en bien de la salud pública, fue que se fundó primero en 1923 la Subsecretaría de Higiene y Salud Públicas, como anexa a la cartera de Gobernación y Policía, y en 1927 la Secretaría de Salubridad Pública y Protección Social.

El Proyecto de Ley que se envió con motivo de la creación de esta Secretaría, y que a la postre se convirtió en Ley, es el siguiente:

*Secretaría de Gobernación y Policía*

### CONGRESO CONSTITUCIONAL.—

Día con día se han venido desarrollando progresivamente las actividades de la Subsecretaría de Higiene y Salud Públicas, y en breve tendrán que aumentarse con la creación de los Departamentos de Demografía, Ingeniería Sanitaria y Epidemiología.

Los diferentes servicios relacionados con la Beneficencia Pública, que por Decreto N° 4 de 4 de marzo próximo pasado, fueron adscritos a la referida Subsecretaría, no son otra cosa que organismos de protec-

ción a la salud pública, cuya ley N° 52 de 12 de marzo de 1923, al clasificar la higiene en general y local, solamente da a la Subsecretaría una ingerencia muy limitada en cuanto a la última, de tal manera que no puede controlar como es debido, y menos fiscalizar, todas las disposiciones dictadas en orden a la higiene local de los diferentes poblados de la República; y dada su dependencia de la Secretaría de Policía, carece de personalidad suficiente para exigir de todas las autoridades la cooperación que los trabajos relacionados con la salubridad pública requieren, estado de cosas ese que no tiene otras consecuencias que la demora en la tramitación de los negocios que son de su natural dominio; y que por razón de su propia índole, tienen que ser resueltos con la mayor rapidez.

Considerados todos los motivos expuestos, e inspirado en el laudable propósito de subsanar las deficiencias apuntadas, el señor Presidente de la República me ha dado instrucciones para someter a vuestros ilustrados debates, el siguiente proyecto de ley, que tiende a independizar todos los asuntos íntimamente ligados con la Higiene, Salud y Beneficencia Públicas:

## EL CONGRESO CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA

### *Decreta:*

Artículo Unico: Créase la Secretaría de Estado en el Despacho de Salubridad Pública y Protección Social, la cual tendrá a su cargo las siguientes funciones:

- a) Las que actualmente señala la Ley sobre Protección de la Salud Pública, a la Subsecretaría de Higiene y Salud Públicas.
- b) Las correspondientes al ramo de la Beneficencia Pública.
- c) Las que incumben actualmente a la Secretaría de Gobernación y Policía, en relación con la Higiene local.

*Comuníquese al Poder Ejecutivo.*

Dada en el Salón de Sesiones del Congreso.—Palacio Nacional.—San José, a los tres días del mes de junio de mil novecientos veintisiete.—Arturo Volio, Presidente.—León Cortés, Primer Secretario.—Enrique Fonseca Zúñiga, Segundo Secretario. — Casa Presidencial, San José, a los cuatro días del mes de junio de mil novecientos veintisiete.—Ejecútase, RICARDO JIMENEZ. — El Secretario de Estado en el Despacho de Gobernación, R. Castro”.

De esta fecha en adelante, la Secretaría de Salubridad, ya como organismo independiente, comenzó a prestar incalculables servicios al país, sobre todo orientando las campañas de tipo preventivo que tanta falta venían haciendo al país. La creación de las Unidades Sanitarias, si bien hoy nos parece medida de poco provecho dada la poca atención que se les presta, es téóricamente una medida trascendental para casi todas las localidades de la República.



En un esfuerzo muy laudable de coordinación y control de servicios, la Secretaría de Salubridad Pública ha creado un Departamento especializado, hoy llamado Dirección General de Asistencia y Protección Social, el cual ejerce una estrecha vigilancia sobre la labor de las Juntas de Protección Social. Esta labor de vigilancia tiende a convertirse poco a poco en dirección efectiva, lo que indudablemente implicará una mayor coordinación en la prestación de los servicios médicos procedentes de la beneficencia pública, y un mejor planeamiento en las campañas preventivas con las puramente curativas.

## 2.6.—EL NACIMIENTO DEL SEGURO SOCIAL

Los antecedentes históricos que hemos reseñado habían preparado el terreno para que se produjera, en 1943, el nacimiento del Seguro Social. En efecto, por medio de una reforma constitucional, apareció en nuestra Constitución Política anterior el artículo 63, que textualmente decía:

**ARTICULO 63:** Se establecen los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de triple contribución forzosa del Estado, de los patronos y de los trabajadores, a fin de proteger a éstos contra los riesgos de enfermedad, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que la ley determine.

La administración y gobierno de los seguros sociales estará a cargo de una Institución permanente, con esfera de acción propia, llamada Caja Costarricense de Seguro Social, que desempeñará sus funciones con absoluta independencia del Poder Ejecutivo.

Los fondos o reservas de los seguros sociales no podrán ser transferidos ni empleados en finalidades distintas a las que motivaron su creación, y su manejo será hecho por la Caja, de acuerdo con su ley constitutiva.

Los seguros contra riesgos profesionales serán de exclusiva cuenta de los patronos y se regirán por disposiciones especiales.—(Ley N° 24 de 2 de julio de 1943)".

En 1948, después de la Revolución y en la nueva Constitución Política, el texto del artículo 63 anterior fue sustituido por el artículo 73, que textualmente dice:

**"ARTICULO 73.**—Se establecen 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.

No podrán ser transferidos ni empleados en finalidades distintas a las que motivaron su creación, los fondos ni las reservas de los seguros sociales.

Los seguros contra riesgos profesionales serán de exclusiva cuenta de los patronos y se regirán por disposiciones especiales".

Como se ve, ambos textos constitucionales establecen los seguros sociales regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, los patronos y los trabajadores, con la finalidad de proteger a estos últimos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, vejez, maternidad, muerte y otras contingencias de carácter social.

La Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, derivada de las disposiciones constitucionales que se han transcrito, es la N° 17 de 22 de octubre de 1943, la cual, en sus artículos 3, 4 y 5 establece claramente el campo de aplicación de sus propias disposiciones. Estos artículos dicen lo siguiente:

"Artículo 3°—Todos los trabajadores manuales e intelectuales que ganen sueldo o salario serán asegurados obligatorios, pero el pago de sus cuotas y el monto de los beneficios a que tendrán derecho, se calcularán tomando como base el sueldo o salario de cada uno de ellos; la Junta Directiva fijará la fecha en que entrará en vigencia el Seguro Social de los trabajadores independientes y las condiciones de este seguro.

Si el salario o sueldo de un trabajador fuere superior a cuatro mil ochocientos colones anuales, las cuotas y beneficios se calcularán sobre esta última suma como máximo.

Ninguna persona mayor de sesenta y cinco años podrá ingresar al régimen del Seguro Social y, si lo hiciere, la Caja practicará de oficio la exclusión que corresponda.

Artículo 4°—No se considerarán asegurados obligatorios:

a) Los extranjeros que vengan a servir al país en virtud de un contrato de trabajo a plazo fijo, durante el término del mismo y siempre que éste no exceda de seis meses;

b) Los miembros de la familia del trabajador que vivan con él, trabajen a su servicio y no perciban salario en dinero;

c) Los trabajadores que reciban una pensión o jubilación del Estado, de las Municipalidades o de las instituciones dependientes de aquél o de éstas. Sin embargo, continuarán en el seguro obligatorio aquellos cuya pensión o jubilación no sea mayor de cien colones mensuales y que estén en las condiciones que rige el Reglamento de la Caja; y

d) Los trabajadores que, a juicio de la Junta Directiva, no deban figurar en el seguro obligatorio: a) por ser el número de sus jornadas anuales inferior a noventa; b) por su carácter de representantes del patrono; y c) por otras circunstancias especiales que la Junta determine.

En los casos a que se refieren los incisos anteriores, si la Caja no hiciere de oficio la exclusión por falta de datos, ésta se practicará una vez que el interesado haga la solicitud y rinda la prueba fehaciente que corresponda.

Artículo 5°—El seguro social será facultativo sólo para el trabajador que por cualquier circunstancia deje de ser asegurado obligatorio y que voluntariamente desee continuar en el goce de los beneficios de la presente ley. En este caso, deberá cubrir la cuota que para el seguro facultativo establezca la Junta Directiva, la cual también determinará, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 3°, los beneficios a que tendrá derecho el interesado".

Como se puede observar, la ley no hace diferencias de ninguna clase en cuanto a categorías de trabajadores, pues únicamente establece que son asegurados obligatorios los trabajadores manuales e intelectuales que ganen sueldo o salario.

Las limitaciones que excluyen a cierto número de trabajadores de los beneficios de la ley, hacen referencia al lugar donde aquellos lleven a cabo sus labores o al monto del salario que ganen.

En cuanto a esta última circunstancia es preciso declarar que deben contemplarse dos aspectos:

a) Dentro del régimen de enfermedad y maternidad, solamente están comprendidos obligatoriamente aquellos trabajadores que ganan cuatrocientos colones o menos mensualmente. Sin embargo, puede darse el caso de que personas de mayores ingresos estén obligadas al seguro ya sea porque posteriormente han recibido un aumento de salario (Artº 3º del Reglamento Enfermedad y Maternidad) o porque permitan su inclusión en planillas sin pedir la exclusión dentro del mes inmediato siguiente a la fecha en que por primera vez se les dedujera la cuota correspondiente al Seguro Social (Artº 2º Inciso c) Reglamento Enfermedad y Maternidad). En todo caso, las deducciones siempre se hacen con base en la suma de cuatrocientos colones mensuales de salario.

b) Dentro del régimen de Invalidez, Vejez y Muerte, la situación varía en cuanto en este caso no existe la limitación de que se ha hablado en el punto anterior. Todos los trabajadores que enumera el Reglamento de este régimen están obligados al seguro, cualquiera que sea su salario pero cotizan sobre la base de cuatrocientos colones mensuales.

Los artículos 1º y 2º de ese Reglamento dicen lo siguiente:

“Artículo 1º—El Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, que de conformidad con el presente Reglamento asume la Caja Costarricense de Seguro Social, es obligatorio:

1) Para todos los trabajadores del Estado, remunerados mediante sueldos o salarios fijos consignados en los presupuestos respectivos.

2) Para los empleados de las instituciones y empresas, públicas o privadas, enumerados a continuación:

a) Los gerentes, administradores, y, en general, las personas que a nombre de otro ejerzan funciones de dirección o administración.

b) Los empleados de oficinas, consultorios profesionales y escuelas particulares, excepto porteros, mandaderos, y, en general, aquellos que se dediquen a labores de limpieza o aseo.

c) Los empleados y auxiliares de comercio, excepto los dependientes de mostrador, cobradores, porteros y mandaderos.

d) Los capitanes de barco, oficiales, administradores y asistentes de la administración de la misma.

e) Todas aquellas personas que en general y a juicio de la Caja, deban estar protegidas por estos beneficios en razón de la calidad de las funciones o trabajo que desempeñen.

Artículo 2º—Se considerarán excluidos de este Seguro:

a) Los trabajadores y empleados que ingresaren al Seguro Social después del 31 de diciembre de 1946, con más de cincuenta años de edad.

b) Los trabajadores enumerados en el artículo 4º de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, excepción hecha de los gerentes, administradores y, en general, las personas que a nombre de otro ejerzan funciones de dirección o administración, quienes sí estarán comprendidos en el Seguro.

c) Los trabajadores o empleados de las instituciones, empresas públicas o privadas, no contemplados en la enumeración del inciso 2) del artículo anterior."

## 2.7.—CONTINGENCIAS CUBIERTAS POR EL SEGURO SOCIAL

El artículo 2º de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social dice lo siguiente: "El Seguro Social obligatorio comprende los riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez, vejez, muerte 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".

De este artículo arrancan dos reglamentos: uno llamado de los Riesgos de Enfermedad y Maternidad, y el otro llamado de Invalidez, Vejez y Muerte.

El Reglamento de Enfermedad y Maternidad contempla los beneficios que comporta el programa, los cuales pueden enunciarse en la siguiente forma:

### *Riesgo de Enfermedad:*

- Asistencia médica, general, especial y quirúrgica.
- Asistencia hospitalaria.
- Servicio de Farmacia,, laboratorio, rayos X y terapia en general.
- Servicio de Odontología.
- Asistencia médica y farmacéutica para los hijos de las aseguradas los dos primeros años de vida.
- Subsidios en dinero.
- Subsidios de sepelio.
- Otras ayudas de orden monetario.

### *Riesgo de Maternidad:*

- Asistencia obstétrica en la casa o en el Hospital que la Caja indique.
- Subsidios en dinero.
- Asistencia láctea para los hijos de las aseguradas.

### *Seguro Familiar. Protección a los familiares:*

- Asistencia médica general, especial y quirúrgica.
- Asistencia hospitalaria.

Servicio de Farmacia, laboratorio, rayos X y terapia en general.

Es importante indicar que los beneficios por enfermedad se adquieren después de cuatro semanas de cotización. Los de maternidad, después de seis meses y los relativos a los familiares del asegurado, después de que éste haya cotizado por ocho semanas consecutivas.

La asistencia médica en el seguro de enfermedad se otorga durante 52 semanas y los subsidios, correspondientes en general al 50% del salario del trabajador, durante 26 semanas. Nunca se pagan los primeros cuatro días de incapacidad. Los subsidios por maternidad se dan un mes antes y un mes después del parto. En materia de Seguro Familiar, los parientes del asegurado son atendidos durante 26 semanas pero no tienen derecho a subsidio.

El Reglamento de Invalidez, Vejez y Muerte establece los beneficios de este otro programa, los cuales pueden resumirse en la siguiente forma:

a) *Beneficio por Invalidez*: El asegurado que habiendo cotizado durante 3 años llegare a quedar inválido, tiene derecho a una pensión vitalicia equivalente al 40% del sueldo promedio devengado en los 3 años anteriores a la invalidez. Además, si tiene más de 36 meses de estar pagando para este seguro, por cada año adicional de cotización tendrá derecho a un aumento de su pensión de 1.5%. En esta forma puede llegar a recibir hasta el 90%, y no más, del sueldo promedio devengado en los 3 años anteriores a la invalidez.

b) *Beneficio por Muerte*: Para obtener este beneficio es preciso que el asegurado que fallece haya cotizado, por lo menos, con 36 cuotas para este programa. En estas condiciones, la viuda y los hijos menores de 16 años, disfrutarán de una pensión equivalente al 30% de la pensión que disfrutara o que hubiere disfrutado el fallecido para la primera y el 15% para cada huérfano.

c) *Beneficios por Vejez*: La pensión por Vejez se concede a los asegurados activos mayores de 65 años, siempre que hayan pagado por lo menos 180 cuotas mensuales, o sea que hayan pagado durante 15 años. La pensión es equivalente al 40% por ciento del salario limitado a ₡ 400.00 y por cada año adicional de cotización después de los 15 de plazo de espera, aumenta en razón de 1.5%.

Este seguro no comprende a los obreros; cubre solamente a los que pudieran llamarse trabajadores intelectuales y los obliga absolutamente a todos, con la limitación de que están compelidos a cotizar únicamente sobre los primeros ₡ 400.00 de salario.

## 2.8.—EXTENSION ACTUAL DE LOS PROGRAMAS DE SEGURO SOCIAL

En realidad, el Seguro Social está sumamente limitado en relación con las necesidades del país. En el país hay alrededor de 325.000 trabajadores activos y el Seguro cubre con sus beneficios de Enferme-

dad y Maternidad por ahí de unos 90.000. A esta cifra debe agregarse la correspondiente a familiares cubiertos en ese mismo Régimen: 62.345. En cuanto a Invalidez, Vejez y Muerte la situación es peor, pues solamente están asegurados alrededor de unos 24.000 en todo el país.

Los beneficios por Enfermedad y Maternidad cubren todas las capitales de provincia excepto Liberia. En San José, Alajuela, Heredia y Limón, hay algunos otros cantones donde funciona el Seguro. La protección familiar está establecida en forma total en la Provincia de Heredia y en los cantones de Turrialba, Juan Vías y La Unión. En los demás sitios donde existe el Seguro de Enfermedad y Maternidad sólo hay protección familiar para los trabajadores que se dedican a la agricultura y ganadería, con excepción de la Provincia de San José en la cual se implantará esta modalidad a partir de enero de 1958. La experiencia en estos lugares es magnífica, indicando que el familiar es un excelente programa sobre todo si se aplica a las grandes masas campesinas.

Se puede afirmar que el Seguro Social se encuentra estacionario y marcando el paso desde hace más de cuatro años. Este fenómeno se debe principalmente a que el Estado hasta ahora se ha mostrado moroso en el pago de las contribuciones que por ley debe pagar, y por tanto la Institución no ha querido extenderse por temor a que sus programas se vean desfinanciados a causa del incumplimiento en el pago por parte del Gobierno. Hay estudios realizados para una posible extensión a zonas que exigen una protección inmediata, pero no se han hecho dichas extensiones por la falta de colaboración estatal. Es posible que si en el futuro tal actitud se modifica, puedan muchas colectividades obtener los beneficios del Seguro Social, tal y como lo han venido reclamando repetidamente. Otra de las limitaciones en cuanto a extensión, ha sido la falta de elementos materiales como hospitales, dispensarios, etc., lo mismo que la falta de personal especializado.

## 2.9.—FORMA DE FINANCIAR LOS PROGRAMAS ACTUALES

Actualmente el Seguro Social se financia en la siguiente forma:

a) El Programa de Enfermedad y Maternidad impone las siguientes contribuciones:

Los patronos pagan el 3% de los salarios de sus trabajadores que ganan ₡ 400.00 o menos.

Los trabajadores antes indicados pagan también el 3% de sus salarios.

El Estado contribuye con el 1% de esos salarios.

En las zonas donde hay protección familiar, los patronos pagan el 5%, los trabajadores el 4% y el Estado el 2%.

Como se puede apreciar, el Seguro de Enfermedad y Maternidad cuesta el 7% de los primeros ₡ 400.00 mensuales de los salarios asegurados sin protección familiar y el 11% con protección familiar. Es de advertir que en estos porcentajes figura un 1% de recargo destinado a crear un fondo para la construcción de hospitales y adquisición de equipo.

b) El programa de Invalidez, Vejez y Muerte, se financia de la siguiente forma:

El patrono paga el 2.5% de los salarios de sus trabajadores hasta el límite de ₡ 400.00.

Estos trabajadores pagan 2.5% de sus salarios hasta el límite antes indicado.

El Estado contribuye con el 2.5% de todos los salarios protegidos.

El costo del programa, pues, asciende al 7.5% de los salarios asegurados.

Después de catorce años de funcionar, son muchas las observaciones que la experiencia sugiere y que se pueden hacer en el Seguro Social. Sin embargo, es preciso reconocer que las bases para un arranque definitivo hacia el futuro están sentadas, y que ahora todo depende de la decisión y la sinceridad con que se aborde el urgente programa de Seguridad Social nacional que el país reclama en diferentes tonos.

### CAPITULO TERCERO

#### *REVISION Y FUTURO DE NUESTROS PROGRAMAS DE SEGURIDAD SOCIAL*

##### 3.1.—EL ESTADO Y LA SEGURIDAD SOCIAL

El desarrollo de la época que estamos viviendo obliga al Estado a asumir una posición beligerante en materia de Seguridad Social. Y esto es así, por cuanto el Estado es el supremo responsable del bienestar común y el que debe en todo momento hacerse cargo de aquellas labores tendientes a conseguir la mayor suma de bienestar posible para todos los habitantes. La historia nos muestra cómo poco a poco los gobiernos se han ido haciendo cargo de mayores funciones, lo que implica el reconocimiento y la necesidad de que el poder público asuma la prestación de aquellos servicios que la sociedad en su conjunto reclama imperativamente. La Seguridad Social es hoy uno de los fines esenciales del Estado y no se puede concebir ningún programa de este tipo sin la decisiva contribución gubernamental; de otra manera, tales programas serían de relativo valor y de dudoso éxito.

En los tiempos que corren se acentúa la tendencia a la intervención estatal en la formulación y realización de programas de Seguridad Social, los cuales solamente tienen éxito cuando el Estado les presta su decidido respaldo moral y económico.

##### 3.2.—IMPORTANCIA DE LA TERMINOLOGIA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

Llamar las cosas por su nombre, es un supuesto básico para cualquier análisis científico. Si bien es cierto que a veces el nombre puede significar lo menos, es también cierto que conviene procurar que a cada

cosa se le dé el nombre que mejor pueda distinguirla y ubicarla conceptualmente. En materia de Seguridad Social es bueno revisar la terminología a fin de orientarnos correctamente en el planeamiento de los programas que deseamos desarrollar dentro de un rumbo nuevo en el país.

Una de las cosas que es preciso evitar en el futuro es el uso del término "Seguro Social". Esta expresión no indica en forma precisa lo que hay que hacer para resolver los problemas sociales de Costa Rica dentro del marco de una nueva ideología.

Hablando del significado de este término, Mr. C. A. Kulp, una de las máximas autoridades de los Estados Unidos de Norte América, en materia de seguros, dice que "el Seguro Social ha venido a ser una forzada adaptación de los seguros privados a la resolución de problemas sociales, por medios obligatorios, lo que ha traído como consecuencia una confusión grande". La confusión a que se refiere Mr. Kulp, parece tener su origen en el concepto mismo del "Seguro", que riñe con los principios generales de la Seguridad Social. El "Seguro" tiene como base fundamental el principio de la indemnización de tipo monetario, y tanto es así, que en su desenvolvimiento histórico encontramos que necesitó el perfeccionamiento del régimen monetario para su consolidación como sistema permanente.

A través del contrato de seguro, la responsabilidad de la Institución aseguradora queda finiquitada cuando ésta indemniza moneda sobre moneda, la pérdida sufrida por el asegurado por razón del riesgo protegido, que necesariamente debe ser susceptible de valuación en dinero. En materia de Seguridad Social la cosa cambia sustancialmente, pues además de la valoración monetaria que se hace de los servicios prestados a los asegurados, se debe observar en forma cuidadosa el momento y las condiciones en que el beneficiario requiere los servicios de la Institución. Los trastornos en el poder adquisitivo de la moneda deben ser considerados detenidamente, a fin de hacer los ajustes necesarios para que las indemnizaciones conserven su valor adquisitivo, independientemente del número de unidades monetarias.

Todas las definiciones relativas al Seguro tienden a poner de manifiesto su carácter de agente indemnizador que expresa en unidades monetarias las pérdidas que sufra la vida, la salud o la propiedad de los asegurados. Al contrario, dentro del moderno concepto de la Seguridad Social los programas contemplan aspectos que trascienden la simple indemnización. En realidad, se rompen los moldes clásicos de la teoría ortodoxa del seguro abriendo campo a nuevos conceptos en frente del acaecimiento de los riesgos sociales.

Hablando sobre el programa de seguro social costarricense, el profesor J. C. Nesbitt, de la Universidad de Michigan, Ann Arbor, dice: "Yo preferiría evitar el uso de la palabra seguro para designar estos programas, por la falta de un contrato, por la incertidumbre de que el beneficio ofrecido sea otorgado en el futuro y por la naturaleza de la obligatoriedad del programa que lo contrasta con el seguro privado". El profesor Nesbitt destaca aquí el concepto de que al dictarse la obligatoriedad de



cobertura sobre ciertos riesgos, el contrato bilateral que rige la vida del seguro privado, se rompe y sustituye por la vigencia imperativa de una ley.

Las bases técnicas sobre las que se asienta el seguro, las cuales le dan una sólida base financiera, así como la posibilidad de exigir una contraprestación a cambio del pago de una prima, son dos razones por las cuales se buscó la adaptación del seguro privado a la solución de los problemas sociales. El término social se agregó a la palabra "seguro" precisamente para permitir ciertas características nuevas dentro de los programas de protección a grandes masas de ciudadanos. Desde este punto de vista la frase "seguro social" ha tenido cierta aceptación, pero en todo caso la palabra "seguro" sugiere una serie de limitaciones que encontramos en todas las definiciones que de aquél se han dado, desde Manes hasta Kulp, Huebner, Bonilla Marín, Wagner, Magee, etc. Entre dichas limitaciones están las mencionadas antes sobre el principio de la indemnización, y las de los plazos de espera, selección de riesgos, y otras más que riñen con el principio de la prestación de orden social. Por las razones anteriores es preferible evitar la denominación de "seguro social" sustituyéndola por la de "seguridad social"; y eliminar el uso del término "seguro" sustituyéndolo por el de "programa".

### 3.3.—EL CONCEPTO DEL BIEN COMUN

Todos los esfuerzos que la sociedad hace para reprimir la criminalidad, los dirigidos a extirpar la ignorancia, las campañas por la higiene pública, los esfuerzos encaminados a combatir la miseria, los quebrantos de la salud, la disminución forzada de los salarios, así como toda aquella serie de males que emergen de los riesgos sociales, buscan un objetivo fundamental: EL BIENESTAR DE LA COMUNIDAD. De acuerdo con lo anterior podríamos establecer para fines de este trabajo que el Bien Común es el ideal que el Estado persigue a través de todos sus órganos para mejorar la sociedad en su conjunto, tanto física como espiritualmente. Los principios que rigen la actividad estatal en busca del BIEN COMUN están contenidos más o menos resumidamente en nuestra Constitución Política y la actividad práctica tendiente a conseguir aquella suprema idealidad se traduce en el funcionamiento de los distintos Ministerios, tales como los de Educación, Salubridad Pública, Justicia, Trabajo, Previsión Social, etc. y en el de diferentes Instituciones que en una u otra forma cuidan de la salud y de la integridad de los salarios de los trabajadores. Para los tratadistas modernos, Seguridad Social es lo mencionado por nosotros en las anteriores líneas, pero siendo tan amplio el ámbito de este concepto, es lógico pensar que de aceptarse en esa forma, abarcaría la mayor parte de las funciones del Estado, por cuanto sería muy poco lo que a estas alturas de nuestra civilización se considerase fuera del concepto que se deja expuesto.

Es correcto pensar, en principio, que la ignorancia, la miseria, las enfermedades, la delincuencia, etc., son problemas que entran en un amplio concepto de seguridad social. Sin embargo, para nuestros propósitos

nos inclinamos, en esta ocasión, por resumir bajo la denominación de BIEN COMÚN todos los esfuerzos del Estado tendientes a combatir esos fenómenos de patología social, y reservar la otra, —la de SEGURIDAD SOCIAL—, para problemas más concretos.

### 3.4.—LÍMITES PRÁCTICOS DEL CONCEPTO DE SEGURIDAD SOCIAL

La expresión "seguridad social" la usamos, en el presente estudio, para determinar la serie de esfuerzos que el Estado debe organizar con el fin de otorgar una protección adecuada a todas las personas, en frente de las consecuencias provenientes de los quebrantos de la salud y de la disminución de los salarios dentro de la clase laboral. La frase viene a ser sustitutiva de lo que hasta ahora se ha venido llamando con el nombre de seguro social, sólo que supera las desventajas que apuntamos a este último término y llena de mejor manera el propósito seguido por la sociedad, como parte de aquel todo de carácter nacional que denominamos Bien Común.

### 3.5.—NECESIDAD DE CREAR EL INSTITUTO COSTARRICENSE DE SEGURIDAD SOCIAL

La Ley N° 17 del 22 de octubre de 1943, establece que la Institución creada para aplicar el seguro social obligatorio, se llamará Caja Costarricense de Seguro Social. Siguiendo el principio de que se impone una nueva terminología más en concordancia con las corrientes ideológicas del momento, consideramos conveniente sustituir el nombre de la Institución antes mencionada por el de Instituto Costarricense de Seguridad Social. Naturalmente, el cambio de nombre debe implicar una revisión completa de las leyes y reglamentos actuales con el fin de crear un instrumento jurídico capaz de permitir que se realicen los grandes postulados de la Seguridad Social en nuestro país. Tal revisión debe abarcar no solamente el aspecto puramente ideológico sino también el administrativo. En esa forma creemos que se abriría la oportunidad de encaminar por sendas de efectivo éxito todos los esfuerzos que para proteger a los costarricenses, se realizan actualmente.

### 3.6.—RECOMENDACIONES PRÁCTICAS EN RELACION CON UNA NUEVA LEY DE SEGURIDAD SOCIAL

Conforme se expresó en el párrafo anterior, la necesidad de reformar los fundamentos ideológicos y la estructura administrativa de la actual Caja Costarricense de Seguro Social aparece plenamente justificada.

Tal reforma debe hacerse a través de una nueva ley que contemple sustancialmente los siguientes extremos:

a) El nuevo instrumento jurídico debe ser amplio y flexible a fin de que permita al organismo u organismos encargados de proporcionar la

Seguridad Social la mejor y más adecuada adaptación al medio, a las necesidades del mismo y a los recursos con que en cada oportunidad operen. Es indispensable que la ley organice un régimen nacional, unitario en la administración de los riesgos y obligatorio en su aplicación. La meta de este régimen nacional de Seguridad Social debe ser la universalidad de los servicios.

b) Con el fin de acercarse cada vez más a la universalidad, es preciso dejar abierta la posibilidad para que se produzcan avances graduados de acuerdo con las posibilidades económicas y las necesidades más urgentes. Tales avances estarán condicionados por los recursos hospitalarios y por la existencia de personal técnico. Es posible que nuestro país no logre alcanzar un régimen universal de Seguridad Social sino después de un período más o menos largo que puede fluctuar entre 20 ó 30 años, razón por la que admitimos que los programas deben aplicarse en forma gradual, por etapas escalonadas, tanto en lo que se refiere a riesgos como en cuanto al territorio.

c) Legalmente la Seguridad Social debe establecerse para que cubra preferentemente a todos aquellos habitantes que forman parte activa del proceso de producción y a los familiares que de ellos dependan. Para una etapa futura debe prever la protección para otros sectores de la población, cuando la primera esté debidamente cumplida.

d) En su etapa inicial, y hasta tanto no se llegue a la universalidad, el régimen de Seguridad Social debe enfocar los esfuerzos relativos a la curación y la indemnización de las enfermedades de los trabajadores y sus familiares, así como la indemnización de los otros riesgos que se prevean. En la etapa final, que deberá ser de protección universal, debe ya darse protección a todos los habitantes del país imposibilitados para pagar servicios médicos-hospitalarios en forma directa.

e) Tomando en cuenta las limitaciones económicas en cada momento de su desarrollo, la Seguridad Social debe canalizar sus recursos hacia la satisfacción de las más grandes necesidades del país, por lo que es de la mayor trascendencia invertir grandes recursos en el combate de los flagelos colectivos, como son la tuberculosis, el cáncer, las enfermedades venéreas, la lepra, y todos aquellos casos de largo tratamiento y lenta recuperación así como los de invalidez total y permanente. La atención a estos casos debe tener carácter de prioridad, a fin de obtener el mayor provecho social posible de los esfuerzos de la comunidad en tal sentido. Desde luego, la labor preventiva en cuanto a estos flagelos colectivos debe estar a cargo de Salubridad Pública, con la cual debe hacerse la coordinación más estrecha.

f) La ley debe contemplar la política tendiente a la recuperación de las fuerzas físicas y mentales de aquellos que hayan sufrido menzua en las mismas, con el fin de reincorporar al proceso de la producción a todas aquellas personas que por motivo de cualquier riesgo se hayan sustraído a éste.

g) Los beneficios a contemplar en un nuevo régimen de Seguro Social deben declararse como el máximo de protección que se pueda otorgar de acuerdo con la potencialidad y el desarrollo económico del país. Y

no podría ser de otra manera, desde luego que si la tendencia es a procurar el mayor bienestar posible para los costarricenses, la única limitación que debe existir es la que marque la capacidad de la economía nacional.

h) Rompiendo viejos moldes, el nuevo régimen debe caracterizarse por su suficiencia y por el efecto inmediato de las prestaciones. Por lo tanto deben abolirse los plazos de espera y contemplarse la posibilidad de proteger con efecto retroactivo aquellos riesgos que ya están consumados, pero que determinan la necesidad imperiosa de protegerlos.

i) Es preciso consignar en la ley las bases necesarias para que el principio de la equidad individual, característica de nuestro actual Seguro Social, se sustituya por el de la equidad social, que funciona a base de prestaciones promedias para toda la población, sin distinciones individuales de ninguna clase.

j) El régimen de Seguridad Social a que nos referimos debe prepararse para proteger a los costarricenses contra las siguientes contingencias, por medio de los programas correspondientes:

- 1) Riesgos profesionales.
- 2) Enfermedades generales y accidentes comunes.
- 3) Maternidad.
- 4) Invalidez.
- 5) Viudedad.
- 7) Orfandad.
- 8) Muerte (gastos de sepelio).
- 9) Otros programas que determinen los reglamentos.

La ley y los reglamentos deben definir en forma clara pero flexible, los beneficios básicos que han de otorgarse a través de los anteriores programas.

k) Se hace imprescindible que la ley establezca medios compulsivos adecuados para la pronta resolución de conflictos y para el cobro de las contribuciones. El procedimiento económico coactivo que se usa en varios países americanos para el cobro de los impuestos y de las cuotas del Seguro Social, podría ser fácilmente aplicado en Costa Rica. Este procedimiento se reduce a una simple ejecución de tipo administrativo, precedida de un aviso para que se efectúe el pago correspondiente.

1) En la etapa inicial los recursos para la Seguridad Social pueden obtenerse por medio de la contribución tripartita a cargo de trabajadores, patronos y Estado. Naturalmente, los riesgos profesionales deberán correr a cargo exclusivo de los patronos. Cuando se alcance la etapa de la universalidad y el país haya adquirido la conciencia social y política necesaria, el anterior sistema debe cambiarse por otro en el cual todos los habitantes que formen parte activa del proceso de la producción, estén obligados a pagar al régimen una contribución proporcionada a sus ingresos. En estas condiciones bien pudiera llegar el día en que todos los servicios se financien a través del presupuesto nacional. En previsión de todo esto, la ley debe contemplar todas las posibilidades futuras.

II) La ley debe contemplar todos los medios posibles para garantizar el pago cierto y oportuno de las sumas que el Estado debe entregar

a la Seguridad Social, en su calidad de patrono y como tal. Se requiere una cuidadosa legislación sobre este punto, ya que ha sido uno de los tropiezos más caracterizados para el desarrollo de los programas, no sólo en Costa Rica sino en toda la América Latina.

m) Las actuales limitaciones en cuanto a montos de salarios gravables con la contribución para la Seguridad Social, deben desaparecer. De manera inmediata sería conveniente elevar el límite de salarios asegurables de ₡ 400.00 a ₡ 1,000.00. En lo futuro deben desaparecer todas las limitaciones, para conseguir así el máximo de solidaridad en la financiación del régimen. En materia de pensiones, las limitaciones actuales están causando serios perjuicios, principalmente al afiliado.

n) Es necesario sustraer a la Institución de Seguridad Social del campo de los negocios de tipo inversionista, procurando que los fondos disponibles para invertir se coloquen a través de Instituciones de desarrollo económico. En esta forma la Institución puede contratar con el Banco Central, en las mejores condiciones de rentabilidad, seguridad y liquidez, la inversión de las reservas. En esta forma se consigue la simplificación del aspecto administrativo y se contribuye al mantenimiento de un mejor equilibrio en las condiciones crediticias, cambiarias y monetarias de la Nación.

ñ) Se impone prever en la nueva ley la coordinación necesaria con el Instituto Nacional de Seguros porque, siendo la finalidad principal de los programas de Seguridad Social otorgar la protección básica que permitan los medios económicos del país en general, los demás esfuerzos individuales o colectivos tendientes a otorgar una protección adicional, deben ser coordinados a efecto de que la labor de protección sea completa y tenga un carácter orgánico.

Dentro de este orden de ideas se debe también prever la coordinación de la Seguridad Social con los planes de previsión sin fines lucrativos desarrollados por los particulares. Actualmente se observa la tendencia de ciertas empresas a organizar en forma particular planes o programas que tiendan a complementar la protección que da la Seguridad Social, especialmente en lo relativo a planes de pensiones de retiro por invalidez o de edad avanzada.

o) Es necesario incorporar a los programas de Seguridad Social los regímenes de pensiones del Estado. El problema de estos regímenes es bien conocido por la dudosa base financiera sobre que están asentados, por la carencia de cálculos técnicos. Esto constituye una situación muy grave tanto para los asociados a dichos regímenes como para el tesoro nacional. La protección de todos los trabajadores del Estado debe pasar a manos de la Seguridad Social, para darle solidez y administrarla correctamente.

p) Finalmente, la ley de Seguridad Social debe contemplar el uso de un documento de identificación nacional para cada ciudadano. Este documento conviene que sea emitido y adjudicado por parte del gobierno, con el objeto de que sirva para todos los efectos de identificación, tanto dentro de la Seguridad Social, como dentro de todas aquellas dependencias del Estado que requieran identificar a los individuos.

### 3.7.—RECOMENDACION EN CUANTO A LA ADMINISTRACION DEL INSTITUTO COSTARRICENSE DE SEGURIDAD SOCIAL

Al cambio de filosofía debe corresponder en materia de Seguridad Social un cambio en la estructura de los organismos encargados de realizar las nuevas tendencias. No solamente hemos aconsejado la creación de un organismo con distinto nombre y regido por un nuevo estatuto jurídico, sino que creemos del caso hacer recomendaciones concretas en cuanto a la estructura administrativa de ese nuevo organismo. Esas recomendaciones son las siguientes:

a) *La Junta Directiva.*—La experiencia nos ha demostrado, tanto dentro como fuera del país, que la adecuada integración de la Junta Directiva es asunto de vital importancia para la buena marcha y el feliz éxito de estas Instituciones. No sólo se requiere que los individuos que las integren sean personas honorables y versadas en materias económico-sociales, como lo expresa el artículo 7º de la Ley actual de Seguro Social, sino que debe procurar que sean elementos poseídos de verdadera pasión social e identificados totalmente con las nuevas tendencias en la materia.

Parece conveniente unificar el número de directores con el de los Bancos nacionalizados, y mantener la composición tripartita de la Junta Directiva, en tal forma que la integren patronos, trabajadores y Estado. Los representantes de los patronos y trabajadores, deben ser nombrados por el Ejecutivo de ternas presentadas por las asociaciones patronales y obreras.

b) *La Gerencia.*—En la actualidad existe únicamente un Gerente y un Sub-Gerente; pero dada la magnitud y la variedad de las funciones de un organismo de Seguridad Social, sería conveniente contemplar la posibilidad de crear una o más Sub-Gerencias, de conformidad con las necesidades de los programas a administrar. El nombramiento de los Gerentes debe seguir a cargo de la Junta Directiva.

c) *El Consejo Técnico.*—Un Instituto de Seguridad Social es, sin lugar a dudas, un organismo altamente especializado y tanto su política como su administración deben tener por fundamento la más depurada técnica. Tanto la Junta Directiva como la Gerencia, deben mantenerse en constante asesoramiento de parte de un Consejo Técnico que vaya eliminando el empirismo e imponiendo los procedimientos científicos. Por tales razones, se hace urgente la creación del Consejo Técnico con existencia por mandato de la ley y con atribuciones definidas en ella. Naturalmente, debe establecerse la obligación legal de consultar a este organismo en los casos en que las resoluciones o la política de la Institución requieran una base eminentemente técnica. La creación del Consejo se sugiere como una de las medidas más eficientes para garantizar la buena marcha de la Seguridad Social. Debería estar formado por especialistas en materia de Seguridad Social, jurídica, actuarial, contable, etc., cuya designación podría hacerse dentro de los funcionarios de la misma Institución, u ocupando servicios de técnicos ajenos a ella.

## CAPITULO CUARTO

*PROGRAMA DE ACCION PARA EL DESARROLLO PRACTICO  
DE LOS NUEVOS PLANES DE LA SEGURIDAD  
SOCIAL EN COSTA RICA*

## 4.1.—INTRODUCCION

Nos toca ahora referirnos a la parte más importante de este trabajo, o sea el planteamiento de un programa de acción adecuado para llevar a la práctica los postulados que hemos glosado en el anterior capítulo. Naturalmente, dicho programa debe contener las recomendaciones necesarias para cumplir los ideales de la Seguridad Social en el país, sea cual fuere el tiempo que para ello se hiciere necesario. En todo caso, la acción ha de iniciarse decisivamente en el año de 1958.

En líneas generales, nos parece conveniente fijar tres etapas en la marcha hacia la Seguridad Social universal. Para llegar a esta meta será preciso avanzar primero sobre las realizaciones conseguidas en las etapas previas a fin de ir preparando el campo, tanto en cuanto a instalaciones materiales, como en cuanto a personal técnico y en cuanto a la mayor conciencia social y política en el pueblo.

¿Cuántos años se necesitan para conseguir la deseada meta de la protección universal? Es difícil preverlo por ahora, ya que todo depende de factores económicos y políticos que fácilmente pueden escapar a nuestras predicciones. Sin embargo, es posible hacer la afirmación de que la idealidad que se persigue estará tanto más lejos cuanto mayor sea la indiferencia con que el Estado vea estas cuestiones de la Seguridad Social. Respaldados por un gobierno de auténtica orientación social, seguramente llegaríamos a la universalidad en unos 25 ó 30 años lo cual, en la vida de una nación resulta ser un tiempo breve. Todo depende, pues de la actitud del Estado en frente de este magno problema y de la madurez política y social que vaya adquiriendo nuestro pueblo.

Es de hacer notar que en este planeamiento nosotros hemos preferido el camino prudente de aconsejar avances graduados partiendo de lo que tenemos. Consideramos correcto servirse de lo actual: tomarlo como base, perfeccionarlo, ampliarlo y darle todo el apoyo económico y moral necesario.

Las tres etapas a que nos hemos referido son las siguientes:

- a) Etapa de revisión total de lo existente con miras a ampliarlo, reformarlo y mejorarlo, de acuerdo con la nueva orientación.
- b) Revisión de lo existente o preparación, en todos los aspectos, de las bases para iniciar el movimiento hacia la cobertura universal contra los riesgos sociales que cubran los programas de Seguridad Social.
- c) Etapa de vigencia de la Seguridad Social universalizada y financiada a través del presupuesto nacional.

#### 4.2.—PRIMERA ETAPA. MEDIDAS INMEDIATAS EN CUANTO A LOS PROGRAMAS EN VIGENCIA

Debe iniciarse en 1958 tendiendo a cumplir el siguiente programa básico:

a) Saneamiento completo de los programas actualmente administrados por la Caja, buscando una fórmula aceptable para que el Estado cubra la deuda que tiene con esta Institución, proveniente de los déficits de cuotas acumuladas. El déficit a que se hace referencia se ha producido por razón de que la cuota que el Estado debe cubrir como patrono y como tal no fue pagada en su monto completo en las Administraciones anteriores a la actual. Al 31 de diciembre de este año, 1957, probablemente el déficit por concepto de las cuotas dejadas de pagar por el Estado ascienda alrededor de unos dieciséis millones de colones. Precisamente en este mes de diciembre, fué aprobada por la Asamblea Legislativa una ley regulando el pago de esa deuda estatal a la Caja.

No sólo es de gran importancia el pago del déficit antes mencionado, sino que también, en los años venideros, se le cubra a la Caja o a la nueva Institución creada, las cuotas completas por esos períodos. Cabe recordar también que para extender el Seguro Social a zonas que lo reclaman urgentemente, el Estado debe prepararse para contribuir con las sumas que ellas requieran.

b) Revisión total de nuestra actual Ley de Seguros Sociales, Reglamentos a la misma y otra legislación existente en materia de Seguridad Social en el país, con el objeto de emitir una nueva Ley que venga a crear el Instituto Costarricense de Seguridad Social sustitutivo de la actual Caja. La nueva ley tendrá como base los principios enunciados en el capítulo tercero de este trabajo, dando como resultado un sistema de Seguridad Social que se aparte de los tradicionales sistemas de Seguro Social.

c) Emisión de los reglamentos que vayan a contener las normas y regulaciones relativas a los programas y estudios que de inmediato entre a administrar el Instituto Costarricense de Seguridad Social. Los programas en cuestión son los siguientes:

##### 4.2. a)—PROGRAMA DE ENFERMEDAD Y MATERNIDAD

Este programa debe contemplar los siguientes cambios fundamentales:

I.—Eliminación del actual sistema de no pagar los cuatro primeros días de incapacidad. Nuestro sistema de Seguro Social persigue una serie de fines al no cubrir los cuatro primeros días de incapacidad a los trabajadores; pero es lo cierto, que en Costa Rica por jurisprudencia de los Tribunales de Trabajo, se ha sentado la práctica de que el patrono debe pagar esos cuatro primeros días, si bien la Caja Costarricense de Seguro Social no debe cubrir el 50% en ese período. En vista de esa razón creemos quedan sólo dos caminos a seguir: el uno, una reforma específica al Código de Trabajo, para que en adelante el trabajador corra con la



pérdida de esos cuatro primeros días, o el otro de no llevarse a cabo el primero, que la institución de Seguridad Social cubra el período completo de incapacidad, eliminando por lo tanto la obligación hoy a cargo de los patronos.

II.—Posibilidad de pagar subsidio en los casos de enfermedad por un plazo mayor de 25 semanas. Dentro del principio de dar protección preferente a los casos de mayor importancia social, consideramos que se debe proteger al trabajador con incapacidad por un período más amplio que el actual.

Relativamente son pocos los casos de incapacidad que sobrepasan las 25 semanas, pero es muy grande el perjuicio que se ocasiona a los asegurados que se encuentran en esta circunstancia ya que en la práctica quedan sin ninguna protección en el salario. Como más adelante lo anotamos, este aspecto de la incapacidad en enfermedad debe estar muy bien ajustado al inicio de las pensiones por Invalidez, en el régimen respectivo. Para esto, precisa establecer en esta etapa, que toda persona afiliada a Invalidez, Vejez y Muerte, debe estarlo en Enfermedad.

III.—Eliminación del límite de 52 semanas del tratamiento médico. Esta medida se impone a la mayor brevedad posible, no sólo por tratarse de casos de gran trascendencia social, sino porque dentro de un sistema de verdadera Seguridad Social es inconcebible que existan limitaciones de esa clase. En la práctica el mayor problema lo tenemos con los enfermos de tuberculosis, cáncer, diabetes, y todos los que se caracterizan por su larga duración.

IV.—Iniciación de medidas más amplias que las actualmente existentes en lo relativo a protección materno-infantil. En la actualidad tenemos algunas restricciones concretas, que no permiten una protección integral del niño ni a la madre con las consiguientes dificultades. Por esa razón consideramos se impone una revisión en los aspectos de protección materno-infantil para llegar así a un programa integral para la madre y el niño.

#### 4.2. b)—PROGRAMA DE PENSIONES POR INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE

I.—Revisión total del programa. El programa de pensiones administrado por la Caja Costarricense de Seguro Social debe ser objeto de una revisión total, tendiendo a darle una sólida base financiera y además a orientarlo dentro de los principios generales que inspirarán la nueva Ley de Seguridad Social.

II.—Uniformidad de pensiones con las del programa de riesgos profesionales. Creemos no se justifica que las pensiones de los casos de riesgos profesionales, por razón de muerte o invalidez, difieran de las del programa de Invalidez, Vejez y Muerte. En la actualidad esta situación se presenta, por ser estos dos programas administrados por distintos organismos y además por basarse en principios diferentes.

III.—Incorporación de los planes de pensiones del Estado, al régimen de Seguridad Social. Existiendo una institución especializada en materia

de Seguridad Social, creemos no se justifica que el Estado administre en forma descentralizada esos programas de pensiones de los servidores públicos. Sobre este aspecto nos pronunciaremos separadamente.

#### 4.2. c).—PROGRAMA DE RIESGOS PROFESIONALES

I.—Estudio sobre el traspaso de los riesgos profesionales a la Caja del Seguro Social o a la Institución que la va a sustituir. El traspaso de los riesgos profesionales, actualmente a cargo del Instituto Nacional de Seguros, debe basarse en un cuidadoso estudio de tal manera que no vengán a perjudicar ni al Instituto de Seguros por la importancia que ese programa tiene dentro de sus actividades, ni a la institución que los tome, ni al grupo de trabajadores protegidos por ese concepto.

II.—Revisión total del programa. El programa actual de riesgos profesionales consideramos debe ser revisado en su totalidad, con el objeto de orientarlo dentro de la filosofía de la nueva ley, con los consiguientes cambios en el sistema de prestaciones, y probablemente en la forma de financiación.

III.—Derogatoria y en su caso reformas, del capítulo correspondiente a riesgos profesionales del Código de Trabajo. Para que el programa se pueda integrar en la debida forma en el nuevo sistema de Seguridad Social y a la vez tengan la flexibilidad que todos estos planes demandan, creemos que este programa al igual que los demás, debe ser objeto de una reglamentación especial que venga a sustituir las actuales disposiciones que contiene el Código de Trabajo en su capítulo de riesgos profesionales. Para una mejor aplicación de los distintos planes de Seguridad Social, es nuestro criterio que lo más conveniente no es una ley reglamentada, sino más bien la reglamentación a la ley por el organismo encargado de su aplicación.

#### 4.2. f).—PENSIONES DE SERVIDORES PUBLICOS

El nuevo sistema de riesgos profesionales debe hacer un énfasis muy especial en la necesidad de que los esfuerzos del sistema se dirijan a la prevención de enfermedades profesionales y accidentes de trabajo. Igual disposición se debe adoptar en lo que se refiere a la rehabilitación de inválidos, concebida ésta como un amplio proceso que termina en la reincorporación del individuo a una actividad útil para la sociedad.

#### 4.2. e.)—COBERTURA OBLIGATORIA PARA TODOS LOS TRABAJADORES

El nuevo programa de riesgos profesionales debe cubrir toda la clase trabajadora, en etapas sucesivas, tal y como se hará en los demás programas a cargo del nuevo Instituto de Seguridad Social.

#### 4.2. f).—PENSIONES DE SERVIDORES PUBLICOS

I.—*Situación actual de los regímenes de pensiones del Estado.*—En lo que a pensiones se refiere, los servidores del Estado se encuentran distribuidos en dos grupos, a saber: a) los que de 1947 en adelante coti-

zan y están protegidos por la Ley del Seguro Social; y b) los que a aquella fecha prestaban ya servicios al Estado y que se encuentran afiliados a sistemas particulares de pensiones en sus correspondientes Ministerios, administrados directamente por el Estado.

La situación verdadera que se presenta para el Estado en sus sistemas particulares de pensiones, —las del grupo b)—, es bien conocida. Presenta un problema financiero bastante crítico y la situación se hará cada vez más difícil, por las razones siguientes:

1º) Porque dichos regímenes se han establecido empíricamente con carencia absoluta de las bases matemáticas o financiero-actuariales sobre las que indispensablemente deben descansar regímenes de esta naturaleza, lo que origina un desequilibrio desfavorable cada vez mayor entre los recursos y las obligaciones, a más de lo cual, existen deficiencias muy notorias de orden administrativo.

2º) Por la existencia de tantos regímenes distintos de pensiones, que en su mayoría contemplan beneficios diferentes entre ellos, y constituyen una situación anárquica dentro de la administración pública.

3º) Porque dichos sistemas han sido hechos en forma arbitraria y caprichosa, de conformidad con intereses particulares de aquellos que en su oportunidad los propusieron.

4º) Por las razones mencionadas antes, es que los citados sistemas constituyen en la actualidad un enorme déficit en potencia para el Estado, con el peligro de que dentro de pocos años la desigualdad entre los recursos y los beneficios sea tal, que el presupuesto de la Nación se vea en serias dificultades para cumplir con el pago de las pensiones.

5º) La existencia de tan variados sistemas y en la forma descentralizada en que operan, obligan a la administración pública a contar con organismos pequeños, dentro de la misma, encargados de la administración de dichos regímenes, con el agravante de no ser organismos técnicos.

II.—*Posible solución al problema existente:* Aprovechando la oportunidad que se presenta con la aprobación de la Ley de Servicio Civil y el interés de ordenar de la mejor manera posible las finanzas y la administración públicas, cabe pensar respecto a las posibilidades siguientes:

1º) Someter a un plan único de pensiones a todos los servidores del Estado, sin distinción de fechas de ingreso al servicio, calidad de servicio, condiciones personales, etc., etc.

2º) Centralizar la administración de ese sistema único en una entidad o agencia estatal técnicamente especializada como la Caja Costarricense de Seguro Social o el Instituto que la sustituya.

3º) Para efectuar todo lo anterior, elaborar un estudio financiero-actuarial que permita conocer la situación real de los sistemas actualmente vigentes y estructurar uno nuevo que garantice en toda su amplitud la solvencia del nuevo régimen.

4º) Para la realización de ese estudio debe contarse con los servicios de un actuario de vasta experiencia y de un personal auxiliar bien adecuado, para que en dicho estudio se contemple con criterio realista,

tanto la capacidad contributiva del Estado y sus servidores, como las necesidades a llenar de estos últimos a través de sistemas de este género.

5º) En el país existe personal adecuado para la realización de estos estudios financiero-actuariales, pero conviene gestionar, a través del Punto IV, por ejemplo, la venida al país de un especialista en materia de pensiones que venga a laborar con ese elemento nacional en dicho problema. En caso de que pudiera contarse con la colaboración de un especialista de ese tipo, la CAJA puede poner a disposición su personal del Departamento Actuarial y Estadístico a efecto de evitar la peligrosa actitud tan inconveniente que a veces siguen los especialistas extranjeros, en el sentido de hacer únicamente lo que a ellos les parece, olvidándose de las condiciones muy particulares del medio para el cual es el estudio.

Es necesaria la venida de un especialista extranjero, para evitar dificultades prácticas que de seguro se presentan al tocar intereses creados por los actuales sistemas de pensiones. En otro caso, el personal especializado de la institución podría realizar los estudios sin necesidad de acudir a técnicos extranjeros, pero con todo es recomendable el poder chequear técnicas y criterios con un elemento conocedor a fondo de los problemas de pensiones.

#### 4.2. g).—CONSIDERACIONES GENERALES

De suma importancia es recordar que, dentro de estos sistemas de pensiones, algunos gremios gozan, —al menos por lo que se desprende de sus respectivos reglamentos—, de situaciones privilegiadas, con beneficios y condiciones que en una revisión, posiblemente, tengan que moderarse o disminuirse. Sin duda alguna, lo anterior conducirá a que a la hora de reestructurarse estos planes para fusionarlos en uno solo, científicamente delineado, los que adversan la idea y hagan oposición a que este proyecto se realice, sean algunos de esos gremios de empleados públicos, razón por la que es necesario estar prevenidos a fin de que el impacto de esas inconformidades no venga a echar por el suelo los esfuerzos que sobre este particular se realicen. Será necesario, por consiguiente, que antes de iniciar el trabajo actuarial, — que resulta tan laborioso y costoso —, nos pongamos de acuerdo sobre las posibilidades y las condiciones de este sistema unitario de pensiones y advertir a los afectados lo que va a suceder, para que de esta manera no lleguen en forma tardía reclamaciones ni solicitud de ventajas inconcebibles.

#### 4.2. h).—PLAN INMEDIATO DE EXTENSION DEL SEGURO DE ENFERMEDAD Y MATERNIDAD

1º—En la provincia de San José: a los cantones de Santa Ana, Mora, Puriscal, Pérez Zeledón, Aserrí y Acosta.

2º—En la provincia de Alajuela: algunos distritos circunvecinos al distrito central. Además se procederá a una revisión completa del empadronamiento hecho en el distrito central mencionado. Además, se debe estudiar la posibilidad de extender los servicios a los cantones de Alfaro Ruiz y Poás.

3º—En la provincia de Limón: una revisión similar a las de Alajuela y Cartago, en el distrito central, a más de incorporar algunos distritos circunvecinos al mismo, que por razones de vías de comunicación, concentración de trabajadores, necesidades, etc., permitan hacerlo.

4º—En la Provincia de Puntarenas: al cantón de Esparta y también una revisión completa en el distrito primero a fin de asegurar trabajadores que aún no lo estén, así como extender los servicios a distritos no cubiertos del cantón central.

5º—A las zonas bananeras del país.

6º—Iniciar la extensión de la cobertura familiar dentro de las regiones más aconsejables.

#### 4.2. i).—MODIFICACION DEL ACTUAL LIMITE DE ₡ 400.00

Nuestra Ley de Seguro Social del año 1943, fija como límite de contribución y beneficios monetarios la suma de ₡ 400.00. En esa primera etapa, por lo menos, debemos llegar a la modificación de ese límite dado el cambio que durante estos catorce años ha sufrido el país en el aspecto económico. Un estudio técnico realizado por el Departamento Actuarial y Estadístico en materia de salarios, demuestra que el actual límite de salarios debe modificarse, o en su caso eliminarse, a efecto de cubrir con los beneficios de los Seguros Sociales a mayor número de costarricenses y robustecer las finanzas de la Institución aseguradora. Estas medidas vendrían a compensar los cambios habidos en el valor adquisitivo de la moneda, lo cual beneficiaría mucho a los trabajadores en relación con las prestaciones en dinero.

#### 4.2. j).—REALIZACION DE ESTUDIOS PARA NUEVOS PROGRAMAS

En esta primera etapa se deben iniciar una serie de estudios tendientes a introducir nuevos programas, de acuerdo con una nueva política general del Estado.

#### 4.2. k).—LEY GENERAL DE IDENTIFICACION

La identificación se ha convertido, en esta etapa en que el hombre se mueve en grupos humanos sumamente heterogéneos y complicados, en una cuestión fundamental para los individuos, para el Estado y para las Instituciones.

Fundamental para los individuos, por cuanto por medio de ella acreditan su personalidad ante los demás y evitan que se les confunda imponiéndoles obligaciones que no les incumben o con perjuicio de sus derechos.

Fundamental para el Estado por cuanto en esa forma éste exige correctamente a los obligados el cumplimiento de los deberes impuestos por la ley y sanciona por medio de su poder coactivo a quien debe sancionar, sin el riesgo de cometer injusticias basadas en la confusión de las

personas. Además, la identificación es el único método posible de otorgar en cada caso al titular de los mismos los derechos que a cada individuo corresponden.

Hay una serie de instituciones que basan su existencia en la concepción de beneficios a grupos de personas que deben reunir ciertos requisitos que a veces son fundamentales para la vida de la Institución. Es el caso de las Instituciones de Seguros que dan beneficios solamente a los que contribuyen para su financiación.

También hay otras instituciones como las encargadas de prevenir la delincuencia y de controlar la reincidencia en materia penal, que caerían por su base sin un buen sistema de identificación de los delincuentes.

La institución del notariado, básica para garantizar la seriedad de los actos y contratos, andaría coja si no existiera la posibilidad de que la fe pública afirmara la identidad de los otorgantes.

Lo mismo ocurrirá con la institución del voto, el cual se desnaturaliza completamente cuando, por falta de identificación conveniente, es susceptible de ser emitido, viciosamente, varias veces por una misma persona.

En el fondo, los ejemplos esbozados indican que la identificación sirve, fundamentalmente, para exigir deberes a quien efectivamente está obligado y para otorgar derechos al titular de los mismos. Las implicaciones de esta última conclusión son trascendentales y por sí solas bastan para que el legislador dedique al problema la atención que merece.

En Costa Rica, existen varios documentos de identificación más o menos útiles:

- a) La cédula de identidad, que se exige a todos los ciudadanos hombres y mujeres, mayores de 21 años y de 18 años cuando son casados o emancipados.
- b) La licencia de conductor de vehículos, que identifica al que puede conducirlos de acuerdo con las leyes y reglamentos de tránsito.
- c) Los "permisos" que extiende el Patronato Nacional de la Infancia a favor de algunos menores a fin de que puedan trabajar.
- d) Los ficheros que lleva el Ministerio de Seguridad Pública para el control de los inmigrantes y de los delincuentes.
- e) Infinidad de documentos auxiliares de identificación que usan las organizaciones sociales como sindicatos y las asociaciones, etc.

Ninguno de esos documentos sirve para hacer una identificación correcta y ni siquiera tienen un fin específico, distinto del de la identificación, que llenen a plenitud.

La cédula de identidad fue creada con fines fiscales cuando se creó el llamado impuesto cédular de ingresos, pero no sirvió para la finalidad perseguida, cayendo en desuso cuando se suprimió el impuesto. Posteriormente se le usó limitadamente para fines electorales y ahora se ha generalizado su uso en ese aspecto, con posibilidades de éxito.

Los otros medios de identificación expresados antes, no tienen mayor importancia, fuera de que es necesario reconocer que la labor de ese tipo que hace el Ministerio de Seguridad Pública es muy limitada.

Por todo lo antes expresado, resulta justificado que en Costa Rica abordemos el problema de la identificación, organizando un sistema general y obligatorio por medio de la Ley.

Un buen documento de identificación podría servir para los siguientes fines:

- 1.—Electorales.
- 2.—Notariales (suprimiendo testigos de conocimiento de partes).
- 3.—Judiciales (para identificar partes y testigos en juicios de cualquier clase).
- 4.—De trabajo (como requisito fundamental para el contrato de trabajo).
- 5.—Criminológicos (ficha de criminología, Registro judicial de delincuentes).
- 6.—Sociales (para reclamar derechos del Seguro Social, Instituto Nacional de Seguros, etc.).
- 7.—De Seguridad Pública (extensión de pasaportes y control de migración).
- 8.—Para todos aquellos que se determine en leyes especiales o en reglamentos que requieran el requisito de la identificación para exigir deberes u otorgar derechos.

La sola enumeración de los fines que podría llenar un buen documento de identificación, nos pone en camino de considerar seriamente la emisión de una Ley que tienda a conseguir esos fines.

Naturalmente, para que se llegue a la meta perseguida en todos los aspectos que fueron enumerados, habría que pensar en imponer la obligación de portar el documento respectivo desde una edad relativamente temprana, como por ejemplo la edad de quince años, que es en la que comienza el individuo a ser parte en contratos de índole laboral.

Esta identificación debería ser hecha por tres caminos simultáneos:

- a) Por la fotografía.
- b) Por la huella digital.
- c) La firma del beneficiario.

Si bien en cuanto al punto a) habría que prever la posibilidad de renovar el documento después de un tiempo prudencial, en cuanto a la huella digital y la firma se tendría una base firme para identificar.

#### 4.3.—SEGUNDA ETAPA. MEDIDAS ACONSEJABLES DENTRO DE ELLA

Durante este período debe continuarse eliminando la "equidad individual" y tomarse las siguientes medidas fundamentales:

- a) Revisión completa de los montos que por concepto de pensiones se están otorgando, a efecto de nivelarlas con el costo de vida de ese

entonces. La revisión actuarial que se realice debe determinar en forma primordial el costo de la nivelación de las pensiones en curso de pago y procurar que los promedios de pensiones futuras tengan rentas racionales de conformidad con el costo de la vida. Este reajuste en el costo del programa debe ser financiado por los trabajadores, patronos y Estado.

b) Debe intensificarse la cobertura en lo relativo a Enfermedades y Accidentes.

c) Debe iniciarse la protección retroactiva en casos de pensiones.

d) Deben ampliarse los programas de pensiones sobre nuevas clases de trabajadores a efecto de prever amparo en casos de retiro involuntario de la vida activa.

#### 4.4.—TERCERA ETAPA

a) Debe alcanzarse la cobertura universal de tal manera que asegure que todos y cada uno de los habitantes de la república estén protegidos por los programas del Instituto.

b) Debe abolirse hasta el último vestigio de "equidad individual" a efecto de que opere en pleno la cobertura base de un trato social que otorgue y garantice una protección adecuada sin distinciones de ninguna especie.

c) Deben abolirse las contribuciones que actualmente hacen trabajadores, patronos y Estado y, en su lugar el presupuesto nacional debe sufragar el costo que demande el mantenimiento de los servicios a cargo del Instituto, de acuerdo con el procedimiento indicado en el capítulo tercero de este informe. Para ese entonces, es de esperar que la educación general permita entender a todos los ciudadanos que las prestaciones generales para la población, constituyen derechos y no dádivas provenientes del Poder Público.



## JURISDICCION CONSTITUCIONAL (\*)

FRANCISCO MORELLI COZZA

"Nunca he experimentado sentimiento de humillación y de vergüenza tan poderoso como hoy, al dirigirme a esta Honorable Cámara para pedir la suspensión del acta de habeas corpus.

(John Bright, discurso en la Cámara de los Comunes del 17 de febrero de 1866).

### 1.—PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En orden a la necesidad jurídico-social de restablecer el equilibrio quebrantado por un acto jurídico que en alguna forma colisione con la Ley Suprema de la República, y con el propósito, además, de instaurar en la sociedad el imperio de la seguridad jurídica, el artículo 10 de la Constitución Política de Costa Rica establece que:

"Las disposiciones del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo contrarias a la Constitución serán absolutamente nulas, así como los actos de los que usurpen funciones públicas, y los nombramientos hechos sin los requisitos legales.

Corresponde a la Corte Suprema de Justicia, por votación no menor de dos tercios del total de sus miembros, declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones del Poder Legislativo y de los decretos del Poder Ejecutivo.

La ley indicará los tribunales llamados a conocer de la inconstitucionalidad de otras disposiciones del Poder Ejecutivo".

En la norma jurídica anteriormente transcrita se comprende en parte lo que en doctrina se ha dado en llamar la "jurisdicción constitucional de la Corte Suprema de Justicia", o "función constitucional de la Corte Suprema de Justicia", cuyo análisis representa el objetivo primordial de la presente tesis de incorporación, con la cual opto al título de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Como se verá más adelante, la función constitucional del Poder Judicial, significa una sólida institución dirigida a procurar la revisión jurisdiccional de los actos jurídicos de los otros Poderes del Estado, por resul-

(\*) Tesis para optar el título de Licenciado en Leyes.

tar éstos violatorios a los fundamentales derechos de la personalidad humana, comprendidos y garantizados por la Constitución Política.

Esa garantía primaria de libertad y seguridad que implica la función constitucional encomendada a la Corte Suprema de Justicia, constituye además un maravilloso instrumento jurídico contra los regímenes de caciquismo, congresos obsecuentes, y en general, contra gobiernos y sistemas deshonestos, infortunadamente tan frecuentes en estas tierras de América.

A los efectos de esta tesis de incorporación, de las diversas formas como se manifiesta la jurisdicción constitucional, particularmente se estudiará la concerniente al recurso de inconstitucionalidad, en algunas de sus más importantes proyecciones jurídicas, tal como está consignado en el referido artículo 10 de nuestro Código Político.

No me guía otro propósito al presentar a la muy honorable consideración del Tribunal Examinador el trabajo de investigación que a continuación expongo, que el deseo muy sentido de poder realizar un pequeño esfuerzo en el estudio de esta rama del derecho público, pero sin ninguna pretensión de formular nada novedoso.

Valga, entonces, esta sincera explicación, para poder justificar las omisiones y deficiencias, que sin duda alguna serán muchas y que encontrarán en la siguiente tesis las personas que se permitan leerla.

## 2.—JURISDICCION CONSTITUCIONAL — CONCEPTO — FORMAS

Concebida la jurisdicción desde un punto de vista judicial, es ésta la facultad que concierne al Poder Judicial de administrar justicia, declarando, con fuerza de verdad legal, el derecho controvertido.

Dentro de las clasificaciones que de la jurisdicción se han hecho, suele hablarse con frecuencia de la jurisdicción constitucional, como una facultad más otorgada por la ley al Poder Judicial.

Se conoce con el nombre de jurisdicción constitucional, o función constitucional de la Corte Suprema de Justicia y demás tribunales establecidos por la ley, la facultad obligada y necesaria del Poder Judicial, como poder equilibrador, de intervenir en los actos de los otros Poderes del Estado, cuando éstos amenacen con invadir los ámbitos de los derechos constitucionales, sociales o políticos.

En algunos países se han creado especiales órganos jurisdiccionales, con el principal fin de hacer uso de esta particular forma de jurisdicción judicial. Son los denominados Tribunales de Garantías Constitucionales, cuyo propósito esencial consiste en mantener incólume el reinado de la Constitución Política, como ley fundamental del Estado.

La función jurisdiccional del Poder Judicial, tal como está estructurada en nuestro ordenamiento positivo, se manifiesta, en cuatro formas principalmente:

### A)—*Recurso de inconstitucionalidad:*

Es la facultad otorgada a la Corte Suprema de Justicia de declarar, por votación no menor de dos tercios del total de sus miembros, la incons-

titucionalidad de las disposiciones del Poder Ejecutivo y Legislativo contrarias a la Constitución Política.

Esta facultad está expresamente establecida por el artículo 10 de la propia Constitución Política, en relación con el inciso 1º del artículo 8º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y desarrollado, en su aspecto procesal, por los artículos 962 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles.

B)—*Veto judicial:*

Consiste el veto judicial en la facultad concedida a la Corte Suprema de Justicia, por disposición del artículo 128 de la Constitución Política, de conocer de los vetos que el Poder Ejecutivo interponga a una ley emitida por la Asamblea Legislativa, cuando dicho veto se fundamentare en razones de inconstitucionalidad no aceptada por la Asamblea Legislativa.

El pronunciamiento que emita la Corte Suprema de Justicia sobre esta clase de vetos, ha de tomarse, al igual que en los recursos de inconstitucionalidad, por votación no menor de las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros.

C)—*Recurso de habeas corpus:*

El conocimiento del recurso de habeas corpus ha sido reservado exclusivamente a la Corte Suprema de Justicia, tal como lo ordena el artículo 48 de la Constitución Política en relación con el artículo 71, inciso 8º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El recurso de habeas corpus procede no sólo contra la detención ilegal que imponga una autoridad de cualquier orden, sino también contra cualquier restricción ilegítima de la facultad de ir y venir y de trasladarse a cualquier parte, dentro o fuera del territorio nacional, que garantiza exclusivamente a los costarricenses el artículo 22 de la Constitución.

Todo lo referente al recurso de habeas corpus está contemplado en la Ley N° 35 de 24 de noviembre de 1932.

D)—*Recurso de amparo:*

Corriendo paralelo al recurso de habeas corpus, cuya protección es específica a dos garantías individuales únicamente, el artículo 48 de la Constitución Política también establece el denominado recurso de amparo, en un afán de mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en la Carta Fundamental del Estado.

Conocerá del recurso de amparo la Corte Plena cuando la violación emanare del Presidente de la República, Ministros de Gobierno, Gobernadores de Provincia, Comandantes de Plaza y Director General de la Guardia Civil. En los demás casos, el recurso será de conocimiento de los Jueces Penales de la jurisdicción de lugar donde se perpetre la acción u omisión que den lugar a él.

El recurso de amparo está desarrollado por la Ley N° 1161 de 8 de junio de 1950.

Como se dijo en el punto antecedente, de estas cuatro formas por las cuales se expresa la jurisdicción constitucional, únicamente se estudiará en la presente tesis de incorporación lo especialmente referente al recurso de inconstitucionalidad, tal como se encuentra comprendido en nuestra legislación positiva, particularmente en el artículo 10 de la Constitución; así como algunos de los más importantes pronunciamientos que la Corte Suprema de Justicia ha emitido sobre este tema de tanta trascendencia jurídica.

### 3.—PLURALIDAD DE NORMAS JURIDICAS

El ordenamiento jurídico positivo de un Estado, se compone, en un momento determinado, de una vasta pluralidad de normas jurídicas de diversa generalidad e importancia.

Con efecto, dentro de esa diversidad de normas jurídicas que regulan la vida consociada de una Nación, estableciendo en ella el imperio del orden y la tranquilidad sociales, las hay de máxima generalidad como las contenidas en la Constitución Política y demás leyes de la República, por ser ellas actos regla por excelencia, y en consecuencia fuente esencial de situaciones jurídicas generales. Otras, a la vez, y dentro de ese mismo orden de ideas, son de mayor concreción, como las expresadas en los Reglamentos y otros actos administrativos. Existen otras normas jurídicas cuya aplicación y ámbito se circunscriben exclusivamente a dos o más sujetos, como acontece con los preceptos establecidos en un contrato, toda vez que sus disposiciones constituyan ley entre las partes contratantes, a tenor de lo ordenado en el artículo 1022 del Código Civil. Finalmente, hay ciertos preceptos jurídicos de máxima concreción, habida cuenta de que sus consecuencias son siempre nominativas, como sucede con las normas jurídicas declaradas en las sentencias judiciales.

Luis Recaséns Siches, (1) el conocido publicista español, comenta sobre ese interesante fenómeno jurídico lo siguiente:

“El ordenamiento jurídico vigente en un Estado, en un determinado momento, se compone de una serie de preceptos de diversa generalidad. Los hay de máxima generalidad, por ejemplo, los contenidos en las leyes, los cuales, en términos abstractos, ligan a determinado tipo de situaciones determinado tipo de consecuencias. Los hay de una mayor concreción, como son muchos de los expresados en reglamentos y en disposiciones administrativas, las cuales vienen a concretar, en términos más restringidos, principios contenidos en las leyes. Hay otros preceptos jurídicos que tienen una materia y un ámbito ya puramente concreto y singularizado, cuáles son, verbigracia, los pactos de un

(1) “Vida Humana, Sociedad y Derecho” (Editorial Porrúa, S. A. Edición 1952) pág. 287.

determinado contrato celebrado entre Pedro y Juan, pactos que constituyen Derecho vigente para regular algunas relaciones entre esos dos sujetos. Y, finalmente, todavía los hay de una máxima concreción, como ocurre con las disposiciones de una sentencia judicial o de una resolución administrativa, en las cuales se manda nominativamente, con plazo determinado, una cierta prestación o consecuencia”.

Toda esta serie de normas de Derecho que en un momento dado constituyen la ordenación jurídica del Estado, se encuentran organizadas en un sistema perfectamente jerárquico o escalonado. De manera que ciertas normas jurídicas son jerárquicamente superiores a otras, dependiendo la validez jurídica de las últimas de las series superiores que las anteceden.

De lo que no cabe la menor duda es que dentro de esa pluralidad de normas jurídicas, ordenadas y jerarquizadas, es la Constitución Política la ley fundamental del Estado. Su jerarquía ha venido siendo reconocida por el derecho universal, y sus disposiciones constituyen la base esencial para medir la validez de las otras normas jurídicas que le suceden.

Al efecto, dice Hans Kelsen, (2) reafirmando este grado supremo de la Constitución, lo siguiente:

“Se reconoce este grado superior recordando que la característica del Derecho es la de regular su propia creación, es decir, que la vía legislativa (el procedimiento de creación de las normas generales) puede estar determinada a su vez por una norma positiva general. Esta norma recibe el nombre de norma “constitucional”; y la constitución representa, por relación a la ley, un grado superior del orden jurídico. La constitución es aplicada por la ley, en el sentido de que el procedimiento legislativo se halla determinado en los preceptos constitucionales, del mismo modo que la ley determina la sentencia judicial que la aplica”.

Con alguna frecuencia, y con base en lo anteriormente expuesto, suelen señalarse dos categorías de normas jurídicas. Las “normas constitucionales”, que instituyen los órganos creadores del derecho, y que son, por definición, y dentro del cuadro de las normas de derecho, las de superior jerarquía, por su trascendental misión de estructurar políticamente al Estado, regir su vital funcionamiento y garantizar los supremos derechos de la personalidad humana. Otras, de jerarquía inferior, producidas por los órganos ya creados, son denominadas “normas ordinarias”, y su validez, como ya se dijo en otra parte, está en función de la Constitución Política.

Estos principios son de extraordinaria importancia cuando se trata de analizar, como se hace ahora, la institución del “control jurisdiccional

(2) “Teoría General del Estado” (Editorial Nacional, S. A.) pág. 306.

de constitucionalidad", pues además de darnos un panorama claro del problema de comentario, nos lo justifica plena y debidamente, dándonos, por consiguiente, las verdaderas razones en que esa entidad jurídica se informa, como suprema garantía de libertad contra los Parlamentos obsecuentes y los órganos ejecutivos fuertes.

Esta supremacía de las normas constitucionales, con sus efectos consiguientes, especialmente los de producir la nulidad de aquellas disposiciones ordinarias que con ella colisionen, ya se había manifestado con la natural incipiencia en el derecho antiguo, sin que esa formulación de principios puramente políticos, cristalizara, como lo ha sido ahora, en la institución de la inaplicabilidad de normas jurídicas por vicios de inconstitucionalidad, toda vez que la historia reservó tan feliz privilegio al derecho público norteamericano, como más adelante se verá.

Efectivamente, el Profesor J. D. Moscote (3), de la Universidad de Panamá, dice:

"Los romanos se valían al principio de la frase *republicam constituens* para referirse a la constitución y fueron ellos los primeros en distinguir las leyes constitucionales de las ordinarias, el poder constituyente del poder legislador".

En el mismo derecho ateniense, se solían distinguir aquellos principios fundamentales del Estado, que ellos denominaron "politeia", a fin de diferenciarlos de las leyes ordinarias que llamaron "nomoi".

Tanta importancia se le concedió a esta distinción, que si un ciudadano proponía una ley contraria a otra que se consideraba constitucional, era severamente castigado con arreglo al derecho imperante.

#### 4.—CONCEPTO DE LA CONSTITUCION

De acuerdo con el concepto que al intento nos da el Diccionario de la Real Academia Española, edición 1956, la palabra "constitución" (del latín *constitutio-onis*), significa "esencia y calidades de una cosa que la constituyen y la diferencian de las demás".

Desde este punto de vista, el vocablo constitución se aplica a todos los órganos de la vida, a los animales, a las plantas, a los minerales y al hombre mismo, y sirve, por consiguiente, para indicar el modo de ser, de actuar o de estar dichas cosas.

Al usar el derecho el concepto de constitución, lo empleó originalmente en el sentido antes dicho, vale decir, haciendo mención a la estructuración, desenvolvimiento, características o situación del Estado como suprema forma de organización política, del Poder Público o de las normas jurídicas que regulan esas contexturas.

En otras palabras, pero conservando siempre su mismo sentido, la palabra constitución venía a significar la particular forma o sistema de gobierno que cada Estado tenía a bien darse, de acuerdo con su particular idiosincrasia.

(3) "Introducción al Estudio de la Constitución" (Editorial "La Moderna", 1927). pág. 2.

Más concretamente, el término constitución se aplica a la Ley Fundamental del Estado que contiene las bases esenciales de su estructuración política.

Aristóteles habla de las "constituciones de Lacedemonia, de Creta, de Cartago, de Esparta", indicando que "la constitución es la que determina con relación al Estado la organización regular de todas las magistraturas, sobre todo de la soberana, y el soberano de la ciudad es en todas partes el gobierno; el gobierno, es pues, la constitución misma.

Agrega más adelante el mismo Aristóteles en su famosa obra "La Política", dándonos un claro concepto de la constitución lo siguiente:

"...constitución es aquel principio, según el cual están ordenadas las autoridades públicas, especialmente aquella que es superior a todas; la soberana. La constitución designa la ordenación de la autoridad del Estado, define la misión de los Poderes Públicos, determina en quien reside la soberanía y, por último, fija el fin de la Sociedad civil".

Este concepto formulado por Aristóteles acerca de la constitución, ha sido considerado por la doctrina política como el propio desde un punto de vista jurídico, toda vez que no se concibe a ningún Estado y sus Poderes Públicos sin una especial organización o forma de ser que designa claramente, su estructuración política.

Modernamente, y siguiendo en esto la doctrina elaborada con tanto éxito por el Derecho Político norteamericano, por Constitución se entiende el documento escrito en el que se consignan las normas jurídicas supremas y fundamentales sobre las que descansa la organización política del Estado. En otros términos, la Constitución no viene a ser otra cosa, de acuerdo con este criterio moderno, que un cuerpo orgánico de leyes fundamentales que previenen la organización, enlace y modo de actuar de los Poderes Públicos.

Este concepto actual de la Constitución surge precisamente al expedirse la Constitución Federal de los Estados Unidos y ese rumbo trazado por la Constitución norteamericana fue seguido por Francia con motivo de su gran Revolución, y posteriormente sedujo a los demás países europeos y también a los pueblos norteamericanos con ocasión de su independencia política, dando lugar a los llamados Estados Constitucionales, por contar, consecuentemente, con constituciones escritas que regulan íntegramente todo lo concerniente a los aspectos de su vida nacional pública.

Los siguientes son algunos de los más importantes conceptos o definiciones que de las constituciones los autores han dado. Conceptos éstos que han sido tomados especialmente del libro "Lecciones de Derecho Constitucional", del Dr. Luis Muñoz Morales, Tomo I, Editorial Universidad de Puerto Rico y de la obra ya citada del Profesor J. D. Moscote:

"...por constitución se entiende la ley fundamental del Estado que contiene los principios sobre los cuales se funda

el Gobierno, que regula la división de los poderes soberanos y determina a qué persona cada uno de estos poderes está confiado y la manera cómo debe ejercerlos". (El Juez Cooley).

"...una constitución es la ley fundamental conforme a la cual se organiza el gobierno y se determinan convenientemente las relaciones de los individuos o de las personas morales con la comunidad. La constitución puede ser ya un instrumento escrito, un texto preciso o una serie de textos decretados en una época dada por un soberano, ya el resultado más o menos definido de una serie de actos, ordenanzas, decisiones judiciales, precedentes y costumbres de diverso origen y de desigual valor e importancia". — (Borgeaud).

"La Constitución de un Estado o Nación comprende aquellas reglas o leyes que determinan la forma de gobierno y los derechos y deberes del mismo frente a sus ciudadanos y de éstos respecto del Gobierno". — (Bryce, American Commonwealth — página 350).

"Conjunto de instituciones y leyes fundamentales relativas a la adquisición, transmisión y forma del poder y a su funcionamiento". (Pascal).

"Regla jurídica que establece la organización fundamental del Estado, considerado en sí mismo y en sus relaciones con el individuo y con la sociedad". — (Profesor F. Mellado, Tratado Elemental de Derecho Político).

"La constitución en el sentido moderno, tiene a su vez un alcance político, como en otros tiempos, una significación expresamente jurídica, que es la característica de las "constituciones" de los Estados modernos en los que puede hablarse sin hipocresías y honestamente de un derecho constitucional.

La constitución en estricto sentido es un valor esencialmente histórico que responde a un concepto trabajosamente elaborado que sintetiza la dura lucha por la liberación humana: se trata de una afirmación y de la liberación política de la personalidad frente a los usuarios o detentadores del poder público, de los llamados gobernantes". — (Dr. A. Posada, Régimen Constitucional).

## 5.—SECCIONES DE LA CONSTITUCION

En toda Constitución Política pueden advertirse dos grandes partes o secciones. Una, denominada parte "orgánica", en la que se establece la organización política del Estado y se fija la competencia de sus órganos. Otra, llamada "dogmática", donde se establecen los derechos fundamentales de la personalidad humana, tanto los derechos individuales, sociales como los políticos.



La razón en virtud de la cual se comprenden en la Constitución Política los supremos derechos del hombre y del ciudadano, no es otra que el de ampararlos debidamente en la primera ley del Estado, así también como por constituir dichos derechos, realmente, graves limitaciones a la libre acción de los Poderes Públicos, y que por su naturaleza, necesariamente, deben de estar contemplados en la ley que regula el funcionamiento u organización política de tales poderes.

## 6.--CONSTITUCION EN SENTIDO MATERIAL Y EN SENTIDO FORMAL

En toda Constitución Política, tal como la concebimos en un punto precedente, se ofrecen especiales características de forma y de fondo, provocando con ello la conocida distinción entre Constituciones en sentido formal y en sentido material, respectivamente.

Se considera bajo la denominación de Constitución en sentido material todo cuerpo de leyes, que independientemente de las formalidades de que se haya hecho uso para emitirlos, tengan como propósito primordial la organización política del Estado, en sus implicaciones más importantes. Inglaterra, por ejemplo, tiene una Constitución en sentido material, la cual está formada por todo aquel conjunto de leyes o costumbres, que materialmente no se diferencian con la legislación ordinaria de aquel Estado, y que se refieren, precisamente, a la estructuración política de la Nación inglesa. En cambio, el derecho inglés no cuenta con una Constitución en sentido formal, toda vez que no tiene un Poder Constituyente jurídicamente estructurado, y en consecuencia, la promulgación de sus leyes constitucionales no se diferencia en forma alguna de la creación de sus leyes ordinarias.

Constitución en sentido formal es aquel conjunto ordenado de leyes fundamentales, que por tener este carácter, necesitan imperativamente, bajo pena de nulidad, el cumplimiento de una serie de formalidades y solemnidades indicadas por la propia Constitución, y cuyo acatamiento es indispensable para la elaboración, modificación o derogación de la Constitución Política, en todo régimen de derecho.

La mayor parte de las Constituciones Políticas, del mundo entero, que al respecto han seguido la luminosa trayectoria de la Constitución de los Estados Unidos, tienen el doble carácter de constituciones en sentido material y formal conjuntamente. Con efecto, estas Constituciones no solamente tienen por misión señalar y establecer la organización política del Estado, que como dijimos anteriormente es lo que destaca a las constituciones en sentido material, sino que también indica los solemnes procedimientos para la promulgación o modificación de esa misma constitución, lo que no es otra cosa que la Constitución concebida desde un punto de vista formal.

El Profesor P. Luis Izaga, S. J. (4) refiriéndose a este tema de comentario, manifiesta:

(4) "Elementos de Derecho Político" (Editorial Bosch, pág. 198, Tomo II).

“Así, Inglaterra tiene una constitución material, porque se rige por leyes y convenciones constitucionales que se refieren a la organización fundamental del Estado, como la ley que mutiló las atribuciones de la Cámara de los Lores (1911) y la que estableció el sufragio universal (1918), y varias convenciones constitucionales que dan a su sistema político el carácter de parlamentario. En cambio no tiene Constitución formal porque, al carecer de un Poder Constituyente, no existe ninguna diferencia entre esas leyes constitucionales y las ordinarias.

Al revés de los Estados Unidos de Norteamérica, cuya constitución reviste, al mismo tiempo, los caracteres de constitución en sentido material y formal. La Constitución de 1787 - 89 con las 10 primeras enmiendas, contiene el fondo de la Constitución con su tabla de derechos humanos y reglamentación de los poderes. El artículo V de la misma Constitución propone los trámites necesarios para su reforma, trámites complejos que no son necesarios para la formación de las demás leyes”.

Nuestra Constitución Política, consecuente con los lineamientos trazados a perpetuidad por la Constitución norteamericana, establece en su contexto la organización política de la República de Costa Rica, proclamándola democrática, libre e independiente. Dividiendo su Gobierno en tres poderes distintos e independientes entre sí, señalando la forma de su integración y su manera de funcionamiento, su competencia y la relación de los Poderes Públicos entre sí; establece y garantiza, a la vez, en su parte dogmática, los supremos derechos de la personalidad humana, como limitación a la libre acción de dichos Poderes. Es decir, la Constitución en sentido material.

Por otra parte, la misma Constitución se encarga de señalar las formas solemnes que necesariamente han de acatarse para procurar su reforma parcial, y así lo hace el artículo 195 de la misma Constitución. Y ordenando, con mayor intensidad, la necesidad de convocar a una Asamblea Nacional Constituyente cuando de lo que se trata es de reformar generalmente ese cuerpo de leyes fundamentales. Procedimientos éstos, que nos configuran la Constitución en sentido formal, tal como la hemos definido.

No obstante lo hasta aquí expuesto en relación a las Constituciones en sentido material y formal respectivamente, nada impide que ciertas normas jurídicas, en atención a especiales razones de conveniencia u oportunidad debidamente ponderadas por los órganos creadores del derecho, y referentes particularmente a la estructuración política del Estado o garantías de los derechos fundamentales del hombre y del ciudadano, y pese a no estar físicamente incluídas en el texto mismo de la Constitución Política, deben ser estimadas como normas jurídicas de carácter indiscutiblemente constitucionales, siempre y cuando su modificación o total supresión, estén sujetas a las mismas excepcionales formalidades a que se hallan expuestas las normas particularmente incluídas en el propio libro Constitución.

Al respecto, resulta necesario no confundir esas disposiciones lógicamente constitucionales no incluidas aún en el texto de la Constitución, por razones de cualquier naturaleza, con aquellas leyes extraordinarias que para su reforma o derogación necesitan del trámite de la consulta a ciertos organismos técnicos o interesados, así como el de un mayor número de votos de los miembros de la cámara para su respectiva aprobación.

El mayor interés que podría revestir el estudio de las leyes extraordinarias sería a los efectos de su jerarquía, toda vez que dichas leyes extraordinarias, en el orden de las normas jurídicas, tienen evidente supremacía sobre las otras leyes ordinarias.

No acontece lo mismo con las leyes constitucionales no comprendidas todavía en la tabla de la Constitución Política por razones que en realidad no interesan, habida cuenta de que material y formalmente asumen el carácter de leyes constitucionales con todas las consecuencias jurídicas que esta categoría les da, y que para los propósitos de esta tesis tiene especial significación a consecuencia de que cualquier ley ordinaria, o acto del Poder Ejecutivo, que en alguna forma se le oponga, están necesariamente viciadas de inconstitucionalidad y por tanto resultarían absolutamente nulas, de acuerdo con la doctrina en que se informa el artículo 10 de la Constitución Política.

#### -7.—CONSTITUCIONES ESCRITAS Y NO ESCRITAS

Si bien es cierto que la clasificación a que se refiere este punto no tienen ningún interés práctico ni científico, suelen considerarse como constituciones escritas, cuyo modelo es indiscutiblemente la Constitución Federal norteamericana, aquellas en que sólo se toma en consideración el documento literario que en una oportunidad histórica fuera debidamente emitido por el respectivo órgano constituyente. Por consiguiente, las constituciones escritas necesariamente deben de estar contenidas en un cuerpo orgánico de leyes fundamentales, que forman el Código Político de una Nación, elaborado, por regla general, por el organismo representativo a cuyo cargo está la misión de promulgar la Constitución Política.

Por el contrario, se estiman como constituciones no escritas aquellas en las que han jugado un papel de extraordinaria importancia, los usos, costumbres y prácticas políticas, y, en general, todo lo comprendido bajo el nombre de derecho consuetudinario, independientemente de estar o no reducidas a la escritura. Como modelo de esta clase de constituciones, incuestionablemente, suele señalarse la constitución inglesa.

Estas últimas constituciones frecuentemente suelen denominarse también "acumulativas", por ser en realidad fruto de la reunión de varias instituciones históricas que se han ido sucediendo paulatinamente de acuerdo con las variadas transformaciones políticas de la Nación.

La Constitución Política de Costa Rica, siguiendo también en esto a la Constitución de los Estados Unidos, y conforme a los índices diferenciales de ambas clases de constituciones, es, no hay duda, una Constitución escrita.

## 8.—CONSTITUCIONES EVOLUTIVAS Y DECRETADAS

Guardando una íntima relación con la clasificación verificada en el punto anterior, y tomando en cuenta especialmente el origen inmediato de las constituciones, se acostumbra clasificarlas en constituciones evolutivas y constituciones decretadas.

Cuando la Constitución Política de un Estado es la consecuencia de una espaciosa y continuada evolución histórica, que en ella ha cristalizado, entonces estamos en presencia de una constitución evolutiva, tal como le ha acontecido a la Constitución Inglesa, ya que ella es el resultado final de los grandes movimientos políticos del pueblo inglés, que entre otros, y ocupando papel destacado, se señalan la emisión de la "Carta Magna" en el año 1215, bajo el reinado del Rey Juan I o Sin Tierra; la "Petición de Derechos" de 1629 del Rey Carlos I; el Habeas Corpus de 1679, siendo Rey Carlos II. La evolución continuó en lo venidero con la Declaración de Derechos (Bill of Rights) de 1689 con Guillermo de Orange; el Act of Settlement de 1701 y por último el Parliament Act de 1911.

En cambio reciben el nombre de constituciones decretadas aquellas que son el resultado no de una prolongada evolución histórica, como las anteriores, sino fruto de la voluntad del monarca imperante, o más propiamente de la acción de una asamblea constituyente convocada a ese efecto.

"En Inglaterra no existe un texto o código único, sino que su derecho constitucional procede de cuatro fuentes distintas a saber: a) Los tratados y cuasicontratos (como el acta de Unión con Escocia 1707, el acta de Unión con Irlanda 1800 y los que se refieren al régimen de Australia y Canadá); b) el common law o derecho consuetudinario, que se aplica en el Parlamento y por los tribunales; c) los pactos (tales como la Carta Magna, 1215 el bill de derechos, 1688, y el acta de establecimiento, 1701) y d) por último los estatutos o leyes tales como el detallagio nom concedendo (1297) referente a la imposición de contribuciones; la petición de derechos (1628), que confirma la gran carta y el estatuto anterior, y la protesta contra las prisiones arbitrarias y aplicación de la ley marcial; el acta de habeas corpus, 1679, para impedir las detenciones arbitrarias; y otros. Como ejemplo de constituciones escritas pueden citarse Francia, su primera constitución de 1791; Alemania, su constitución federal de 1806; España, con el estatuto de Bayona de 1808 y luego la Constitución de Cádiz de 1812". (4 bis).

Como podrá advertirse en esta clasificación, lo mismo que en la anterior, la diferenciación formulada no tiene en realidad interés práctico

alguno, ya que la misma es de carácter esencialmente formal y por consiguiente, no toma en consideración los elementos fundamentales que la estructuran y conciben.

#### 9.—CONSTITUCIONES RIGIDAS Y CONSTITUCIONES FLEXIBLES.

Obedeciendo a un criterio en esta oportunidad científico, suele hablarse de constituciones "rígidas o pétreas" y de constituciones "flexibles", conforme a la mayor o menor facilidad que brinda la propia Constitución, de acuerdo con sus mismas disposiciones, de poder ser reformada por los órganos competentes del Estado y con sujeción a la misma constitución que señala el procedimiento respectivo.

Efectivamente, aquellas constituciones que han venido al mundo del derecho y se han formado siguiendo el mismo procedimiento que el indicado para las leyes ordinarias, pueden ser reformadas o abrogadas del mismo modo que éstas, y en tal caso estamos delante de una Constitución flexible, como la Constitución inglesa y otras europeas. No hay en la promulgación de estas Cartas Fundamentales una suprema autoridad representativa encargada particularmente de darle a la Nación su Código Político, siguiendo al respecto una serie de solemnidades concordantes a su elevada misión e importancia, sino que, por el contrario, su existencia jurídica le proviene de la misma manera que a las demás leyes ordinarias. Por tal razón, la reforma o creación de una constitución política flexible deviene sumamente fácil, toda vez que no es necesario observar ningún requisito solemne para conseguir ese propósito.

En sentido contrario, las Constituciones rígidas, estacionarias o pétreas, que de todos estos modos se les conoce, son aquellas que por ser promulgadas por una alta autoridad legal, ordinariamente una Asamblea Nacional Constituyente, necesitan para su reforma de un procedimiento formal y solemne, específicamente señalado por la propia constitución, sin cuya observancia la reforma carecería de todo valor jurídico, así la Constitución Política de los Estados Unidos.

La Constitución Política de Costa Rica, como en muchas otras cosas, participa de ese doble carácter. Es rígida, porque de acuerdo con los términos de su artículo 196, para procurar su reforma general además de ser acordada ésta siguiendo los trámites de una reforma parcial a la constitución, la misma debe ser hecha por una Asamblea Nacional Constituyente especialmente convocada al efecto.

Es la Constitución de Costa Rica también una constitución flexible, porque la reforma parcial de ella se puede obtener fácilmente, con sólo seguir los términos del artículo 195 de la misma.

#### 10.—RAZON DEL IMPERIO CONSTITUCIONAL

El recurso de inconstitucionalidad, cuya tramitación y decisión está confiado al Poder Judicial, tiene como sólida base la supremacía de la Constitución Política sobre las demás normas del ordenamiento jurídico

del Estado, tal como hasta ahora se ha venido diciendo y acreditando. Todo acto del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo contrario a la Constitución Política, será, por esa misma razón, absolutamente nulo.

Aceptado el principio anterior como una innegable proclama del derecho universal, es de necesidad explicar las razones que animan e informan el referido principio, es decir, los motivos del imperio constitucional.

Hemos dicho que la Constitución Política es la ley suprema del Estado. Que la validez de las normas jurídicas que regulan la vida social se rige y gobierna a través de las normas constitucionales, que se rigen como atalaya del derecho en general.

Al respecto dice el Dr. Carlos A. Ayarragaray (5) en una interesante monografía del tema:

“Es la Constitución, en tal sentido, suprema y victoriosa contra cualquier desconocimiento, ataque o desvío llevado a su vida. El papel que juega la Constitución en los países que la tienen es de la estrella conductora al establo de Belén. Es la represa contra el desborde, baluarte opuesto a la tiranía, valla a la demagogia, defensa, ante el exceso de los poderes. Bajo su nombre, en fin, el ser humano levanta su reducto para vivir tranquilo y sereno, ejerciendo sin asechanzas su libertad, que es natural y anterior a la formación de la sociedad”.

Teniendo, pues, una misión tan grave la Constitución Política, tal como lo acabamos de ver, es indiscutible que los actos de los otros Poderes de Estado no pueden tener la misma jerarquía de que participan las normas constitucionales. Admitir lo contrario, sería suponer la peligrosa posibilidad de que cualquiera de los organismos oficiales podría, en cualquier momento o circunstancia, destruir y quebrantar la majestad de la Constitución, con la perniciosa secuela que de ello se derivaría.

Este destacado propósito de vigilar la integridad de la Constitución Política, verificando la constitucionalidad de los actos de los Poderes del Estado, está confiado al Poder Judicial, dando lugar a la llamada “jurisdicción constitucional” objeto de este comentario, si bien, en el fondo, es el mismo pueblo el directo guardián de la Constitución ya que es en su nombre que se mueven y actúan los órganos jurisdiccionales del Estado. Hay, pues, necesidad de mantener incólume la integridad de la Constitución, y esto está confiado, por derecho propio, a los ciudadanos. La Constitución Griega de 1927 dispone: “La guarda de la Constitución está confiada al patriotismo de los helenos” (De la monografía del Dr. Ayarragaray, ya citada).

Este derecho natural reservado al pueblo de vigilar por la integridad de la Constitución Política, es a no dudarlo, uno de los deberes cívicos de mayor importancia que corresponde a los ciudadanos, poniendo con ello de manifiesto el grado de intensidad de su celo patriótico, y dando lugar, asimismo, a un especial sistema de control de constitucionalidad,

(5) “Efectos de la Declaración de Inconstitucionalidad” (Librería Jurídica, Buenos Aires) pág. 13.

como el establecido en Cuba, en que un número determinado de ciudadanos pueden pedir a un Tribunal de Garantías Constitucionales la declaración de inaplicabilidad de un acto de los Poderes Públicos,, cuando estimen que es contrario a la Carta Magna.

#### 11.—BREVE NOTICIA HISTORICA DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD

No obstante la existencia de algunos importantes antecedentes históricos referentes a la supremacía de las normas constitucionales, como ya se vió con antelación, el verdadero origen de la doctrina a que esta tesis se refiere, vale decir, el "control jurisdiccional de constitucionalidad", como comúnmente se le llama, lo encontramos en las colonias inglesas de América, institución que se perfecciona con posterioridad en la novedosa jurisprudencia sentada por los Tribunales locales y federales de los Estados Unidos.

El Parlamento inglés, efectivamente, fue siempre considerado por la doctrina de aquel gran Estado, como la entidad más sólida de derecho político creado para la defensa de las libertades públicas. Su omnipotencia, en resolución, fue siempre indiscutida en un principio. Por consiguiente, las normas jurídicas emitidas por el Parlamento debían prevalecer sobre los demás actos pronunciados por los otros Poderes del Estado. De Colme, condensa esa omnipotencia del Parlamento inglés con las siguientes frases que ponen de manifiesto en una forma gráfica esa realidad política: "Es un principio fundamental para los juristas ingleses que el Parlamento puede hacer todo, menos hacer de una mujer un hombre, y de un hombre una mujer".

Empero, este rígido principio fue paulatinamente atemperándose en la práctica, especialmente por la profunda influencia que la doctrina de Lord Eduardo Coke, eminente Magistrado inglés, ejerció sobre este tema de derecho público.

Efectivamente, Lord Coke, consideró siempre la necesidad de conferir a los Jueces la facultad de examinar la validez de los actos del Parlamento y declararlos nulos cuando resultaren "contrarios o repugnantes a las reglas del derecho común o a la razón". Con base en esta interesante doctrina, las Cortes de Justicia declararon algunas veces, nada más, la nulidad de aquellos actos del Parlamento, cuando los estimaban absurdos o repugnantes. Si bien es verdad, esta facultad tan grave no se usó con la debida frecuencia, porque se consideró contraria a los principios rectores del derecho inglés.

Pero donde la doctrina de Lord Coke ejerció una influencia decisiva fue, sin duda alguna, en las primeras trece colonias americanas, preparando, de esa manera, un campo propicio para la futura aplicación de esta interesante tesis política.

Con efecto, las cédulas constitucionales que las trece colonias americanas recibieron de la metrópoli, conferían una relativa independencia a las legislaturas locales, no obstante que su validez estaba sujeta en último término al veto del gobernador.

"...Las cartas de las primeras colonias en su original estructura no contenían ninguna disposición sobre tales cuerpos legislativos. Pero fácilmente podía preverse que los colonos, habituados, como lo estaban, al goce de los derechos y privilegios de los ciudadanos ingleses, y a considerar, sobre todo, el derecho de representación en el Parlamento como la más sólida seguridad de su libertad civil y política, no soportarían por mucho tiempo el ejercicio de un poder arbitrario, e insistirían en el reclamo de participar en la sanción de las leyes con las que serían gobernados...". (Story, citado por Alejandro E. Ghigliani) (6).

Sin embargo, pese a lo anteriormente expuesto, los actos jurídicos pronunciados por las legislaturas locales eran examinados por la "BOARD OF TRADE", a intento de determinar su legitimidad con relación a las cédulas constitucionales y anulados consiguientemente si se oponían a ella.

Con el advenimiento de la Independencia, 4 de julio de 1776, esta práctica jurídica vino a incorporarse al derecho propio norteamericano, sustituyéndose, por tanto, las viejas cédulas coloniales por las nuevas constituciones políticas, no obstante que algunas de ellas no establecían el principio de facultar a los órganos jurisdiccionales para revisar la constitucionalidad de las leyes emitidas por la postestad legislativa.

Transcribo a continuación los siguientes párrafos referentes a esta realidad histórica:

"Cuando las trece colonias americanas proclamaron su independencia en 1776, reemplazaron esas viejas cartas por constituciones nuevas, y por estas constituciones dieron a sus correspondientes asambleas legislativas cierto número de poderes de legislación especificados y limitados. La misma cuestión (conformidad o disconformidad con la carta) era, desde entonces, susceptible de plantearse acerca de un estatuto sancionado por una de esas asambleas (con respecto a la constitución). En el caso de que al sancionarse un estatuto se excediera del ámbito de los poderes conferidos por la constitución local de la legislatura del Estado, o transgrediera de alguna manera las normas de esta constitución, el estatuto era nulo, y también lo eran los actos ejecutados de conformidad con sus disposiciones. Esta cuestión, como toda otra de derecho, era resuelta finalmente en las cortes del Estado". (6 bis).

"En esta situación un tanto ambigua, en que los pueblos recibían simultáneamente dos tipos de legislaciones,

(6) "Del Control Jurisdiccional de Constitucionalidad" (Edición Depalma; 1952) pág. 11.

(6 bis) James Bryce, La République Americaine, citado por Ghigliani, obra ya indicada.



las "Cartas" emanadas de la Corona y del Parlamento de la madre patria y las leyes o estatutos de las Asambleas coloniales, en muchas ocasiones se advertían discrepancias y contradicciones que era preciso aclarar por los jueces encargados de su aplicación. Desde esa oportunidad se sentó la jurisprudencia de hacer prevalecer las normas de la metrópoli sobre las locales, llegándose hasta decretar la nulidad de estas últimas por la judicatura, en los casos de conflicto evidente.

Luego de la emancipación, las cortes coloniales cedieron su lugar preferente a la Constitución Federal y a las Constituciones de los Estados, y por analogía subsistió la doctrina que subordina las leyes ordinarias al imperio del texto constitucional, y que faculta a los jueces para decretar la inaplicabilidad de aquellas que no rimen con el Código Político." (7).

En la Convención de Filadelfia, convocada particularmente con el propósito de limitar hasta donde ello fuera posible los excesos del Parlamento, y a la cual acudieron prominentes hombres de destacada actuación pública en la vida política de la nueva Nación americana, se trató con amplitud y prolijamente el problema que planteaba el examen de la constitucionalidad de las leyes.

El delegado de Virginia, Randolph, con el fin de cumplir aquel principio, propuso un proyecto dirigido a instaurar la función de la Asamblea Legislativa nacional para examinar las leyes aprobadas por las legislaturas locales. Los Estados pequeños presentaron, a su vez, un plan para permitir que los jueces locales no aplicaran leyes propias de los Estados cuando éstas fueran contrarias a las leyes y tratados del Gobierno federal constituido. Ambos proyectos fueron desechados. Y de esa manera fueron presentándose mociones dirigidas también a conseguir aquel objetivo inicial.

Pero si bien es cierto que en el instrumento aprobado en definitiva en Filadelfia, no se estableció expresamente el control de inconstitucionalidad, no cabe la menor duda de que ese fue también uno de sus propósitos fundamentales, por lo que es de necesidad considerar a la Convención de Filadelfia como un importante antecedente en este aspecto.

## 12.—LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA FIJO EN DEFINITIVA LA DOCTRINA DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD. — CASOS.

Todos los antecedentes anteriormente invocados, constituyen a no dudarlo, una admirable doctrina encaminada a establecer en lo venidero, como en efecto se estableció, la institución del "control jurisdiccional de constitucionalidad", como parte de la función constitucional del Poder Judicial.

(7) Lic. Marco Tulio Zeledón. "El Recurso de Inconstitucionalidad". (Revista del Colegio de Abogados. N° 25).

Sin embargo, ha sido la jurisprudencia norteamericana, elaborada con posterioridad a su emancipación política, la que directamente ha creado esta institución jurídica que ha venido siendo aplicada en casi todos los países del mundo civilizado, como un medio de procurar la protección jurídica de los ciudadanos.

Me propongo, punto y seguido, copiar algunos de los pronunciamientos que por su importancia histórica deben considerarse como los reales creadores del recurso de inconstitucionalidad, y que constituyen, además, la espina dorsal de dicha doctrina en los Estados Unidos:

a) — CASO: *Vanhorn's Lessee v. Dorance*, 1795, antecedente de las Cortes de Circuito: Juez Paterson, que a la sazón formaba parte también de la Suprema Corte Federal: "Qué es una Constitución Política?. Es una forma de gobierno delineada por la mano de un pueblo en la que instituye ciertos principios primeros de las leyes fundamentales. La Constitución es cierta y fija; contiene la voluntad permanente de un pueblo y es la ley suprema de la tierra; está por sobre el poder de la legislatura y puede ser revocada o modificada sólo por la autoridad que la creó". "¿Qué son las legislaturas? Son criaturas de la Constitución; sus poderes derivan de la Constitución...". Por eso, todos sus actos deben conformarse con la Constitución, pues de lo contrario serán ineficaces. La constitución es o será la obra y la voluntad del pueblo mismo en su capacidad original, soberana e ilimitada. La ley es la obra y la voluntad de la legislatura en su capacidad derivada y subordinada. La una es la obra del creador; la otra es obra de la criatura. La constitución fija límites al ejercicio de la autoridad legislativa y determina la órbita en que ha de moverse. En breves palabras... la constitución es el sol del sistema político en torno al que deben moverse los órganos legislativos, ejecutivo y judicial. No puede dudarse de que un acto de la legislatura, repugnante a la Constitución, es absolutamente ineficaz". "La Constitución de un Estado es estable y permanente; ella no puede ser modificada según el humor de los tiempos; no puede ser elevada y discutida con la marea de los acontecimientos; no obstante la competición de intereses opuestos y la violencia de las partes contendientes, ella permanece firme e inmóvil, como una montaña en medio de la tempestad o un escollo en el océano en medio de las olas furiosas". "Es evidente que el acto legislativo en contraste con una norma constitucional debe ser apartada y rechazada por incompatibilidad". "Entiendo que es igualmente claro y correcto que en tal caso es deber de la Corte conformarse a la constitución y declarar el acto nulo e ineficaz".

b). — CASO: *Hilton v. The United States*, 1796, antecedente de la Suprema Corte Federal. El Juez Chase expuso el criterio de la Corte en los siguientes términos:

“Cómo no pienso que el impuesto sobre los vehículos constituye un impuesto directo, es innecesario, ahora, según mi opinión, declarar si esta Corte tiene poder de acuerdo con la Constitución, para desconocer validez a una ley del Congreso con el fundamento de que ha sido sancionada contra o violando la Constitución; pero si esta Corte tiene ese poder, afirmo que jamás lo ejerceré sino en un caso muy claro”.

c). — CASO: *Marbury v. Madison*, 1803, Corte Federal. El Juez Marshall, expuso el criterio de la Corte en los siguientes términos: “Todo el sistema político norteamericano ha sido construído sobre el principio fundamental de que el pueblo tiene el derecho originario de establecer, para su futuro gobierno, las reglas que considere adecuadas para lograr su felicidad”. “El ejercicio de este derecho originario constituye una grandísima conquista; él no puede ni debe ser frecuentemente ejercido. Por tanto, los principios determinados de este modo deben considerarse fundamentales”. “Como la autoridad que los establece es suprema y puede actuar rara vez, deben considerarse inmutables”. Esta voluntad originaria y suprema organiza el gobierno y atribuye a varias ramas poderes determinados. Ella puede limitar a eso su acción; pero también puede aún fijar límites que no han de ser superados por los departamentos (del gobierno)”. — “El gobierno de los Estados Unidos encuadra en el segundo tipo. Los poderes de la legislatura son definidos y limitados, y la Constitución es escrita para evitar que esos límites sean mal comprendidos y olvidados”. “Con qué objeto serían puestos esos límites si ellos pudieran ser superados en cualquier tiempo por aquellos mismos llamados a respetarlos?”. — “La distinción entre gobiernos con poderes limitados y gobiernos con poderes ilimitados sería suprimida si la limitación no constituyera un freno para la persona a quien ha sido impuesta, y si no se hace distinción entre actos prohibidos y actos permitidos”. — “Es una proposición demasiado simple para ser discutida, que, o la Constitución, es superior a todo acto legislativo no conforme con ella, o el Poder Legislativo puede modificar la Constitución con ley ordinaria”. — “No existe una solución intermedia en esta doble alternativa; o la Constitución es una ley superior no modificable por el procedimiento ordinario, o se halla en el mismo plano de los actos legislativos ordinarios, y, como ellos, es siempre modificable por la Legislatura”. — “Si la primera parte de la alternativa es cierta, un acto contrario a la Constitución no es ley; si, en cambio, la segunda parte es cierta, la Constitución escrita habrá de ser considerada como una tentativa absurda

del pueblo para limitar un poder que por su naturaleza es ilimitable". — Ciertamente, todos aquellos que han intervenido en la elaboración de las Constituciones escritas las contemplan como leyes fundamentales y supremas de la Nación, y, en consecuencia, la teoría fundamental en que se funda todo gobierno organizado en base a una constitución en que un acto de la legislatura no conforme con la constitución es ineficaz". — "Este principio se deduce de la naturaleza de la constitución escrita y por eso ha de ser considerado por esta Corte uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad". "Si un acto del poder legislativo no conforme a la Constitución es nulo, puede, no obstante, tener eficacia ante los Tribunales, y pueden los Tribunales ser obligados a aplicarlos?". En otras palabras: puede un acto legislativo ser considerado causa de efectos jurídicos aunque no sea una ley? Esto significa destruir en la práctica, aquello que ha sido establecido en la teoría, y constituye a primera vista un absurdo demasiado grosero para ser considerado". "Aquellos que apliquen una norma legislativa a un caso particular deberán necesariamente examinarla e interpretarla". "Si dos leyes están en conflicto, la Corte debe decidir acerca de la eficacia de cada una de ellas. Así, en el caso de que una ley no esté conforme con la Constitución en tanto la ley y la Constitución se refieran a un caso particular de modo que la Corte esté obligada a decidirlo, o con arreglo a la ley sin tomar en cuenta la Constitución, o con arreglo a la Constitución sin tomar en cuenta la ley, la Corte debe establecer cuál de las normas en colisión debe ser aplicada". — "Esto es de la esencia de la función judicial". "Si, entonces, la Corte deberá tener en cuenta la Constitución, y si la Constitución es superior a todo acto de la Legislatura, la Constitución, y no el acto ordinario, debe ser aplicada en el caso a que ambas se refieren". — "Aquellos que discutan el principio de que la Constitución debe ser considerada por la Corte como la ley superior, están obligados a admitir que la Corte deberá fingir que ignora la Constitución y sólo conoce la ley". — "Esta doctrina subvertirá la base de toda la Constitución escrita. Ella enseña que si un acto legislativo fuere del todo ineficaz según el principio y la teoría de nuestro sistema de gobierno, sin embargo podrá ser en la práctica eficaz; ella enseña que si un acto legislativo hiciere una ley expresamente prohibida, la ley no obstante esa prohibición expresa, será en la práctica eficaz. Ella por un lado proclamaría la limitación de la autoridad del poder legislativo, atribuyéndole, por otro, práctica y efectiva omnipotencia. Esto equivaldría a establecer límites, y autorizar, al mismo tiempo, que ellos sean superados". — "De este modo se anularían las

ventajas de la constitución escrita, que según nosotros, constituye la más importante conquista del progreso en el campo de las instituciones políticas". — "La letra misma de la Constitución de los Estados Unidos ofrece, aún, otros argumentos para rechazarla" y recuerda: 1) — Que según la Constitución, el poder judicial de los Estados Unidos "se extenderá a todos los casos que deriven de la Constitución". Quienes han otorgado ese poder, habrán tenido la intención de expresar que cuando es ejercido no se debe tener en cuenta la Constitución? Que un caso derivado de la aplicación de una norma constitucional debe ser decidido sin examinar la norma de la cual se deriva?". — "Todo esto es demasiado impropio para ser firmado. Por lo tanto, en algún caso la Constitución debe ser interpretada por los Jueces. Y si ellos pueden interpretarla toda, cuál parte de ella no podrán leer u observar?". "Por otra parte, con qué objeto habríase dispuesto que los jueces deben jurar que la defenderán?". — "Cuán inmoral sería obligarlos a jurar si ellos mismos debieran ser los instrumentos conscientes de la violación de la Constitución que juraron defender". "No está desprovisto de interés observar que cuando quisieron indicar los constituyentes cuál debía ser la ley suprema del país, mencionaron en primer término la constitución, y en seguida, no las leyes de los Estados Unidos en general, sino, únicamente, aquellas sancionadas sobre la base de la Constitución".

La jurisprudencia sentada por las Cortes de Circuito y la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos, vinieron a fijar definitivamente el sistema de la revisión de constitucionalidad de las normas ordinarias pronunciadas por la legislatura. Hoy nadie discute en los Estados Unidos, por razones obvias, el interés manifiesto y la conveniencia pública de la institución, como instrumento de protección jurídica.

La doctrina sustentada por las Cortes de Justicia de los Estados Unidos, se ha venido incorporando a los ordenamientos jurídicos de muchos países, quienes como aquél, han advertido la importancia del control jurisdiccional de constitucionalidad, eso sí, con variaciones poco más o menos profundas, que diferencian en lo conducente cada uno de los sistemas en aplicación.

A continuación me permito exponer algunos de los aspectos históricos de mayor importancia en la estructuración del recurso de inconstitucionalidad en nuestro país, con base en las disposiciones de orden legal que lo han informado, en su ya vasta existencia jurídica.

Se otorgará especial significación en este análisis a las implicaciones de orden constitucional que el registro formula, y solamente se harán ligeras referencias a sus proyecciones procesales.

### 13.—EL CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COSTA RICA

Las Constituciones Políticas de Costa Rica, que con anterioridad a la de 1949, se ocuparon de una manera expresa del punto referente a la supremacía de las normas constitucionales que de alguna manera no se conformaban con la legislación ordinaria, establecieron las siguientes disposiciones concretas:

Constitución Política del 15 de abril de 1869, Artículo título 11: "Toda ley, decreto u orden, ya emane del Poder Legislativo, ya del Ejecutivo, es nula y de ningún valor siempre que se oponga a la Constitución. Son nulos igualmente los actos de los que usurpen funciones públicas, y los empleos conferidos sin los requisitos prevenidos por la Constitución y las leyes".

Constitución Política de 15 de abril de 1869, Artículo 12: "Las disposiciones del Poder Legislativo o del Ejecutivo que fueren contrarias a la Constitución son nulas y de ningún valor, cualquiera que sea la forma en que se emitan. Lo son igualmente los actos de los que usurpen funciones públicas y los empleos conferidos sin los requisitos prevenidos por la Constitución o las leyes".

Constitución Política de 8 de junio de 1917, Artículo 7º: "Las disposiciones de los Poderes Legislativo o Ejecutivo que fueren contrarias a la Constitución, son nulas y de ningún valor ni efecto, cualquiera que sea la forma en que se emitan. Los tribunales de justicia no las obedecerán ni aplicarán en ningún caso.

Son asimismo nulos los actos de quienes usurpen funciones públicas y los empleos conferidos sin los requisitos exigidos por la Constitución, o en lo que ésta no provea, sin los requisitos prevenidos por la Ley".

Constitución Política de 7 de diciembre de 1871, artículo 17: "Las disposiciones del Poder Legislativo o del Ejecutivo que fueren contrarias a la Constitución son nulas y de ningún valor, cualquiera que sea la forma en que se emitan. Lo son igualmente los actos de los que usurpen funciones públicas y los empleos conferidos sin los requisitos prevenidos por la Constitución o las leyes".

Pero como podrá advertirse en todas las disposiciones anteriormente transcritas, las Constituciones Políticas de Costa Rica, promulgadas con antelación a la que hoy rige los destinos políticos de la República, si bien es verdad establecían de una manera categórica la supremacía de la norma constitucional en el vasto campo del ordenamiento

positivo, castigando, a la vez, con nulidad, las disposiciones del Poder Legislativo o Ejecutivo que no se conformaren con ella, también es cierto que en ninguna parte de dichas constituciones se instauraba la regla por la cual se autorizaba a alguno de los Poderes del Estado para pronunciar la dicha nulidad de que adolecían los mencionados actos jurídicos.

Ello creó, a no dudarlo, una gran incertidumbre en cuanto al sistema del control de constitucionalidad imperante en nuestro país. No obstante, como era de absoluta necesidad hacer las declaratorias de inconstitucionalidad, no sólo por una razón de orden práctico, sino porque también así lo ordenaba la propia Constitución, fue naciendo un especial procedimiento por el cual, en uso de una función cívica de extraordinario relieve, como la que significa la defensa de la Constitución Política, los tres Poderes del Estado, indistinta e invariablemente, se reservan el derecho de hacer tan trascendental declaratoria de inaplicabilidad de un acto írrito, en cuanto a leyes o a actos ejecutivos que ellos consideraban opuestos a la Constitución Política. Sin embargo, el sistema empleado por cada uno de los Poderes Públicos para hacer efectivo ese derecho fundamental, varió radicalmente según se tratara del Poder Ejecutivo, Legislativo o Judicial, siendo asimismo diversos los basamentos de carácter legal que invocaron cada uno de ellos en el correcto ejercicio de esa función.

El sistema empleado por los Poderes del Estado en la atribución de declarar la inconstitucionalidad de los actos del Poder Ejecutivo o Legislativo contrarios a la Constitución Política, puede resumirse en las siguientes consideraciones:

a) — *En cuanto al Poder Legislativo:*

Siempre fue atribución exclusiva del Congreso Constitucional, de conformidad con las diversas Cartas Políticas, y como función natural, "Dar las leyes, reformarlas, interpretarlas y derogarlas".

En consecuencia, cuando el Congreso Constitucional de la República advertía que alguna ley aprobada por ese mismo órgano legislativo, era contraria a la Constitución vigente, nada más natural que procurar su modificación, o en último caso, su total derogación a efecto de evitar en lo sucesivo el agravio que para el orden constitucional dicha ley representaba.

Claro está que este sistema empleado por el Congreso Constitucional no era otra cosa que el ejercicio de una atribución exclusiva que a él correspondía y que hoy corresponde también. Derogar una ley por contraria a la Constitución no era hacer uso del recurso de inconstitucionalidad, sino sencillamente hacer efectiva la función genérica imputada al Poder Legislativo de reformar o derogar las leyes, sean cual fueren las causas a que obedezca, en un momento determinado, el empleo de ese derecho constitucional.

En ese mismo orden de ideas, no cabe la menor duda tampoco, de que la actual Asamblea Legislativa, con base en el inciso 1º del artículo 121 de la Constitución, está autorizada también para modificar o derogar leyes por la única razón de ser contrarias a la Carta Magna. Pero la efectiva realización de esta función, es cosa muy distinta al verdadero

recurso para controlar la constitucionalidad de las leyes y actos del Poder Ejecutivo, que hoy ya sí se encuentra expresamente contemplado en el artículo 10 de la Constitución Política, no solamente en lo que se refiere a su organización y lineamientos generales, sino también en lo concerniente al Poder del Estado encargado de hacer las declaraciones de inconstitucionalidad, cuando sean conducentes, al atribuir esa tarea a la Corte Suprema de Justicia. La ley de nulidades N° 41 de 21 de agosto de 1920, es claro ejemplo de lo hasta aquí afirmado en ese sentido.

b) — *En cuanto al Poder Ejecutivo:*

Era atribución exclusiva conferida al Poder Ejecutivo, tal como lo establecían los viejos textos constitucionales de la República, la de "Cumplir y ejecutar y hacer que se cumplan y ejecuten por sus agentes y por los empleados que le están subordinados, la Constitución y las leyes en la parte que les corresponda".

Función entonces era del Poder Ejecutivo, vigilar por el exacto y correcto cumplimiento de la Constitución Política y demás leyes de la República.

Con fundamento en dicha disposición constitucional, no es infrecuente encontrar casos en nuestra historia política, en que el Poder Ejecutivo declaró la inconstitucionalidad de ciertas leyes por adolecer de tales vicios que las hacían, conforme a la Constitución, totalmente ineficaces.

Como ejemplo, puede verse la siguiente resolución ejecutiva pronunciada por el Presidente de la República Lic. Ricardo Jiménez O., el día 15 de marzo de 1911:

"Ricardo Jiménez, Presidente Constitucional de la República de Costa Rica, considerando: 1°—Que el artículo 102 de la Constitución Política, al determinar las atribuciones del Poder Ejecutivo enumera en su inciso 1: la de "nombrar y remover libremente a los Secretarios de Estado y a cualquiera de los otros Empleados de sus dependencias; 2°—Que el artículo 17 de la misma Carta expresa que las disposiciones del Poder Legislativo... que fueren contrarias a la Constitución, son nulas y de ningún valor, cualquiera que sea la forma en que se emitan; 3°—Que en el caso del artículo 17 citado, están las disposiciones escritas en el artículo 46 del Reglamento Orgánico del Personal Docente, que estatuye la inamovilidad de los maestros, y las disposiciones de los artículos 23 y 42 del Reglamento de Segunda Enseñanza, en cuanto parecen limitar determinadas causas, las de remoción de los profesores y exigir, para ella, el cumplimiento de formalidades que restringen la facultad del Poder Ejecutivo, la cual ha de ser, como la Constitución lo ordena, de modo libre ejercida; 4°—Que el artículo 47 de la Ley General de Educación consigna garantías suficientes de estabilidad en sus destinos, en favor de los miembros del Personal



Docente, cuando dice "los maestros nombrados permanecerán en sus puestos por todo el tiempo de su buen desempeño, a juicio del Poder Ejecutivo, principio del que no puede sustraerse, sin lesionar la Constitución, el profesorado de Segunda Enseñanza; POR TANTO, y en aplicación de la fracción 4ª del artículo 102 de la Constitución, DECLARA: que los artículos 46 del Reglamento Orgánico del Personal Docente, 23 y 42 del Reglamento de Segunda Enseñanza, y todas las disposiciones que de alguna manera restrinjan o limiten la atribución que el artículo 102 de la Constitución confiere al Poder Ejecutivo, para nombrar y remover libremente a los empleados de su dependencia, han sido y son nulos de pleno derecho. Dado en la ciudad de San José, a quince de marzo de 1911. Ricardo Jiménez. El Secretario de Estado en el Despacho de Instrucción Pública, Nicolás Oreamuno".

c).—*En cuanto al Poder Judicial:*

No obstante que el Poder Legislativo, como en el caso de la Ley de Nulidades de 21 de agosto de 1920, y el Poder Ejecutivo, como aconteció en el caso relacionado con el punto antecedente, hicieron declaraciones de inconstitucionalidad en casos concretos sometidos a su consideración, siempre se estimó que esa facultad debía estar reservada en forma exclusiva al Poder Judicial, como actualmente sucede.

Antes de la promulgación de la actual Constitución Política, que en una forma clara atribuye al Poder Judicial la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones del Poder Legislativo y Ejecutivo contrarios a la Constitución Política, —ya existían en nuestro ordenamiento jurídico positivo algunas reglas legales que autorizaban a los funcionarios que administran justicia para abstenerse de aplicar leyes o decretos contrarios a la Carta Fundamental.

Efectivamente, de acuerdo con el inciso 1º del artículo 8º de la vieja Ley Orgánica de Tribunales, del año 1888, se establecía la regla por la cual se prohibía a los funcionarios del orden judicial "aplicar leyes, decretos o acuerdos gubernativos que fueran contrarios a la Constitución". Esta importante disposición legal abrió las puertas para en lo venidero reglamentar, como en efecto se hizo, en el correspondiente Código Procesal, el respectivo recurso de inconstitucionalidad.

Con posterioridad, y con el propósito de evitar las inconveniencias que significaba el sistema de que Alcaldes, Jueces o Salas de la Corte Suprema de Justicia declararan discrecionalmente la inconstitucionalidad de leyes y actos del Poder Ejecutivo, sin ninguna garantía efectiva para la parte interesada en la tesis contraria, por ley de 13 de julio de 1922, se reformó el artículo 967 del Código de Procedimientos Civiles, vigente en aquel entonces, con el fin de darle cabida al "recurso de casación" para toda clase de juicios sin limitación de cuantía, "cuando la sentencia deje de fallar con arreglo a las leyes aplicables al caso, teniéndolas de un modo expreso o implícito por inconstitucionales o inoperativas, sin fundamento para ello".

Con motivo de la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, N° 8 de 29 de noviembre de 1937, se estableció la regla de que "No podrán los funcionarios que administran justicia: 1°—Aplicar leyes, decretos, acuerdos o resoluciones gubernativas que sean contrarias a la Constitución..." cuando la inaplicabilidad haya sido declarada (por los Tribunales competentes), de una manera general, o en casos iguales al que estuviere para ser resuelto". Hoy esta disposición corresponde al inciso 1° del artículo 8° de ese cuerpo de leyes.

De esa manera fue necesario reglamentar hasta en sus más mínimos detalles todo lo referente al aspecto formal del recurso de inconstitucionalidad, precisamente en el Código de Procedimientos Civiles, que lo establece hoy día en los artículos 962 y siguientes de él.

Asimismo, el artículo 10 de la Constitución Política en vigencia ha venido a zanjar, de una manera definitiva, toda la serie de problemas que con base en los viejos textos constitucionales formulaban los trámites y competencia concernientes al recurso de inconstitucionalidad.

En los siguientes puntos se analizarán algunos de los temas más sobresalientes de dicho artículo 10 de la Constitución, haciendo, a la vez, rápida alusión a algunas de las reglas más importantes del Código de Procedimientos Civiles, que estructura procesalmente el indicado recurso.

#### 14.—ACTOS SOMETIDOS AL CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD

De conformidad con el tantas veces citado artículo 10 de la Constitución Política en vigor, las disposiciones del Poder Legislativo o del Ejecutivo contrarias a la Constitución serán absolutamente nulas.

En consecuencia, los siguientes actos están sometidos al control jurisdiccional de constitucionalidad:

c) *La ley*, vale decir, toda disposición obligatoria, pronunciada por una autoridad legislativa, que nos manda, nos prohíbe o nos permite hacer alguna cosa.

El vocablo "ley", tal como lo tiene contemplado el artículo 10 de la Constitución, 962 del Código de Procedimientos Civiles y 8° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debe entenderse exclusivamente como "ley en el sentido formal", es decir, aquellos actos reglas creados por la Asamblea Legislativa y emitidos de acuerdo con el procedimiento indicado en los artículos 123 y siguientes de la propia Constitución Política.

b)—*Los decretos-ley*, que formal y materialmente tienen el carácter de verdaderas leyes, por ser emitidos no solamente por una autoridad legislativa, ya que el gobierno de hecho lo es, sino porque también dentro de su naturaleza jurídica tienden a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas generales.

Los decretos-ley, por consiguiente, son actos legislativos, toda vez que son emitidos por un Gobierno de Hecho, que a raíz de su victoria se ha permitido asumir la facultad legislativa del Estado. Así lo estableció en una oportunidad una Sentencia de Casación nacional de 23 de agosto de 1890.

c)—*Decretos*: son los actos administrativos de mayor importancia. Mediante la forma de decreto el Poder Ejecutivo hace uso de su potestad reglamentaria, al emitir consiguientemente Reglamentos de ejecución y autónomos según el caso. Asimismo por conducto de decretos se designan los funcionarios de mayor importancia de la Administración, como un Ministro de Gobierno, y se suspenden las garantías constitucionales en los casos en que el Poder Ejecutivo lo puede hacer, de acuerdo con los términos mismos de la Constitución.

d)—*Acuerdos*: los acuerdos del Poder Ejecutivo vienen a representar los actos administrativos por antonomasia; por ellos la administración pública modifica, extingue o crea una situación jurídica individual, como acontece con el nombramiento de los empleados y funcionarios de la Administración Pública o con las órdenes de pago giradas contra el presupuesto. No cabe duda, que si ellos son contrarios a la Constitución, devienen absolutamente nulos.

e)—*Resoluciones*: son las resoluciones los actos jurisdiccionales pronunciados por los funcionarios ejecutivos; desde un punto de vista material las resoluciones administrativas son verdaderas sentencias, por declarar, con fuerza de verdad legal, un derecho controvertido; pero desde un punto de vista formal es un acto administrativo, por ser emitido por la Administración Pública en el ejercicio de sus funciones propias. Por eso, las resoluciones ejecutivas contrarias a la Constitución, pese a ser materialmente sentencias, están viciadas de nulidad también.

f)—*Órdenes*: en la jerarquía de los actos administrativos, las órdenes ocupan, sin duda ninguna, el sitio inferior por ser simplemente instrucciones que el superior de la oficina u órgano correspondiente dirige a un subordinado jerárquico, acerca de la manera en que debe desempeñar su cargo.

Recapitulando, entonces, las leyes, decretos-leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y órdenes, contrarios a la Constitución Política son absolutamente nulos cuando así sean declarados por los organismos competentes del Poder Judicial.

#### 15.—PUEDEN SER MATERIA DE UN RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE ACUERDO CON LA CONSTITUCION Y LAS LEYES LOS ACTOS DEL ORGANO JUDICIAL?

Bajo el prisma del artículo 10 de la Constitución Política, en esta tesis comentado, los actos jurídicos del Poder Judicial no pueden ser objeto de un recurso de inconstitucionalidad, como medio para hacer efectivo el control de constitucionalidad, habida cuenta de que dicho texto, en relación con el 962 del Código de Procedimientos Civiles, circunscribe la nulidad en cuestión a los actos del Poder Legislativo y Ejecutivo exclusivamente.

Consecuente con esta tesis, nuestra Corte Plena, al resolver algunos recursos de inconstitucionalidad ante ella impetrados, así lo ha venido estableciendo, sentando en consecuencia esa interesante doctrina.

Con efecto, en recurso de inconstitucionalidad establecido contra una resolución judicial dictada en juicio y presentado por Abel Fernández López, el mismo fue rechazado de plano, por considerar la Corte que es absolutamente contraria a la técnica del recurso de inconstitucionalidad la facultad de interponerlo contra una decisión judicial. (Recurso de Abel Fernández López, resuelto en sesión de 29 de setiembre de 1944 y publicado en el Boletín Judicial de 2 de noviembre de ese año).

Igual tesis, "las resoluciones judiciales no son susceptibles de esta clase de recursos"; se dispuso así en Recurso de Inconstitucionalidad de Eduardo Fernández Aguilar, contra resoluciones judiciales del Alcalde 1º Penal y del Juez 1º Penal. (Recurso resuelto en sesión del 30 de enero de 1948 y publicado en el Boletín Judicial de 15 de abril de ese mismo año).

No obstante que las resoluciones judiciales no pueden ser materia de un recurso de inconstitucionalidad, tal como se tiene dicho anteriormente y acreditado asimismo por los pronunciamientos de la Corte Plena al resolver sendos recursos establecidos contra esta clase de actos jurídicos, esto no obsta, en mi criterio, que los actos materialmente administrativos dictados por el Poder Judicial, como un acuerdo o una orden, puedan ser revisados jurisdiccionalmente sin el menor inconveniente a intento de determinar el grado de constitucionalidad de los mismos, ya que no hay razón lógica alguna que se oponga a ello. Realmente lo que ha querido la ley y la jurisprudencia es evitar que las sentencias judiciales, que gozan de los recursos ordinarios y extraordinarios establecidos por los Códigos, no pueden ser objeto de esta clase de recursos, pero no así, como puede comprenderse con facilidad, los demás actos creados por los órganos judiciales, que materialmente no tienen el carácter de actos jurídicos judiciales, sino que por el contrario, desde un punto de vista puramente material, asumen la naturaleza de actos administrativos.

#### 16.—CASO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Nada impide, en este mismo orden de ideas, que un tratado internacional contrario a la Constitución Política, pueda ser declarado por nuestros órganos judiciales absolutamente ineficaz por ser contrario a la Constitución Política. Esta doctrina tiene perfecta aplicación especialmente si se toma en consideración que un tratado o convenio internacionales para que surta sus efectos jurídicos, necesita, por imperio de la fracción 4ª del artículo 121 de la Constitución Política, la aprobación de la Asamblea Legislativa, erigiéndose entonces, en verdadera ley de la República. De esa manera, como real y efectiva ley, los considera el artículo 124 de la misma Carta Fundamental.

#### 17.—LOS ACTOS JURIDICOS DE LAS INSTITUCIONES AUTONOMAS Y SEMI-AUTONOMAS DEL ESTADO, PUEDEN SER OBJETO DE UN RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD?

En buena tesis, la Administración Pública del Estado se encuentra constituida por el Poder Ejecutivo o Administración Centralizada, vale

decir, por el conjunto de organismos públicos dependientes todos del poder jerárquico del Presidente de la República, tales como los Ministerios de Gobierno y las oficinas administrativas que de ellos dependen.

Mas, paralelamente al Poder Ejecutivo, existen las denominadas instituciones autónomas y semi-autónomas del Estado, que gozando de independencia funcional en materia de gobierno y administración, constituyen lo que se ha dado en llamar la administración descentralizada del Estado.

En consecuencia, la Administración Pública está formada por el Poder Ejecutivo y las instituciones autónomas y semi-autónomas del Estado. Y de esta afirmación deducimos, también, la importante regla, por sentido contrario, que los entes autónomos y semiautónomos no forman parte del Poder Ejecutivo. Al respecto dice el Lic. Gonzalo Facio, (8).

“Dentro de nuestro sistema constitucional la Administración Pública se identifica con el Poder Ejecutivo. Pero es lo cierto que dentro de la Administración Pública también se encuentran las instituciones autónomas, que no forman parte del mencionado Poder, o por lo menos que no son dependencias jerárquicas del Presidente de la República. Eso nos lleva a distinguir entre Administración Pública Centralizada, — formada por todas las dependencias sometidas a la jerarquía del Presidente de la República—, y la Administración descentralizada, que la componen una serie de organismos autónomos y semi-autónomos que, si bien guardan relación de mayor o menor grado con el Ejecutivo, no le están sometidos jerárquicamente”.

En este importante orden de ideas, cabe entonces determinar con absoluta precisión, si los actos de las instituciones autónomas y semi-autónomas del Estado, que no forman parte del Poder Ejecutivo, como ya se dijo, pueden ser materia de un recurso de inaplicabilidad en virtud de no ajustarse a los términos de la Constitución Política.

El punto a considerar reviste hoy día una gran importancia práctica, especialmente ahora en que dichas instituciones autónomas se están vigorizando cada vez más conforme se vayan compenetrando en el engranaje político del país, y a las cuales se les está confiriendo, para su mejor actuación, la potestad reglamentaria, en su sentido autónomo, que antes estaba reservada exclusivamente al Poder Ejecutivo.

Si de lo que se trata es de aplicar estrictamente y con un sentido restrictivo el artículo 10 de la Constitución Política a los casos en que sea procedente el recurso de inconstitucionalidad, no habría más alternativa que concluir, en estricto rigor, que los actos jurídicos de los entes autónomos, están totalmente fuera de la posibilidad de ser revisados por los órganos jurisdiccionales del Estado a efecto de determinar su

(8) Tesis de Derecho Administrativo (Edición 1952) pág. 105.

constitucionalidad, toda vez que de acuerdo con ese texto constitucional los únicos actos o disposiciones que pueden ser materia de dicho recurso, son precisamente los pronunciados por el Poder Legislativo y Ejecutivo, y como se vió y acreditó anteriormente, las instituciones autónomas y semi-autónomas del Estado no forman parte del Poder Ejecutivo.

Pero como esta solución está muy lejos de ser justa, habrá necesidad de encontrar un sólido fundamento para justificar la intervención del Poder Judicial en la revisión de los actos de la Administración descentralizada.

En las disposiciones contenidas en el Código de Procedimientos Civiles, por las cuales se reglamenta el recurso de inconstitucionalidad, especialmente en su artículo 962, asimismo en lo establecido en el aparte 1º del artículo 8º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no se hace mención alguna en el sentido de que los actos que dan lugar al recurso de comentario sean o no emitidos por el Poder Ejecutivo, Legislativo o sus instituciones autónomas, simplemente se limitan a señalar ambos textos legales, que una ley, decreto, acuerdo, resolución u orden gubernativa contrarios a la constitución política están afectos a un vicio de tal naturaleza que los convierte en absolutamente ineficaces. Con base en estas disposiciones puede tener cabida, sin tropiezo alguno, un recurso de inconstitucionalidad establecido contra un acto de las instituciones autónomas.

Como se podrá comprender, no fue intención de la Asamblea Nacional Constituyente dejar por fuera de la revisión jurisdiccional de constitucionalidad las disposiciones, hoy tan frecuentes, de las instituciones autónomas o semiautónomas del Estado, emitidas en el ejercicio de sus funciones propias, y no podía ser de otra manera por razones obvias fácilmente comprensibles. Lo que sucedió realmente es que cuando se redactó el texto del artículo 10 de la Constitución, al igual que el 9º que adolece del mismo vicio de preterición, no se tuvo en mente incluir, como con posterioridad se incluyó, lo relativo a la reglamentación o creación de las instituciones autónomas.

En consecuencia, el problema a que se refiere este punto, y que a tantas personas ha preocupado, no puede entenderse como una actitud volitiva de la Constitución para excluir de la revisión de constitucionalidad las disposiciones de la administración descentralizada, sino que, por el contrario, la omisión encuentra plena justificación en las razones de orden histórico anteriormente expuestas.

Asimismo, puede verse el Recurso de inaplicabilidad impetrado por José María Fernández Ugalde contra el artículo 55, párrafo 2º y el 61 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social Nº 17 de 22 de octubre de 1942 y el artículo 36 del Reglamento de Invalidez, Vejez y Muerte aprobado por su Junta Directiva. Fue rechazado también, por no ser contrarias a la Constitución Política las disposiciones invocadas. (Recurso resuelto en sesión de 7 de junio de 1956 y publicado en el Boletín Judicial de 18 de julio de 1956).

## 18.—FORMAS DE INCONSTITUCIONALIDAD

La inconstitucionalidad de las disposiciones del Poder Ejecutivo y Legislativo pueden ser de dos formas: inconstitucionalidad formal e inconstitucionalidad material o sustancial.

Se tratará de una inconstitucionalidad material cuando el acto de los Poderes Públicos, impecablemente emitido, colisione en alguna forma con la Constitución Política. Y estaremos en presencia de una inconstitucionalidad simplemente formal cuando el vicio es intrínseco, por referirse a una irregularidad en el trámite de creación del acto jurídico respectivo por los órganos competentes.

No cabe la menor duda que cuando el acto jurídico del Poder Legislativo o Ejecutivo sea contrario a la Constitución Política, su nulidad es procedente con base en las disposiciones concretas que regulan el recurso de inconstitucionalidad. Pero se ha discutido y por muchos puesto en duda, el derecho que asiste al Poder Judicial de declarar la nulidad de leyes o decretos por estar viciados de inconstitucionalidad, no por oponerse a un artículo de fondo, sino a una disposición constitucional referente al procedimiento solemne para emitir el acto, así por ejemplo, si se aprobara una ley sin observarse los procedimientos constitucionales señalados por los artículos 123 y siguientes de la Constitución Política.

Los que han negado el derecho del Poder Judicial de declarar la inconstitucionalidad de actos jurídicos por simples vicios de forma, se basan en que admitiendo tal doctrina se establecería un serio agravio al principio de la "separación de los poderes del Estado"; porque consideran excluidos del control jurisdiccional de constitucionalidad esos actos o disposiciones de los Poderes Públicos.

Asimismo, la inconstitucionalidad de un acto jurídico puede ser total o parcial. En el primer caso se trata de una disposición que íntegramente es contraria a la Constitución Política, y que en consecuencia debe ser declarada, también en su totalidad, absolutamente nula, habida cuenta del vicio de que adolece.

Pero sucede con alguna frecuencia, que un acto normativo puede ser válido en parte, pero ineficaz, por inconstitucionalidad, en otra, razón por la cual los órganos jurisdiccionales encargados de formular dicha declaratoria de nulidad deben limitar sus efectos a la parte de la norma viciada de nulidad y mantener, como válida, la otra no contraria a la Constitución.

Por último, se habla en doctrina, de inconstitucionalidad manifiesta, cuando dicha inconstitucionalidad es de tal naturaleza que se advierte con poco esfuerzo intelectual que el agente haga, ya que bastará para ello confrontar la norma viciada con el texto de la Constitución, para comprobar la inconformidad. Pero si para procurar evidenciar la disconformidad entre la norma ordinaria y la Constitución es necesario realizar un gran esfuerzo intelectual, además de un consiguiente examen o investigación de hecho, entonces estamos en presencia de una inconstitucionalidad no manifiesta, que para los efectos consiguientes produce las mismas consecuencias jurídicas.

## 19.—TRIBUNAL COMPETENTE PARA CONOCER DEL RECURSO

Fue intención clara y manifiesta de la Constitución Política, en un intento de acabar con la incertidumbre que el viejo sistema de inconstitucionalidad significaba, conferir a la Corte Suprema de Justicia, en su condición de órgano fundamental del Poder Judicial, la atribución de declarar, por votación no menor de dos tercios del total de sus miembros, la inconstitucionalidad de las disposiciones del Poder Legislativo y de los decretos del Poder Ejecutivo, reservando a otros tribunales, que oportunamente serían indicados por la Ley, el conocimiento del recurso impetrado contra los demás actos del Poder Ejecutivo. De esa manera quedó concebido el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución Política.

Se entienden fácilmente las razones que animaron al constituyente nacional de atribuir tan importante misión de declarar la nulidad de las leyes y decretos ejecutivos por estar viciados de inconstitucionalidad, al tribunal superior de la República, cual es la Corte Suprema de Justicia, conjuntamente con la exigencia de una elevada mayoría para que la votación fuera válidamente eficaz.

Para conocer de la inconstitucionalidad de los acuerdos, órdenes y resoluciones de Poder Ejecutivo, como ya se vió, por ser actos administrativos de inferior jerarquía, la Constitución reservó a la ley ordinaria el señalar los Tribunales encargados de hacer tales pronunciamientos, a efecto de no acrecentar el trabajo de la Suprema Corte.

¶ Pero es lo cierto que la legislación ordinaria hasta ahora no ha hecho indicación ninguna, en ese sentido, por lo que de conformidad con el inciso 1º del artículo 71 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, esta facultad está todavía conferida a la Corte Plena como en el caso mismo de las leyes y decretos.

Por otra parte, siendo de tanta importancia la misión de declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones del Poder Legislativo y Ejecutivo, por ser contrarias a la Constitución Política, función ésta, como ya se manifestó anteriormente, que tiene graves implicaciones políticas, y requiere, además, el concurso de funcionarios judiciales particularmente especializados en esta rama del derecho público, se han establecido en otros países, los denominados Tribunales de Garantías Constitucionales, que independientemente del sistema seguido por dicho Estado, sea el sistema en concreto o en abstracto, les corresponde la atribución exclusiva de conocer de todos aquellos asuntos en que se discuta el alcance de alguna regla de la Constitución Política.

En nuestro país, ahora que se piensa modificar radicalmente el sistema de revisión jurisdiccional de constitucionalidad a efecto de ajustarlo a los propios términos de la Constitución Política, y en un afán de evitar el requisito establecido por nuestro Código de Procedimientos Civiles en el sentido de que es necesario que penda ante un Tribunal de la República juicio o causa en el que se haya alegado ese vicio de inconstitucionalidad como medio para reparar el perjuicio acaecido, se podría



aprovechar la oportunidad de crear el mencionado Tribunal de Garantías Constitucionales, dependiente siempre de la Corte Suprema de Justicia.

Con la autonomía económica de que ahora goza el Poder Judicial, gracias a la reforma constitucional que al efecto se hizo, no habría inconveniente alguno de orden financiero que obstaculizara la erección del Tribunal Constitucional.

Pienso que este Tribunal, al igual que en muchos otros países, podría denominarse, como ya lo tengo dicho, "Tribunal de Garantías Constitucionales". En cuanto a su integración, el mismo debería estar compuesto por lo menos por cinco funcionarios, con categoría de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, gozando, en consecuencia, de todas las prerrogativas que corresponden a los miembros de los Supremos Poderes del Estado, y se nombrarían, por tanto, para un período de ocho años, correspondiendo dicha designación a la Asamblea Legislativa.

Al Tribunal de Garantías Constitucionales, una vez creado, y de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Judicial que al intento ha de reformarse, le correspondería la función de conocer de los recursos de inconstitucionalidad impetrados contra una ley emitida por la Asamblea Legislativa, o bien, contra los decretos, acuerdos, órdenes o resoluciones del Poder Ejecutivo.

Asimismo, a dicho Tribunal le correspondería conocer de los recursos de habeas corpus y de las demandas de amparo, como formas de la función constitucional del Poder Judicial.

Las decisiones tomadas por el Tribunal de Garantías Constitucionales, en el uso de sus atribuciones, carecerían de recurso alguno, a no ser el de responsabilidad.

Para la creación del Tribunal de comentario, además de las reformas que necesariamente han de introducirse en el texto de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al señalar la forma de su especial integración o las materias que constituyen su competencia, sería indispensable la modificación en lo conducente de los artículos 10 y 128 de la Constitución Política, en el sentido de establecer claramente que el conocimiento de los recursos de inconstitucionalidad, establecidos contra cualquier acto del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, así como el conocimiento de los vetos judiciales, corresponderán, a partir de la reforma en adelante, al ya referido Tribunal de Garantías Constitucionales.

## 20.—DECLARACIONES EN ABSTRACTO

Como sucede en toda clase de actividades jurisdiccionales, los Tribunales encargados de la función de declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones del Poder Legislativo o Ejecutivo contrarias a la Constitución Política, no pueden hacer pronunciamientos en abstracto, sino que, necesariamente, deben verificar la constitucionalidad de una norma jurídica cuando previamente se ha establecido juicio o causa ante un Tribunal de la República.

Algunas personas han considerado esta exigencia del Código de Procedimientos Civiles, de suya inconstitucional, toda vez que la Constitución Política, en su artículo 10, al estructurar el recurso de inaplicabilidad, no establece limitación de tanta importancia como la que representa el hecho de estar incoada ante los órganos jurisdiccionales juicio o causa alguna, dentro de la alegada inconstitucionalidad de la norma jurídica, como medio para reparar el derecho que se considera lesionado.

El punto reviste una gran importancia práctica a no dudarlo, habida cuenta de que existen muchas normas del ordenamiento jurídico positivo afectas a un manifiesto vicio de inconstitucionalidad, sin que exista posibilidad ninguna de procurar la nulidad de dichas normas, a causa de que no es factible la instauración de un juicio o causa penal en la cual pueda alegarse, con antelación, la referida inconstitucionalidad o inaplicabilidad.

Existen, efectivamente, normas de carácter municipal, disposiciones del Código Sanitario o del Código Electoral, y al igual que éstas muchas otras, que no se conforman con la Constitución Política, que la agravian y la contradicen, pero su inconstitucionalidad, no obstante ser evidente, no es dable proclamarla, a consecuencia de la imposibilidad material que existe de "inventar un juicio" y establecerlo ante un Tribunal de la República, como requisito de esencia para la procedencia del recurso, ya que tales disposiciones no son de las que dan lugar a una eventual acción judicial.

Pero pese a lo anteriormente expuesto, y a la bondad de las razones que tal argumentación representa, un número considerable de personas consideran absolutamente fuera de toda técnica judicial la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales del Estado puedan hacer declaraciones en abstracto, ya que como afirma el Dr. Ghigliani en su obra ya citada, los Tribunales no pueden "Hacer declaraciones en abstracto. De lo contrario los jueces superarían la órbita propia de la función jurisdiccional para convertirse en revisores supremos de la validez de las normas creadas por los otros órganos o por los gobiernos de la Provincia. Tales declaraciones serían, por lo demás, eminentemente teóricas, y extrañas, así, a la función judicial".

Realmente aceptar la tesis de que la Corte Suprema de Justicia pudiera hacer pronunciamientos en abstracto, equivaldría ello, en último término, a una manifiesta violación del principio "de la independencia de los Poderes del Estado", que en forma terminante establece el artículo 9º de la Constitución Política.

Nuestra Corte Suprema de Justicia, con reiteración, ha venido sosteniendo esta inquebrantable doctrina, en el sentido de que la Corte Plena, como Tribunal encargado de conocer de los "recursos de inconstitucionalidad", no puede hacer declaraciones en abstracto, ya que la exigencia de que penda un juicio o causa, ante un Tribunal de la República, es presupuesto de esencia a tenor de las disposiciones del propio Código de Procedimientos Civiles. Así pueden verse las siguientes resoluciones:

a)—CASO: Oscar Barahona Streber. Recurso contra una resolución del Poder Ejecutivo de 8 de agosto de 1939. Resuelto en sesión de 7 de diciembre de 1939 y publicado en Boletín Judicial de 22 de diciembre del mismo año.

b)—CASO: Jorge Curling Relisser y otro: Recurso impetrado contra la ley N° 31 de 10 de diciembre de 1934, que prohíbe ocupar gente de color en las plantaciones de la industria bananera. Resuelto en sesión de 11 de marzo de 1940 y publicado en el Boletín Judicial de 30 del mismo año y mes. Se rechazó de plano por considerar la Corte que ella no podía "hacer declaraciones en abstracto".

c)—CASO: Salatiel, Isaías, Rodrigo y Juvenal Rodríguez Badilla. Recurso establecido contra el artículo 612 del Código de Procedimientos Penales. Resuelto en sesión de 20 de mayo de 1944 y publicado en el Boletín Judicial de 5 de julio del mismo año. Declarado sin lugar porque la "Corte no puede hacer pronunciamientos en abstracto, porque ya la sentencia dictada en el juicio respectivo, está firme".

d)—CASO: Rafael Sotela Bonilla: Recurso establecido contra una orden de la Presidencia de la República dirigida al cierre temporal de la radioemisora "TITANIA". Se resolvió en sesión de 9 de setiembre de 1947 y publicado en Boletín Judicial de 12 de octubre del mismo año. Se rechazó de plano por las razones que se vienen repitiendo.

e)—CASO: Gonzalo Coto Meza, recurso establecido contra el decreto ejecutivo N° 1 de 6 de mayo de 1946. Resuelto en sesión de 21 de octubre de 1947 y publicado en el Boletín Judicial de 16 de setiembre del mismo año. Se reiteró la doctrina de comentario.

## CONCLUSION

Como se ha podido advertir en el curso de la tesis que con anterioridad dejo expuesta, el punto referente al "control jurisdiccional de constitucionalidad" reviste una importancia capital como garantía de libertad y seguridad que a las personas corresponde.

De nada vale una Constitución Política garante de los supremos derechos de la personalidad humana, si paralelamente a ella, no se establecen los instrumentos jurídicos necesarios dirigidos a su amplia e indispensable protección.

Creo de necesidad, entonces, la creación de un Tribunal de Garantías Constitucionales encargado exclusivamente del conocimiento de todo lo referente al amparo que a los ciudadanos brinda la Carta Magna, y con el fin, también, de unificar la jurisprudencia en esta materia.

Considero, dentro de este mismo orden de ideas, totalmente inconveniente la sustitución del sistema concreto que hasta ahora ha seguido nuestro país, por el sistema en abstracto que se pretende establecer, por ser contrario a la buena técnica judicial.

## BIBLIOGRAFIA

- 1)—"DEL "CONTROL" JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD", del Dr. Alejandro E. Ghigliani, Editorial Reque Depalma, 1952.
- 2)—"EL RECURSO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD", del Lic. Marco Tulio Zeledón M., Revista N° 25 del Colegio de Abogados, 1948.
- 3)—"EFECTOS DE LA DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD", del Dr. Carlos A. Ayarragaray — Librería Jurídica — Valerio Abaledo, Editor.
- 4)—"TESIS DE DERECHO ADMINISTRATIVO". Lic. Gonzalo Facio, edición de 1952.
- 5)—"DERECHO ADMINISTRATIVO", Gabino Fraga, Editorial Porrua, S. A., 1955.
- 6)—"TRATADO TEORICO Y PRACTICO DE DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL". — Hugo Alsina — Compañía Editora Argentina.
- 7)—"LECCIONES DE DERECHO CONSTITUCIONAL" — Dr. Luis Muñoz Morales — Junta Editora de la Universidad de Puerto Rico — Tomo I.
- 8)—"ELEMENTOS DE DERECHO POLITICO", P. Luis Izaga, S. J. Editorial Bosh — Tomo I.
- 9)—"LA POLITICA" — Aristóteles, Colección Austral.
- 10)—"RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD", publicación de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.
- 11)—"TEXTO DE HISTORIA DEL DERECHO" — Lic. Fernando Fournier.
- 12)—"TEORIA GENERAL DEL ESTADO" — Hans Kelsen — Editorial Nacional, S. A.
- 13)—"INTRODUCCION AL ESTUDIO DE LA CONSTITUCION", Profesor J. D. Moscote, Tipografía y Casa Editorial "La Moderna" — Panamá, 1929.
- 14)—"VIDA HUMANA, SOCIEDAD Y DERECHO" — Luis Recaséns Siches. — Editorial Porrua, S. A., 1952.
- 15)—"DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA — Edición 1956.