



**JUNTA DIRECTIVA DEL
COLEGIO DE ABOGADOS**

- | | | | |
|------------------|---|--------|------------------------------------|
| Presidente: | <i>Lic. Rodrigo Odio González</i> | Vocal: | <i>Lic. Mario Ramírez Segura</i> |
| Vice Presidente: | <i>Lic. Alvaro Pinto López</i> | Vocal: | <i>Lic. Rodolfo Coto Pacheco</i> |
| Secretario: | <i>Lic. Rodrigo Oreamuno Blanco</i> | Vocal: | <i>Lic. Rolando Chacón Murillo</i> |
| Pro Secretario: | <i>Lic. Fernando Albertazzi Herrera</i> | Vocal: | <i>Lic. Eduardo Aguilar Bloise</i> |
| Tesorero: | <i>Lic. Mario Barrantes Sáenz</i> | Vocal: | <i>Lic. Mario Gölcher Avendaño</i> |
| Fiscal: | <i>Lic. Miguel Valle Guzmán</i> | | |

JUNTA DIRECTIVA DE LA UNION
COSTARRICENSE DE ABOGADOS

Presidente:

Dr. Alvaro Fernández Silva

Fiscal:

Dr. Enrique Rojas Franco

Vice Presidente:

Lic. Rodrigo Montenegro Trejos

Vocal 1º:

Dr. Mario Granados Moreno

Secretario:

Lic. Jaime Amador Huevo

Vocal 2º:

Lic. Guillermo Hängen Peralta

Tesorero:

Lic. Eduardo Sancho González

Vocal 3º:

Dr. Luis Paulino Mora Mora

BEV155799

IN MEMORIAN

Dr. Alejandro Montiel Montiel

En el número anterior de esta *revista* dejamos patente nuestro sentimiento de pesar por la muerte de uno de los más brillantes juristas que nuestro país ha tenido: Don Fernando Baudrit Solera.

En esta edición, con todo dolor hemos de escribir estas líneas en recuerdo y homenaje de nuestro amigo, colega y compañero de existencia Alejandro Montiel Montiel. Durante años cultivamos la amistad que alegra el vivir cotidiano y que motiva el estar presentes vitalmente.

Todo nuestro afecto por Alejandro, lo expresamos en estas sencillas y someras palabras.

Alejandro Montiel fue un símbolo de la lucha por la existencia y del sacrificio para servirle mejor a su Patria. Fue obrero en una imprenta de San José. Hizo sus estudios de primaria en la Escuela Mauro Fernández y los de secundaria en el Colegio Justo A. Facio, obteniendo allí su Bachillerato. Posteriormente, ingresó en la Universidad con el fin de seguir los estudios de Derecho. Al mismo tiempo, laboraba en un bufete capitalino. Luego, ingresó al Poder Judicial, como escribiente en la Sala Segunda Penal. El Tribunal Superior Civil y Contencioso Administrativo contó con la colaboración de Alejandro en el cargo de Secretario del mismo. Una vez graduado, fue nombrado Actuario del Juzgado Segundo de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. El contacto personal con las funciones propias del citado Poder y bajo el aliento del maestro Eduardo Ortiz, hizo que Alejandro partiera hacia Europa con el objeto de doctorarse en Derecho Público. Roma y Madrid, con sus excelentes escuelas de *iur* publicistas, fueron el marco apropiado para que nuestro querido amigo lograra su meta de un modo excelente. Una vez graduado como Doctor en Derecho en las Facultades respectivas de la Universidad de Roma y de la Universidad Complutense de Madrid, regresa a su país para incorporarse como Profesor de nuestra Universidad.

De su tarea diaria, como profesional del Derecho y como docente, citamos como ejemplo sus artículos periodísticos enfocando temas de

Derecho Público de interés para la comunidad; sus labores como asesor de una comisión de la Asamblea Legislativa; su importante papel como Coordinador de la Comisión de Derecho Administrativo del recién celebrado Congreso Jurídico Nacional (setiembre de este año); su trabajo como Juez Interino Segundo de Trabajo; sus bien impartidas lecciones jurídicas, tanto en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, como en el Instituto Técnico de Administración de Negocios.

Estos fueron algunos de los hitos de la vida de Alejandro Montiel. Queda por publicar su sólida tesis doctoral sobre el tema de la ejecución de sentencias contra el Estado. Ojalá que esta edición sea posible, ya que con ella el país contaría con un consistente aporte al campo jurídico costarricense.

Que estas palabras y la presente edición de esta revista sean un testimonio de afecto y de agradecimiento por los frutos que ha dejado Alejandro Montiel, de parte de sus compatriotas, de sus colegas, de sus amigos, de los estudiantes y profesores de la Facultad de Derecho.

NOTA

LA FACULTAD DE DERECHO CON EDIFICIO PROPIO

Mediante las Leyes números 5214, de 19 de julio de 1973; 5383 de octubre de 1973; y, 5772 de 20 de agosto de 1975, la Facultad de Derecho contará con los fondos necesarios para la construcción de su propio edificio.

Efectivamente, durante la presente gestión del Profesor Eduardo Ortiz Ortiz como Decano de la Facultad de Derecho, luego de una continua, tenaz, perseverante y agotadora lucha (ello en el sentido literal de estas palabras; con justa razón y sin exageración alguna) de profesores y alumnos, se obtuvo la financiación requerida para que, después de muchas decenas de años, la unidad académica —formadora y forjadora— de abogados de nuestro país, tuviese, al fin, casa propia.

Cabalmente, en estos momentos se están levantando los primeros pisos del dicho edificio y con ellos las esperanzas fundadas de una nueva época para el Derecho y los juristas de Costa Rica; y, por supuesto para la institucionalidad específica del "Estado de Derecho" costarricense.

Por medio de las supraindicadas leyes, se ha logrado contar con diez millones de colones destinados a la construcción del mencionado edificio y las sumas de dinero necesarias para llevar a cabo los programas de estudio, de campo y de investigación (Programas y Actividades) que llevará a cabo esta unidad académica.

En un plazo de tres años (1973 a 1975) se han realizado esos importantes esfuerzos para la sociedad nacional, gracias a la dedicación, al sacrificio y al alto sentido de responsabilidad social del Decano Eduardo Ortiz, de docentes y educandos; como también de los diputados que siempre se solidarizaron con esta noble y fecunda tarea, como son —entre otros—: (período 1970-1974), Licenciados Edgar Arroyo, Angel Edmundo Solano y Edwin Muñoz Mora; (período 1974-1978): Dr. Alfonso Carro, Dr. Rodolfo Piza, Don Rafael Angel Calderón Fournier, Lic. Guillermo Villalobos y el Lic. Johnny Echeverría.

Mención aparte, justa y merecida, la del Presidente de la República, Lic. Don Daniel Oduber Quirós, quien apoyó decididamente el esfuerzo de la Facultad de Derecho por contar con techo propio.

A todos ellos, el respeto y el aprecio del pueblo costarricense, que sabe que la esencia de nuestro sistema político es la preocupación —sin tregua— por la educación.

Jorge Enrique Romero Pérez

DR. FRANCISCO LUIS VARGAS SOTO

GANADOR DEL PREMIO ALBERTO BRENES CORDOBA
DE 1974

CURRICULUM VITAE

1. Estudios efectuados:

- a) *Licenciado en Derecho. Título obtenido en la Universidad de Costa Rica, el 2 de abril de 1972, e inscrito en el Colegio de Abogados bajo el N° 1216, del Tomo III del Catálogo de Abogados incorporados a ese Colegio.*
- b) *Notario Público, según título otorgado por la Universidad de Costa Rica, el 8 de octubre de 1974, y autorizado por la Corte Suprema de Justicia, según sesión de Corte Plena del 14 de ese mismo mes.*
- c) *Dr. de la "Université de Bordeaux I", Francia el día 20 de junio de 1974, título que he presentado a la Oficina correspondiente de esta Universidad para su reconocimiento, el día 28 de abril de 1975.*
- d) *Durante mi estancia en Francia realicé en el "Institut de Droit Comparé", estudios sobre el Derecho Francés de quiebras y otros procedimientos concursales.*
- e) *Fui participante de la "Primera Sesión Exterior del Instituto Internacional de Derechos Humanos René Casin", sobre el programa de estudios de Derecho Internacional y de Derecho Comparado de los Derechos Humanos, celebrada en Costa Rica, en el mes de enero próximo pasado.*
- f) *Participé asimismo en el Congreso Jurídico Nacional, 1975, recién celebrado en el Colegio de Abogados, en donde una ponencia mía, sobre la reforma de las sociedades anónimas fue probada por el plenario.*

2. Labores con la Universidad:

*Trabajo en la Facultad de Derecho desde el 17 de octubre de 1970, fecha a partir de la cual me inicié como asistente ad honorem, y hasta el mes de setiembre de 1972.
A partir del 1° de octubre de 1972 y hasta el 31 de agosto de 1974 fui profesor becario. En este período obtuve con la más alta calificación (Tres bien) el título de Doctor en Francia.*

De setiembre de 1974 a la fecha, funjo como profesor invitado de tiempo completo. En esa condición y desde esa fecha he laborado como asistente del Area de Investigación, habiendo estado temporalmente a mi cargo la Dirección de esa Area, en ausen- del titular.

En lo que respecta a la docencia, he impartido en esta Facultad los Cursos de Introducción al Estudio del Derecho I y II, Méto- dos de Investigación Jurídica y Derecho Mercantil III.

3. Publicaciones:

- a) En el número 24 de la Revista de Ciencias Jurídicas, Tomo I, aparece publicado un artículo mío, titulado "Saneamiento Económico y financiero de las empresas y otros procedimien- tos concursales en Francia", trabajo que es producto de mis estudios de Derecho francés en la rama específica realizados aparte de los propios de doctorado, en el Instituto de De- recho Comparado.
- b) Un libro "Contribuciones al Derecho de Quiebra Costarricen- se", inédito aún, fue premiado recientemente por el Colegio de Abogados, como la mejor obra jurídica de 1974, que fuera presentada al concurso anual "Alberto Brenes Córdoba".

4. Lenguas

Aparte del español, conozco el italiano, a través de estudios efec- tuados en la Universidad de Costa Rica y en la Asociación Dan- te Alighieri, y del idioma francés a través de la aprobación de cursos de profesorado en dicha lengua en la Universidad de Costa Rica y en la Alliance Francaise, así como de la circunstancia de haber estudiado Derecho en Francia, durante dos años.

5. Experiencia en el ejercicio de la profesión liberal:

Tengo cerca de diez años de estar vinculado al ejercicio de la profesión como litigante.

PRESENTACION

En el presente número proporcionamos a los lectores es esta revista varios ensayos que esperamos sean útiles para la cultura ju- rídica nacional.

El Doctor Fernando Mora Rojas publica un artículo sobre el "Institor o factor, como alter nos económico del empresario", cuyo interés y actualidad lo convierten en un estudio importante en el área correspondiente del saber jurídico.

El siguiente ensayo es del maestro español titular de la Cá- tedra de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Doctor Eduardo García de Enterría y Martínez Carande, relativo a "La figura del contrato ad- ministrativo". Este trabajo se considera como clásico en la literatura administrativa" razón por la cual optamos por hacerlo llegar a los juristas y estudiantes de Derecho de nuestro país. Asimismo, las ideas contenidas en el mismo contribuirán, de modo estratégico, a la plas- mación de una Ley de Contratos del Estado en Costa Rica. Cabal- mente, estimamos que la actual Ley de Administración Financiera de la República, ley N° 1279 del 2 de mayo de 1951, casi una copia literal de las llamadas "Leyes de ordenamiento fiscal" de 1945, ya no se adapta a las necesidades de hogaño. Esta ley N° 1279 se re- fiere a la Tesorería, a la Contabilidad y a la Proveeduría Nacional, como también a la Oficina de Presupuesto. Pues bien, en una ley que atañe a estas oficinas públicas, no encaja la materia negocial del Es- tado. A estas alturas del desarrollo histórico, económico, social y po- lítico de nuestra nación, ya no se justifica que los contratos del Go- bierno, se publiquen en una Norma que regula oficinas estatales y sus respectivas funciones. Tanto por su aspecto cuantitativo como cuali- tativo, se hace urgente la emisión de una Ley de contratos del Estado y su pertinente reglamento.

Algunos indican que los montos económicos que la citada ley fija para llevar a cabo determinadas formas de negociación adminis- trativa son ridículos dada la inflación que padecemos; y, que por ello, se hace menester reformar la ley N° 1279 para elevar esas can- tidades, con lo cual los límites correspondientes serían más confor- mes con la indicada espiral inflacionaria. Hasta aquí llegan los dese- os de estas personas. Sin embargo, se debe ir más en profundidad y darle al país algo mejor. Máxime, tomando en consideración, que la Contraloría General de la República, las Cámaras Patronales in-

teresadas, la Poveeduría Nacional y otros sectores ligados a este campo negocial, están de acuerdo en que hay que emitir una nueva y moderna normativa en este terreno contractual. En la Asamblea Legislativa existe un proyecto con dictamen de mayoría afirmativo, relativo a este punto de la contratación administrativa. Cuando esta revista salga a la luz pública, ese dictamen estará en el tapete del plenario. Por ello estamos ante una excelente oportunidad para que de ese dictamen nazca la esperada y útil Ley de contratos del Estado.

De acuerdo a estas circunstancias, se comprende de qué manera y cómo, tanto el estudio del Dr. García de Enterría como el de graduado Mario Torán ("El contrato administrativo en el Derecho Francés") serán un material de primer orden destinado a la forja de la normativa mencionada.

Otro sugestivo y relevante trabajo de investigación es el del economista, sociólogo, abogado y filósofo Max Weber sobre el tema de "La decadencia de la cultura antigua. Sus causas sociales"; escrito por su autor, en 1896, cristalizando uno de los aportes clásicos a la Ciencia Social contemporánea. Este escrito será muy bien recibido por los estudiosos del Derecho Romano y de Teoría del Estado, principalmente.

Por su parte, las Licenciadas Florisabel Ramírez de Delgado y María Odio de Alvarénga han elaborado un importante estudio en el área de su especialización con el título de "Primera aproximación a una nueva práctica en Trabajo Social".

Dentro de las expectativas y las modalidades que encierra la novedosa legislación penal, sustantiva y procesal, el Dr. Francisco Castillo González —actualmente realizando estudios de especialización en Alemania Occidental, en el Instituto Max Planck— ha preparado un valioso trabajo acerca de "La prohibición de Reformatio in Peius en el Código Procesal Penal" de nuestra colectividad.

Desde su propia perspectiva, la estudiante Gilda Ortiz Vaglio, siendo alumna del curso de pre-derecho, elaboró un escrito con referencia al aborto; cuestión que sin dejar de ser un tópico, se mantiene como uno de los aspectos polémicos del nivel jurídico.

A su vez, el Dr. Enrique Rojas Franco, Profesor de la Facultad de Derecho y Juez Civil, ha confeccionado un sólido estudio que versa con "La acumulación de acciones y autos en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de Costa Rica".

Finalmente, el amable lector encontrará algunas reflexiones que hemos redactado con respecto a la temática de la Sociología del Derecho.

Un resumen, preparado por sus mismos autores, de un sector de las Tesis de Grado de Licenciatura, presentadas en la Facultad de Derecho durante el año de 1974, cierra el Índice de esta revista.

No podemos dejar de mencionar la importancia del recién celebrado Congreso Jurídico Nacional. Las ponencias que se presentaron fueron ampliamente discutidas por los apreciables colegas que se dieron cita en dicha reunión. En un número próximo esperamos tener la posibilidad de editar las ponencias aprobadas por el Congreso. Indudablemente esta clase de actividades sirven para tomarle el pulso al Derecho costarricense, a la vez que se torna en un ambiente propicio para las sugerencias, críticas y observaciones al Ordenamiento Jurídico Patrio.

Precisamente, uno de los actos relevantes de la citada reunión, fue la entrega del Premio "Alberto Brenes Córdoba", al Dr. Francisco Luis Vargas Soto, por su meritorio estudio sobre la quiebra en Costa Rica. El Curriculum vitae del Dr. Vargas lo publicamos con el fin de conocer adecuadamente a este prestigioso intelectual.

Hacemos votos porque este eslabón de la serie de la revista cumpla con su cometido!

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez,
Director



INSTITOR O FACTOR COMO "ALTER NOS"
ECONOMICO DEL EMPRESARIO

(Nuevas consideraciones sobre la subordinación laboral)

Dr. Fernando Mora.

10 ABR. 1980

[Se ha dicho, en otra ocasión, ⁽¹⁾ que un aumento de la actividad empresarial en escala cuantitativa, genera un uso proporcionalmente mayor de la labor de sujetos que vienen a colaborar con la empresa; y que otro tanto sucede cuando el empresario intenta un similar aumento en la escala cualitativa de los servicios que presta o de los bienes que produce, con su empresa. Normalmente, al menos, es así.

A su vez, esa colaboración oscila entre grados mínimos, en que los poderes directivos en el colaborador no existen, ni tampoco los de gestión, limitándose aquél a una mera intervención mecánica en el ámbito contractual del principal, hasta grados máximos, en que la amplitud del apoderamiento es tal que la figura del principal se diluye prácticamente, operándose una sustitución tan amplia de su voluntad que se duda inclusive de la posición subordinada del colaborador y se tiende —como veremos— a hacer de él una figura de trabajador autónomo. ⁽²⁾

El apoderamiento máximo a su vez, ocupa grados diversos en las distintas legislaciones. (2 bis) Desde el "Prokurist" del derecho comercial alemán, cuyos poderes, normalmente, no pueden ser limitados ni por una expresa declaración del principal (art. 50 HGB), pasando por el factor del Código de Comercio de Honduras en el que, el solo nombramiento lo faculta para realizar todas las operaciones concernientes al objeto de la empresa o del establecimiento que el factor dirija, las que se reputarán ejecutadas en nombre y por cuenta del principal aún cuando el factor no lo haya expresado así al celebrarlas, haya transgredido instrucciones o cometido abuso de confianza, siempre que tales contratos recaigan sobre objetos comprendidos en el giro y tráfico de la empresa o del establecimiento, o si, aun siendo de otra naturaleza, resultare que el factor obró con orden de su principal, o que éste aprobó su gestión en términos expresos o por hechos positivos, no produciendo efecto contra tercero a quien no se demuestre

- (1) Fernando Mora, "Consideraciones en tema de estructuración de la materia de auxiliares del comerciante", en curso de publicación en *Scritti in onore di Salvatore Puqliatti*, Messina, Italia.
- (2) C. Vivante, "Trattato di Diritto Commerciale", Ed. Vallardi, Milano, 1929, I, 287 y ss. (2 bis). Ver arts. 14 y 19 Ley Soc. Com. 1966, Francia y Jean Paillusseau "La Societé Anonyme. Technique d'organisation de l'entreprise". Sirey, Paris, 1967, p. 147). (2 bis).

que las conocía, las limitaciones a tales facultades, (art. 356) hasta el institor del Código Civil italiano, que puede realizar todos los actos pertinentes al ejercicio de la empresa a la que ha sido prepuesto, salvo las limitaciones contenidas en la procura (art. 2204). Desde el punto de vista jurídico, hay un parentesco directo entre factor e institor, no así de éstos con el "prokurist"; pero económicamente las tres figuras responden a idénticas necesidades del ejercicio de la actividad empresarial.

La amplitud de facultades acordadas al Prokurist permitía a Thöl considerarlo como el "alter nos" (3) del empresario y esta expresión (variada al singular "alter ego") ha sido recogida por la doctrina mercantil y aplicada al institor o factor. Sin embargo, no se debe perder de vista que el institor o factor resulta el alter ego del empresario pero no con el mismo amplio sentido que los poderes ilimitables del Prokurist le dan a la expresión en el derecho alemán, y el apelativo ha de emplearse teniendo siempre en mente esa reserva. (3a). El sistema normativo por una parte y las limitaciones impuestas por el empresario, por otra, indicarán en cada caso, el contenido que tenga la expresión alter ego. Dentro de tales márgenes el institor o factor puede actuar ampliamente, (4) sin que se entienda esta amplitud como carente de todo otro límite prescrito por la ley o pactado — y aún sobreentendido — previamente, como paso a demostrar enseguida.

En efecto, el factor es prepuesto al ejercicio de una empresa y este ejercicio, por así decirlo, automáticamente implica la realización de una actividad organizada, económico-jurídica, orientada en el sentido de la consecución del objeto empresarial. El institor o factor está, prácticamente, encerrado en un triángulo cuyos lados son la norma jurídica, el contenido de la procura y el objeto de la empresa. De lo que se deduce que la actividad del institor o factor (en cuanto tal y como proyección externa de la empresa, puesto que internamente realizará otras diversas tareas pertinentes a la relación obrero-patronal, está encuadrada en el ámbito económico-jurídico inherente al objeto de la empresa a que ha sido prepuesto, y consiste — dicha labor — en la intervención en el amplio campo de los negocios jurídicos necesarios para la realización de aquél.

El institor o factor sustituye, como sujeto formal de la negociación, al sujeto material o sujeto del verdadero interés económico, o empresario, pero en un grado tal que difícilmente se habrá cono-

(3) Lorenzo Mossa, "Trattato del Nuovo Diritto Commerciale", Soc. Ed. Libreria Milano, 1942, t. 1º, nº 604, nota 47.

(3a) Umberto Belviso, "L'institore", Vol. I, Ed. Jovene, Napoli, 1966, nota 174 cita en tal sentido a Gierke, "Handelsrecht und Schiffartsrecht", Berlín, 1968, pág. 130: "giustamente si è (Thöl) definito il Prokurist come alter ego o sostituto del commerciante. Chi entra in rapporto con un Prokurist può essere tranquillo, come se avesse di fronte a sé lo stesso commerciante".

(4) Más adelante veremos cómo, aun en el caso de que el institor o factor se extralimite, bajo ciertos supuestos, su preponente deberá hacer frente a los contratos y consecuencias surgidos de tal extralimitación.

cido antes y que, en realidad, lo convierte en un representante del interés económico, en su totalidad, que el empresario tiene depositado en la empresa (o porción de ella confiada al institor). Toda la actividad del institor o factor debe tender, en la empresa, a la consecución del objeto de aquélla y su labor es siempre intervención en negocio ajeno, jurídica o económica y se encuentra prácticamente aprisionado por el objeto empresarial, puesto que no debe, por su cuenta, actuar en concurrencia con el objeto de la empresa que representa. (5)

La prohibición de concurrencia con su principal, por otra parte, demuestra como las limitaciones contenidas en la procura encuadran la actividad del institor en un momento determinado, en un espacio de tiempo definido es cierto, pero que no implica que una ampliación o una mayor restricción de aquélla no sean posibles. El institor, dentro del objeto empresarial, teóricamente puede actuar ilimitadamente: éste es el principio básico a que los terceros pueden estarse si por algún medio no les consta — o no se les ha hecho constar — cosa distinta. Las particulares, y potencialmente temporales, limitaciones no borran la también potencial posibilidad de actuaciones más amplias. El institor o factor con los poderes más amplios posibles conforme al objeto de la empresa, es el estado natural; las limitaciones son la excepción. Por ello la prohibición de concurrencia impuesta al colaborador frente a su principal, no puede entenderse limitada únicamente a aquellos aspectos de la actividad empresarial que el factor o institor está autorizado a realizar, o en los cuales interviene, sino que comprende todos los relacionados con cualesquiera partes del objeto de la empresa, o porción de ésta, a que ha sido prepuesto. Lo que, desde el punto de vista de la relación principal-factor, es perfectamente congruente porque, por limitadas que sean las facultades de éste, el mínimo para que exista la figura de factor o institor permite a quien la desempeñe conocer detalles de mercado y otros cuyo uso o beneficio pertenece a la empresa que los ha llegado a poseer bajo su propio riesgo. Las legislaciones, tradicionalmente, han prohibido al factor o institor realizar por propia cuenta o por cuenta de los concurrentes de su principal, negocios del mismo género de los que hiciera a nombre de éste, disposición que, literalmente interpretada permitiría al colaborador concurrir con su principal en aquellos ramos empresariales de éste que no le han sido confiados o que, expresamente, le han sido prohibidos, situación realmente peligrosa para la empresa. Por ello la doctrina ha entendido la prohibición de concurrencia como nosotros la vemos y no con el sentido literal de la ley. Vivante aplica el artículo 372 del C. de c. italiano de 1882 cuando el institor "ejerciendo el comercio del principal, lo amenaza con una peligrosa concurrencia" (7) fórmula bastante más amplia que la usada por el legislador;

(5) En este sentido ver estudio citado en la nota 1.

(6) Artículo 312 C. de c. de México, art. 365 C. de c. de Honduras, art. 288 C. de c. de España, art. 317 C. de c. de Costa Rica.

(7) Vivante, op. cit. t. 1º Nº 274, pág. 296.

Uría afirma que el factor está obligado a no hacer concurrencia al principal realizando por cuenta propia operaciones del mismo género de los que constituyan "el giro o tráfico del establecimiento",⁽⁸⁾ fórmula también más amplia que la que usa el Código de comercio español, artículo 288 que, literalmente entendido, limita la prohibición a negociaciones del mismo género "de las que el factor realiza" a nombre de su principal. Más apropiada ha sido la fórmula del legislador venezolano: se prohíbe a los factores y dependientes traficar por su cuenta y tomar interés en nombre propio o ajeno, en negociaciones del mismo género que las del establecimiento en que sirven (art. 98 del C. de c.).

El factor o institor —se desprende de la amplitud natural de su apoderamiento y del corolario de éste, sea la amplitud de la prohibición de concurrencia, también— es el "alter nos" no sólo jurídico del empresario, sino también el "alter nos" económico de aquél; toda actividad dirigida en el mismo sentido económico del objeto empresarial pertenece a la empresa, a la que el factor se ha comprometido a dar no una prestación mensurable en horas de trabajo sino su capacidad específica para los negocios propios de la empresa que lo emplea, la que a su vez le pone en sus manos elementos de juicio e instrumentos de trabajo aptos para alcanzar el fin señalado a aquélla por el empresario. En consecuencia, mientras esté jurídicamente vinculado a la empresa el factor o institor es el "alter nos" tanto jurídico cuanto económico del empresario con sus funciones señaladas por la ley, el convenio interno y el objeto de la empresa, de donde se derivan consideraciones importantes de la doctrina del institor, algunas de las cuales desarrollaremos, aunque sólo sea en sus aspectos más generales, en este estudio.

Actuación del factor o institor a nombre propio y por cuenta del principal.

El institor o factor debe actuar "contemplatione domini". En tal caso, expresando que actúa a nombre ajeno y habiendo la procura, la representación que ejerce se realiza plenamente. Sin embargo, por razones en las que la doctrina ha abundado, protectoras de los terceros, las legislaciones suelen establecer que, aún en el caso de que el institor o factor actúe a nombre propio pero por cuenta del principal (o en actos pertenecientes y necesarios al ejercicio del comercio a que ha sido prepuesto),⁽⁹⁾ responde éste, así como el factor.

(8) Rodrigo Uría, "Derecho Mercantil", 4ª ed., Madrid, 1964, N° 33.

(9) En estos términos habla el Código de Comercio italiano de 1882 y en explicación de motivos se asimila esa expresión a "actuar por cuenta del preponente": Matteo Gald, "Il Codice di Commercio del Regno D'Italia", Vol. I, Ed. Gabriele Regina, Napoli, 1883, pág. 971.

Que en tal coyuntura, el factor responda, no plantea problema puesto que es él el sujeto que se ha presentado frente al tercero, actuando a su propio nombre: jurídicamente es el sujeto vinculado. El problema lo plantea la ley cuando hace también responsable frente al tercero —a quien aquélla trata de proteger— al proponente que, jurídicamente, no ha sido vinculado por cuanto el factor no actuó "contemplatione domini". Con qué base la ley extiende la responsabilidad a quien jurídicamente no ha sido vinculado en la particular relación? Por qué se extiende la responsabilidad a quien no ha participado ni personalmente ni representado, en el negocio?

A tal interrogante la doctrina ha respondido diversamente. La explicación de motivos Mancini al C. de c. italiano de 1882⁽¹⁰⁾ considera que el preponente responde por cuanto el negocio ha sido concluido por su cuenta, fundamentación insuficiente del fenómeno, puesto que nos llevaría a pensar por qué no sucede otro tanto con la comisión. Navarrini, siempre comentando el Código de Comercio italiano de 1882, artículo 371⁽¹¹⁾ considera dos casos, uno cuando el institor contrata verbalmente, el otro cuando lo hace por escrito; en el primer caso, dice el autor, valen los principios generales, esto es, la "contemplatio domine" puede ser expresa o tácita y en este último caso, cuando "ex facti circumstantiis" se pueda con seguridad argumentar que se ha obtenido el mismo efecto; en el segundo caso, no basta una expresa o tácita declaración de la "contemplatio domine", sino que es necesario que el institor, por escrito, acompañe su firma con la cláusula "por procura" u otra equivalente; en caso contrario el tercero tiene acción contra preponente y prepuesto; y si llegase a faltar aún la contemplatio domine, no podría el tercero accionar contra el preponente, sino sólo contra el institor.⁽¹²⁾ Como comenta Rocco,⁽¹³⁾ esta interpretación de Navarrini quita a la disposición del artículo 371 todo contenido práctico. Efectivamente, la doble responsabilidad se reduce al caso de actuación por escrito sin manifestación también por escrito del actuar "por procura". Pero ninguno de los dos autores —Navarrini y Rocco— explica el fundamento de la doble responsabilidad. Rocco se limita a decir que en este caso la ley ha derogado el principio del artículo 1127 del Código Civil por el que se presume que cada quien contrata para sí, o para sus herederos o causahabientes, estableciendo la *presunción*

(10) Ibidem.

(11) Artículo 371: "l'institore deve sempre trattare a nome del proponente nella sua sottoscrizione deve indicare, oltre il proprio nome e cognome, anche il nome e cognome, o la ditta, del preponente colla clausola "per procura" o altra equivalente. "In mancanza di tale dichiarazione, l'institore assume obbligazione personale, ma i terzi possono esercitare anche contro il preponente le azioni che derivano dagli atti dell'institore appartenenti e necessari all'esercizio del commercio cui questi è preposto".

(12) Umberto Navarrini, "Trattato Elementare di Diritto Commerciale", Vol. II, Ed. U.T.E.T., Torino, 1935, pág. 50.

(13) Alfredo Rocco, "Diritto Commerciale", Ed. Fratelli Treves, Milano, 1936, nota 1, pág. 337.

contraria, esto es, que todos los actos comprendidos en el ejercicio del comercio confiado al institor, son realizados a nombre del preponente, presumiendo para todos estos actos el requisito de la "contemplatio domine".⁽¹⁴⁾ Para Garrigues⁽¹⁵⁾ "el principal queda obligado, a elección del tercero, no sólo cuando el gerente contrata en nombre de aquél y dentro de los límites del poder, sino en todos los demás casos en que la ley presume, con presunción "iuris et de iure", o el tercero prueba que la negociación se hizo por cuenta del principal", considerando que, no habiendo en el caso propiamente representación directa, lo que hay es una contradicción a la regla clásica de la representación indirecta al conceder al tercero acción contra el preponente: "es una supervivencia —dice Garrigues— de la acción institoria del Derecho Romano".

Recurrir a la acción institoria romana plantea dos serios problemas que hacen inaceptable la fundamentación dada por Garrigues. Por una parte las relaciones entre el institor y el principal —se trataba normalmente del esclavo o del hijo— eran absolutamente diversas de las que se producen actualmente, puesto que hoy en día nacen no de un nexo legal sino derivadas de un contrato; y por otra, no es cierto que el institor romano representase el interés del principal, propiamente, sino el interés propio identificado con el centro económico representado por la familia; y en los sistemas capitalistas de empresa resulta asaz difícil encontrar una similar identificación entre el factor y la empresa.

Rodrigo Uria no señala siquiera el problema que estamos tratando,⁽¹⁶⁾ y así sucede con la mayor parte de la doctrina examinada.

Sin duda, la respuesta a la doble responsabilidad la encontramos en el fenómeno que nos permite considerar al institor o factor como el "alter nos" económico del empresario: la actividad suya debe ir dirigida en el sentido mismo económico del objeto empresarial cuya consecución se le ha confiado y como corolario a ello, toda actividad de aquél en tal sentido cae bajo la esfera económica y jurídica de la empresa y ésta, si económicamente es un centro de imputación que recibe los beneficios y sufre las pérdidas de la actividad desventada por su institor o factor, debe también ser centro de imputación jurídica de esa actividad. Casi podríamos decir que ahora lo que no aparece claramente fundamentado es la responsabilidad del colaborador. Esta simplemente se explica por la estructura normal de la actividad jurídica que hace vinculativa y responsable la voluntad manifestada, cuando no media vicio alguno.

(14) Rocco, op. cit., pág. 336.

(15) Joaquín Garrigues, "Curso de Derecho Mercantil", Imprenta Aguirre, Madrid, 1959, pág. 550.

(16) Rodrigo Uria, "Derecho Mercantil", Imprenta Aguirre, Madrid, 1964, N° 32.

Beneficios derivados de la conducta concurrente del institor o factor otorgados al preponente.

Algunas legislaciones tradicionalmente han regulado el caso del factor o institor que, contra la prohibición general de actuar en concurrencia con su principal, realiza, en propio nombre y por su cuenta, contrataciones comerciales en esas condiciones; y esas legislaciones, en tal caso trasladan cualquier beneficio de la negociación al patrimonio del preponente.⁽¹⁷⁾ Esta disposición ha sido poco comentada por la doctrina que, por otra parte, se ha circunscrito a afirmar que el factor podría ser "un rival peligroso" del principal, por lo que la ley ha querido imponerle una "sanción severa, pero en el fondo justa, de corresponderle al principal las ganancias líquidas que el factor obtenga en su comercio".⁽¹⁸⁾ La doctrina no ha explicado el fundamento de esta atribución de utilidades al principal. Desde el punto de vista de la relación existente entre factor y principal, la concurrencia que aquél haga a éste es un acto desleal que puede dar lugar a la resolución del contrato por incumplimiento del factor de su obligación de no hacer y más propiamente (en vista de la naturaleza jurídica de esa relación) daría lugar a un despido justificado por parte del patrono, con las consecuencias que en el campo laboral esto acarrea al trabajador. Por otra parte, si el caso fuere considerado concurrencia desleal al margen del aspecto laboral —desde el punto de vista penal, las consecuencias, a su vez, en el aspecto patrimonial, desembocarán en un resarcimiento en daños y perjuicios. Ninguna de estas vías es capaz de fundamentar la atribución, al principal, de los beneficios de la negociación realizada por el factor con violación de sus deberes de lealtad.

En el Código de Comercio italiano de 1882 el artículo 372 regulaba el caso y Vivante, comentándolo, basaba las "graves sanciones" impuestas al institor desleal en el hecho de que "también en el derecho vigente el institor es considerado como una persona ligada al servicio del principal con una relación de estable dependencia, dedicada, al menos regularmente, en forma exclusiva, al ejercicio de su hacienda, y derivando del oficio de institor una fuente continua de réditos profesionales".⁽¹⁹⁾ Pero la prestación recibida por el trabajador, por sí sola, no convierte toda actividad suya, sin distinción, en patrimonio del patrono; ni siquiera en los aspectos relacionados con las labores que el subordinado realiza; es el caso, por ejemplo de las invenciones relacionadas con la labor del trabajador, y que

(17) Art. 141 C. de c. argentino, 365 C. de c. hondureño, 288 C. de c. español, 317 C. de c. costarricense, 127 C. de c. costarricense de 1853, etc.

(18) Carlos Malagarriga, "Tratado Elemental de Derecho Comercial", Ed. T.E.A., Buenos Aires, 1958, T. II, N° 15. Garrigues, op. cit., no comenta la disposición correspondiente (artículo 288) de C. de c. español, a pesar de que la usa para algunas de sus construcciones. Uria, op. cit., simplemente la cita, sin comentarla.

(19) Vivante, op. cit., T. I, N° 274, pág. 296.

éste realiza, comúnmente consideradas propiedad suya⁽²⁰⁾ así como los derechos derivantes de la invención, excepto cuando la prestación debida por el trabajador es precisamente una actividad inventiva. En consecuencia, el rédito profesional o salario del factor o institor no bastan para fundamentar la atribución de utilidades al principal. Esta atribución sólo se explica considerando al institor como "alter nos" económico de su principal porque en tal caso toda utilidad obtenida por aquél dentro del objeto de la empresa de éste pertenece al patrimonio de la empresa gestionada: es como si hubiese sido realizada por el preponente mismo.

A la solución propuesta se podría objetar el por qué sólo se atribuyen las ganancias al principal y no así las posibles pérdidas. Pero la objeción es improcedente porque desde el punto de vista jurídico la relación surgida pertenece al institor, el "animus contrahendi" es suyo, ha actuado a su nombre y por su propia cuenta y el negocio le pertenece (el principal no tiene en esa relación ninguna intervención excepto la de cesionario legal de las posibles utilidades, pero no ocupa la posición del institor) por lo que es el único responsable. Si el institor o factor, como "alter nos" económico representa todo el interés económico del empresario, interés a su vez orientado en el sentido del objeto empresarial, en la coyuntura examinada es perfectamente congruente que la ley atribuya las ganancias y no así las pérdidas, puesto que, normalmente, un interés orientado en el sentido de un objeto empresarial, significa la persecución de utilidades⁽²¹⁾ no de pérdidas.

El institor y la subordinación laboral.

Considerado el institor como "alter nos" económico del empresario en cuanto la conducta de aquél debe orientarse en el sentido del objeto empresarial, es indudable que el principio laboral de subordinación adquiere contornos un poco diversos de los tradicionalmente admitidos. En efecto, el sujeto-patrono de esta relación puede

(20) Alfredo de Gregorio, "Corso di Diritto Commerciale. Imprenditore - Società", Soc. Ed. Dante Alighieri, Città di Castello, 1960, pág. 110 y ss.; Paolo Verzellone, "Le invenzioni dei dipendenti", Ed. Giuffrè, Milano, 1961.

(21) El Código de Comercio de Honduras (artículo 365) ha variado la solución tradicional y en caso de violación de la prohibición de concurrencia da una especie de opción al principal (por 15 días) para "hacer suya la negociación". Esta especie de sucesión en el contrato plantea interesantísimos problemas especialmente en cuanto a un posible derecho a retirarse del contrato por parte del tercero y en caso de una respuesta afirmativa, bajo que supuestos: indistintamente o por justa causa? y de ser por justa causa qué elementos la configuran?, siendo aquí de gran relevancia el decidir qué valor adquiere toda consideración personal que en el institor tomó en cuenta el tercero, especialmente por cuanto normalmente las contrataciones mercantiles no son realizadas "intuitu personae".

ser sustituido y en la práctica suele suceder así— por el objeto de la empresa y toda la serie de actitudes que, para alcanzarlo, se van manifestando automáticamente como necesarias y que son interpretadas más o menos con éxito, por un técnico en ellas, como se supone que ha de ser un institor. Y no en pocas ocasiones el desconocimiento o impreparación comercial del titular de la empresa hacen de la intervención suya —especialmente en cuanto directivas y política a seguir— una mera posibilidad, formal y técnicamente imposible de realizarse.

La doctrina italiana ha discutido a fondo el problema del institor subordinado y del autónomo con respecto al institor para la empresa de un inhabilitado (art. 425 C.c. italiano) considerándose, por parte de una porción de aquélla, que, en vista de que el titular de la empresa —que en este caso es, naturalmente, el inhabilitado— no está en capacidad de ejercer ni la dirección ni el poder disciplinario, el institor de su empresa es un trabajador autónomo,⁽²²⁾ de donde se ha afirmado la posibilidad del institor autónomo. Pero esta posición, desde el primer momento, plantea serias dudas de solidez. En primer lugar la doctrina laboral ha considerado, básicamente, que hay trabajo subordinado cuando el trabajador pone a disposición del patrono la propia actividad física e intelectual, mientras que en el trabajo autónomo el trabajador se obliga a un resultado, a conseguirse con la propia labor.⁽²³⁾ Semejante postura acarrea otros elementos que completan el cuadro. Así, por ejemplo, es claro que quien ofrece a la directiva de otro el propio trabajo, no asume el riesgo del resultado mientras que, quien promete un resultado asume el riesgo inherente a la consecución del mismo. Por otra parte, lo afirmado se relaciona íntimamente con un problema de organización: el trabajador subordinado ve su actividad inserta en una organización cuya mecánica condiciona aquélla, mientras que el trabajador autónomo es el organizador de su propia actividad dirigida a un resultado prometido y del que asume el riesgo, llegando, en ocasiones, a ser organizador de trabajo ajeno y acercándose con ello a la figura del empresario.⁽²⁴⁾

Confrontando la figura de un institor autónomo con aquellos aspectos que pueden servir de planta para distinguir un trabajador

(22) Umberto Belviso, op. cit., N° 5 a 14, especialmente, pág. 42 y 43.

(23) Ver en tal sentido y con amplia bibliografía: Luisa Riva Sanseverino, "Diritto del Lavoro", Cedam, Padova, 1967, N° 29.

(24) Para todos estos aspectos en la doctrina italiana ver Riva Sanseverino, op. cit., N° 30, 48, 52, y especialmente 38, 54. Francesco Santoro-Passarelli, "Nozioni di Diritto del Lavoro", Ed. Jovene, Napoli, 1968, pág. 70 y el N° 35 en cuanto al "riesgo". Mario Ghidini, Ed. Cedam, Padova, 1966, pág. 126. En derecho francés: G.H. Camerlynck et Gérard Lyon-Caen, "Droit du travail", Ed. Précis Dalloz, 1965; tratando la "subordination juridique", que da potestad de dirección y disciplinaria al patrono, dicen: "Cette autorité ainsi reconnue au chef d'entreprise en régime capitaliste constitue la contrepartie logique de l'absence de tout risque économique assumé par le salarié dans son activité", (pág. 89).

autónomo de uno subordinado, se encuentran no pocas dificultades. El institor no promete un resultado; se obliga a conceder a la empresa su capacidad específica en los negocios de aquélla, independientemente del resultado. No es que el resultado sea indiferente porque si fuere nocivo a la empresa puede, bajo circunstancias determinadas, resultar el institor como responsable; pero esto no a consecuencia de un resultado prometido sino de dolo, culpa, negligencia con que la gestión fue realizada, u otras causas. El institor tampoco asume, como corolario, el riesgo económico de su gestión el que va todo a la empresa gestionada. El institor no es un organizador, por tanto, de su trabajo, sino que ve su actividad inserta en una organización cuya mecánica la condiciona. Así, el institor no puede considerarse trabajador autónomo. Pero entonces, por exclusión, podemos afirmar que el institor sea un trabajador subordinado?

La subordinación implica sobre el subordinado una potestad directiva y un poder disciplinario, de los que el trabajador es el sujeto pasivo, mientras que el sujeto activo está representado, normalmente, por el patrono que hace valer sus facultades directamente o —en lo que no está concorde toda la doctrina— a través de una jerarquía. El poder disciplinario viene ejercido para el institor del inhabilitado por el Tribunal y por el inhabilitado mismo o su curador. (25) Resta ver ahora de dónde provienen las directivas que coadyuvan a hacer del institor un trabajador subordinado.

Conforme al artículo 425 del C.c. italiano, el inhabilitado puede continuar el ejercicio de una empresa (esta empresa puede acrecer su patrimonio por donación, por herencia o estar ya en aquél cuando sobreviene la inhabilitación); luego, no puede iniciar una empresa. Se pretende proteger la integridad patrimonial o su acrecentamiento sobrevenido gratuitamente, porque lo contrario sería un daño mayor. La *continuación* requiere la autorización judicial. Una vez autorizado el inhabilitado, personalmente, ejerce la gestión empresarial. (Debe tomarse en cuenta que en la ley italiana el inhabilitado es un individuo mentalmente enfermo pero no en grado totalmente grave que deba dar lugar a la interdicción; asimismo pueden ser inhabilitados el pródigo, el alcohólico, el drogadicto, art. 415 C.c.). Sin embargo, el tribunal puede considerar que el inhabilitado no está en condiciones de ejercer personalmente la gestión empresarial (la intervención del curador podría ser únicamente de veto o de solicitud de revocación del permiso, no pudiendo intervenir en la gestión (26) y puede intervenir, por otra parte, sólo en cuanto a los actos que excedan la simple administración) condicionando la autorización a la nómina de un institor. De la forma en que ha sido impostado el artículo 425 comentado, se deduce que el inhabilitado no puede intervenir en la dirección de la gestión puesto que los aspectos técnicos que la constituyen el tribunal los ha considerado ausentes —al menos desde un punto de vista de su práctica aplicación— en las ca-

(25) Ver Belviso, op. cit., N° 14.

(26) Mario Casanova, "Le imprese commerciali", U.T.E.T., Torino, 1955, N° 139.

pacidades del inhabilitado. En consecuencia, por lo menos frente al titular de la empresa, el institor no está sujeto a potestad directiva.

Pero esta orientación directiva —y por tanto la subordinación— se actúa automáticamente en cuanto el institor es el "alter nos" económico del empresario, debiendo por ello sujetar su actividad, en un todo, a las directivas técnicas que automáticamente emanan de la relación que se crea entre su capacidad técnica específica y el sentido que a ésta le da el objeto empresarial. Si en este caso la identificación de la potestad directiva se produce con el sentido, del objeto empresarial, es éste el que actúa la subordinación y por ende la figura del institor autónomo que se ha querido ver en el artículo 425 C.c. italiano, no es tal institor autónomo.

La construcción de la subordinación a que nos lleva la tesis de un institor que aun económicamente sustituye al preponente —potencialmente— nos pone en contacto con aquella porción de la doctrina laboral que, precisamente ha elaborado un concepto de subordinación actuado, no directa o necesariamente por el empresario, sino en muchos casos —pensemos solamente en el técnico que actúa fuera de toda posible directiva del jefe de la empresa— actuado por la organización técnica empresarial, (27) por la inserción del trabajador en la hacienda (28) o por las exigencias técnico-organizativas de la empresa. (29)

Algunas otras consideraciones sobre el tema.

El artículo 356 del Código de Comercio de Honduras establece que el solo nombramiento de un factor *lo faculta* para realizar todas las operaciones concernientes al objeto de la empresa o del establecimiento que el factor dirija, las cuales se reputarán ejecutadas en nombre y por cuenta del principal aun cuando el factor no lo haya expresado así al celebrarlas, haya transgredido instrucciones o cometido abuso de confianza, siempre que tales contratos recaigan sobre objetos comprendidos en el giro y tráfico de la empresa o del establecimiento, agregando la disposición que las limitaciones a estas facultades del factor no producirán efectos contra tercero a menos que se compruebe que las conocía al celebrar el respectivo negocio. Como se ve, este artículo no solamente regula la amplitud del apoderamiento del factor frente a terceros y en protección de éstos, sino que también establece el ámbito de subordinación de aquél prácticamente frente a su función económica en cuanto realizador del objeto de la empresa. Lo que, por otra parte, no elimina la facultad

(27) Santi Romano, "L'ordinamento giuridico", Firenze, 1945 pág. 162 l 201 a 202.

(28) Giugni, "Introduzione allo studio... etc.", pág. 89 y ss.; Napolitano, "Il lavoro subordinato", pág. 72.

(29) Riva Sanserverino, op. cit., pág. 46.

directiva del empresario pero implica la posibilidad de que, si éste no la realiza, automáticamente es actuada por el objeto empresarial y su consecución, que dictan al factor las normas esenciales a que debe sujetar su actividad. Es decir, la subordinación es actuada, no por el empresario, sino por la relación factor (como "alter nos" económico) —objeto empresarial.

Ahora bien. Este fenómeno de despersonalización del sujeto activamente legitimado en el ejercicio de la subordinación al que hemos llegado en cuanto hemos considerado al factor o institor como el "alter nos" económico del empresario y que, como vimos, ha sido también afirmado por la doctrina laboral, es meramente aparente en cuanto engrana con el fenómeno inverso: esto es, con la tendencia legislativa y doctrinaria a personalizar la empresa comercial, a hacer de ella un centro independiente de imputación económico-jurídica; independiente de la subjetividad económica y jurídica del titular de la empresa. Así, en el mismo sistema hondureño, la empresa ha sido convertida en una unidad económica de destino, habiendo previsto el legislador de modo tal que, actuando esa unidad económica, no sea destruida por persecuciones individuales promovidas por los acreedores del empresario titular.⁽³⁰⁾ Esta estructura no es aun un sujeto jurídico, ni tampoco un patrimonio separado pero es un paso más hacia la disociación de la personalidad jurídica del empresario y hacia la asunción, por parte de la empresa misma, de una "subjetividad jurídica autónoma."⁽³¹⁾ La tendencia de subjetivización de la empresa comercial se nota con mayor fuerza en el Código de Comercio de Costa Rica, donde aquélla en el momento de enajenación, adquiere carácter de patrimonio separado en cuanto pueden pagarse con el precio de la venta u oponerse a ésta por precio vil o exiguo, única y exclusivamente los acreedores cuyos créditos provengan del tráfico

(30) En este sentido ver, Luigi Mengoni, "Recenti mutamenti nella struttura e nella gerarchia dell'impresa", en Riv. delle Soc., 1958, pág. 692, y "L'entreprise et le droit", de Michel Despax, Ed. Pichon, París, 1957.

(31) Código de Comercio de Honduras: Título II. De la empresa mercantil y sus elementos. Capítulo I. La empresa mercantil.

Artículo 644.—Se entiende por empresa mercantil el conjunto coordinado de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos, para ofrecer al público, con propósito de lucro y de manera sistemática, bienes o servicios.

Artículo 647.—La unidad de destino de los elementos esenciales que integran una empresa mercantil no deberá disgregarse en virtud de persecuciones individuales promovidas por los acreedores del comerciante titular. Son elementos esenciales los enumerados en el artículo siguiente.

No se podrá practicar un embargo aislado de los mismos, sino que el secuestro deberá abarcar la empresa en conjunto, para lo que el depositario será un interventor con cargo a caja.

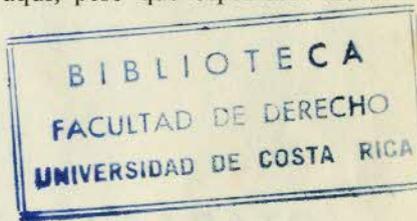
No obstante, podrá practicarse el embargo aislado de dinero, mercancías o créditos en la medida en que ello no impida la continuación de la actividad de la empresa.

Se exceptúan de lo dispuesto en este artículo los acreedores hipotecarios, los prendarios y los dotados de privilegio especial.

mercantil del establecimiento enajenado, o que hayan sido contraídos en beneficio de éste o con motivo de su giro.⁽³²⁾

Indudablemente, conforme más se personalice jurídicamente la empresa, más claro será el hecho de que el institor, como "alter nos" económico del empresario, pudiendo estar efectivamente subordinado al empresario, quien puede no ejercer su potestad en tal sentido, lo estará siempre a la empresa y a su objeto.

La consideración del institor o factor como "alter nos" económico del empresario permite interesantes replanteamientos de la representación, del fundamento de la presunción de "contemplatio domini", de las teorías de la apariencia y de la responsabilidad por acto propio, temas todos —y otros muchos— que, por la índole de este trabajo, no pueden ser tratados aquí, pero que esperamos tratar oportunamente.⁽³³⁾



(32) El Código de Comercio de Costa Rica (artículos 478 y ss.) establece un procedimiento por el cual, en garantía de acreedores, el precio de venta debe quedar depositado por un plazo de 15 días, durante el que los acreedores deben hacer su reclamo, pero el artículo 482 establece que, los créditos que provengan del tráfico mercantil del establecimiento enajenado, deben presentarse dentro del término indicado de quince días, con la comprobación de su existencia y de que proviene del giro del establecimiento en cuestión, no tomándose en cuenta las obligaciones personales del vendedor, si no comprueba que fueron contraídas en beneficio del establecimiento y con motivo de su giro. Asimismo pueden oponerse a causa de venta, por precio vil o exiguo, del establecimiento mercantil, solamente los acreedores de éste.

(33) Sobre un planteamiento de estos temas ver: Franco Bonelli, "Studi in tema di rappresentanza e di responsabilità dell'imprenditore", Giuffrè, Milano, 1968, y Luis Díez-Picazo Ponce de León, "La doctrina de los propios actos", Ed. Bosch, Barcelona, 1963.

SUMARIO:

I. *El carácter polémico de la figura del contrato administrativo.* — II. *La formación histórica de la institución: la doctrina de los actos de autoridad-actos de gestión y la excepción pragmática de la atribución al fuero contencioso-administrativo; la partición de la materia contractual de la Administración.* — III. *La substantivación jurídico-material de la figura: la doctrina del servicio público.* — IV. I. *La tipificación de los actos de poder público con elementos contractuales (Laferrière). Las doctrinas alemana, suiza e italiana.* - 2. *La jurisprudencia española y el intento de aplicación de la doctrina del acto de autoridad a los contratos administrativos.* — V. 1. *La aplicación de la doctrina del servicio público a la institución contractual: el dogma de la cláusula exorbitante y su pervivencia al hundimiento de la escuela del servicio público.* - 2. *La recepción en España de la doctrina substantivadora.* — VI. 1. *La insatisfacción de la teoría del contrato administrativo y su correlación rigurosa con las teorías del Derecho administrativo.* - 2. *El prurito de la "autonomía" y de la singularidad radical de instituciones. La modulación de las instituciones generales por la exigencia de desenvolvimiento subjetivo de la Administración como contenido propio del Derecho administrativo.* - 3. *La modulación de la institución contractual es común a todos los contratos de la Administración, y también, en una u otra extensión, a todos los sistemas positivos.* - 4. *La especificación entre los contratos de la Administración de unos contratos administrativos stricto sensu es una medida empírica determinada por un criterio estimativo de intensidad de la modulación; su encuadramiento en el Derecho administrativo y en el Derecho civil.* — VII. *El sentido de la modulación administrativa de la institución contractual: peculiaridades funcionales de la Administración como organización y "giro o tráfico" administrativo; "obras y servicios públicos" como "giro o tráfico" de la Administración y su sentido preciso.* — VIII. *La modulación determinada por el "giro o tráfico" propio de la Administración.* — I. *La tipicidad de fórmulas contractuales por su reiteración en masa; los Pliegos de condiciones; la inexistencia de contratos administrativos en los tipos contractuales cerrados de derecho necesario.* - 2. *Las derogaciones de las normas contractuales comunes en sentido favora-*

ble al contratista privado y su justificación en la ventaja de la rebaja de las cifras de oferta. - 3. La especificidad de la noción de "orden público" como límite de la licitud de los pactos dispositivos. - 4. Las famosas prerrogativas del poder público o cláusulas exorbitantes: a) El privilegio de la decisión ejecutoria: alcance, carácter extracontractual, justificación, limitación al plano del ejercicio de los derechos e intangibilidad de las reglas de fondo (salvo plazos prescriptorios). b) El *ius variandi* o *factum principis*: la justificación parcial civilista; su explicación como incidencia en el plano del contrato de potestades extracontractuales: la expropiatoria y la normativa; su relevancia idéntica en la contratación *interprivatos*. c) Las pretendidas exorbitancias respecto de terceros y su justificación *ex lege* y no *ex contractu*. IX. El mantenimiento del esquema contractual, sin perjuicio de la "unidad de sentido" *iusadministrativa*; las reglas de fondo como reglas civiles.

— 0 —

I. El carácter polémico de la figura del contrato administrativo.

El concepto de "contrato administrativo" es aún un concepto polémico. Y lo es en el más amplio grado, tanto porque se presenta todavía como una peculiaridad de ciertos sistemas positivos frente a otros que rechazan decididamente la figura, como porque incluso en aquellos sistemas jurídicos en que la institución parecía haber ganado definitiva carta de naturaleza se ha visto recientemente que están prácticamente sin resolver muchos de sus fundamentales problemas, situación que alcanza incluso a poner en cuestión la substantividad misma de la figura, con la posibilidad de reducirla de nuevo a un conjunto de particularidades de régimen respecto de los simples contratos civiles.

Esta sustancia polémica del contrato administrativo obedece por de pronto, al hecho de que toda su intención institucional está montada sobre una aparente contradicción, la que resulta de pretender insertar en el Derecho público la figura par excellence del Derecho privado, el contrato, figura en la cual parece que habrían de desaparecer necesariamente las notas que tradicionalmente vienen marcando al Derecho público, la desigualdad de las partes, la autoridad de la Administración, esencialmente concebida como una *potentior persona*, el poder de mando, la prerrogativa. Refiriéndose a la expresión misma "contrato administrativo", un viejo autor francés notó ya que *pareil adjectif ne saurait accompagner un pareil substantif*,⁽¹⁾ lo que ha reiterado un autor moderno en otros términos al hablar de que hay verdaderamente una *contradictio in adjecto* en la designación contrato de derecho administrativo,⁽²⁾ ya que el contrato "crece sólo sobre

(1) Citado por Otto Mayer, *Zur Lehre vom öffentlich-rechtliche Vertrag*, en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 3 pág. 25.

(2) Giacometti, *Ueber die Grenzziehung zwischen Zivilrechts und Verwaltungsrechtswissenschaften*, Bern, 1924, pág. 17.

el suelo de la igualdad".⁽³⁾ en tanto que la Administración siempre manda unilateralmente.⁽⁴⁾

II. La formación histórica de la institución: la doctrina de los actos de autoridad-actos de gestión y la excepción pragmática de la atribución al fuero contencioso-administrativo; la partición de la materia contractual de la Administración.

Este equívoco lo arrastra el contrato administrativo desde su misma formación histórica institucional. La cuestión arranca de la fundamental distinción actos de autoridad-actos de gestión, que es la primera sistematización del Derecho administrativo a comienzos del siglo XIX, de la que se deduce que así como hay un tipo de actos (actos de autoridad) en que la Administración obra como titular de poder público y, por tanto, como verdadero sujeto de derecho público, sometido por ende a la jurisdicción contencioso-administrativa, así también, y sin embargo, la Administración cumple ordinariamente actos de gestión, con los cuales funciona despojada de su *imperium*, al mismo nivel de los sujetos privados y en igualdad con ellos, quedando en tal supuesto sometida al Derecho y a la jurisdicción ordinarios. Pues bien, el tipo mismo de estos actos de gestión sería justamente el contrato, fuese cual fuese su materia, sin embargo de lo cual y como una simple excepción pragmática determinada por la Ley, por simples razones prácticas de utilidad y no de naturaleza, algunos de estos contratos que la Administración cumple con los súbditos se van a atribuir a la jurisdicción contencioso-administrativa con apartamiento de la ordinaria. En Francia, de donde procede todo este mecanismo, esto data ya de leyes del propio período revolucionario y napoleónico.⁽⁵⁾ En España, esta misma solución procede de las primeras regulaciones de la jurisdicción contencioso-administrativa (Ley de 2 de abril de 1845, sobre los Consejos Provinciales), artículo 8º y su Reglamento de 11 de octubre de 1845; Reglamento del Consejo Real de 30 de diciembre de 1846, artículo 1º: "demandas contenciosas sobre el cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los remates y contratos celebrados por el Gobierno o por las Direcciones generales de los diferentes ramos de la Administración civil", no obstante lo cual tanto la *mens legislatoris* como la doctrina, sin la menor excepción, aceptan que la naturaleza de estos contratos, cuyo conocimiento se atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa, es pu-

(3) O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 2ª ed., München und Berlin, 1917, pág. 262.

(4) O. Mayer, *Zur Lehre*, cit., págs. 3 y sigs.

(5) Vid., en general, Parada Vázquez, *La lucha de las jurisdicciones por la competencia sobre los contratos de la Administración. Sus orígenes en el Derecho francés*, en *Estudios en homenaje a Jordana de Pozas*, I, Madrid, 1961, págs. 165 y sigs., y allí bibliografía.

ramente de Derecho civil, cuyas normas materiales serían únicamente las de aplicación. (6)

Hay que notar que este planteamiento es precisamente el que ha estado presente en nuestro Derecho hasta 1956. En efecto, la anterior Ley de lo Contencioso-administrativo (que databa de 1888, pero remozada en los dos textos refundidos de 1894 y 1952) justificaba la competencia de esta jurisdicción sobre los contratos administrativos en estos términos: "Continuarán, sin embargo, atribuidas a la jurisdicción contencioso-administrativa las cuestiones referentes al cumplimiento, rescisión y efectos de los contratos..." El adversativo "sin embargo" se refiere sin duda al artículo anterior 4º, número 4º, que exceptúa de la jurisdicción "las cuestiones de índole civil" que se caracterizan como "aquellas que emanen de actos en que la Administración haya obrado como persona jurídica", precisión esta que remite justamente a la formulación misma de actos de autoridad-actos de gestión, correspondiente a la actuación de la Administración "como poder" o como "persona jurídica" —se sobreentiende persona jurídica privada pues aún se desconoce la doctrina de la personalidad jurídico-pública—. De este modo, pues, para el legislador los contratos administrativos suscitaban simples "cuestiones de derecho civil" que "sin embargo" se atribuían por puras razones prácticas al fuero administrativo.

Como se habrá notado, los contratos que se atribuían originariamente a la jurisdicción contencioso-administrativa se determinaban en nuestro Derecho por una simple razón subjetiva: "contratos celebrados por el Gobierno o por las Direcciones generales de los diferentes ramos de la Administración civil", según el precepto del Reglamento del Consejo Real, fuese, pues, cual fuese su objeto; no había por ello distinción contratos administrativos-contratos privados de la Administración, no ya en cuanto a su régimen, que esto, como hemos visto, era inconcebible, sino también en cuanto a la distinción de atribución iurisdiccional: todos los contratos celebrados por la Administración eran de competencia de los Tribunales contencioso-administrativos. El acantonamiento de los contratos propios de esta competencia en una especie sólo de los contratos celebrados por la Administración, aquellos cuyo objeto fuese "obras y servicios públicos" se inicia tardíamente con el intento de dar una substantividad a esta expresión, que, con precedentes en el artículo 8º de la Ley de 2 de abril de 1845, sobre los Consejos Provinciales, va a formular sobre todo el Real Decreto de 27 de febrero de 1852, que es el que

(6) Silvela, *Colección de proyectos, dictámenes y leyes orgánicas o Estudios prácticos de Administración*, Madrid, 1839, págs. 218-219; Peláez del Pozo, *Tratado teórico-práctico de materias contencioso-administrativas*, Madrid, 1866, págs. 12-13; Colmeiro, *Derecho administrativo español*, 3ª ed., II, Madrid, 1865, págs. 95 y sigs., etc. Y mi artículo *La configuración del recurso de lesividad*, en *Revista de Administración Pública*, Nº 15, págs. 112 y siguientes. Últimamente, Parada Vázquez, *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Sevilla, 1963.

inicia en nuestro Derecho un régimen especial para la formalización contractual. Parece claro que la expresión no tiene originariamente una intención limitativa, sino que es una simple manera de referir que el contrato se realice "por cuenta de la Administración", como señalaba el artículo 1º del propio Real Decreto. Sin embargo, el carácter paradigmático que hasta muy recientemente ha tenido en nuestro Derecho el Derecho administrativo francés, por una parte, teniendo en cuenta que en este Derecho existía una partición de la materia contractual administrativa entre las dos jurisdicciones; y, en segundo lugar, el criterio de interpretar restrictivamente lo que se proclamaba como una excepción o sustracción de la competencia natural de los Tribunales ordinarios, y más en una época en que la jurisdicción contencioso-administrativa era sumamente imperfecta (sistema de la "justicia retenida", que implicaba que los fallos procedían de la Administración activa, Consejo de Ministros y Gobernadores civiles, siendo los llamados órganos jurisdiccionales meros órganos consultivos cuyas opiniones no eran vinculantes), va a justificar el que también entre nosotros se seleccionen unos contratos de la Administración como propios de los Tribunales contencioso-administrativos de otros que van a permanecer bajo la jurisdicción de los Tribunales ordinarios. Es así como se forja la figura de los contratos administrativos, cuya singularidad es vista en todo caso exclusivamente como una singularidad de régimen jurisdiccional. (7)

III. La substanciación jurídico material de la figura: la doctrina del servicio público.

Es a partir de esa base empírica y en fechas ya absolutamente recientes como va a producirse el intento de substantivación jurídico-material de la figura. En Francia puede decirse que ello es un resultado de la sustitución del criterio estructural actos de autoridad-actos de gestión como criterio central de delimitación del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa por el criterio sustancial del servicio público, sustitución que tiene lugar ya entrado este siglo (contra la afirmación, en otro tiempo ordinaria, de que procedía del famoso *arrêt Blanco* de 1873), concretamente con el *arrêt Terrier* de 1903, que es el que por vez primera formula el principio básico de que "todo lo que concierne a la organización y al funcionamiento de los servicios públicos propiamente dichos *soit que l'Administration agisse par voie de contrat, soit qu'elle procédât par voie d'autorité* constituye una operación administrativa que es, por su naturaleza, del dominio de la jurisdicción administrativa", de donde se deduce una doctrina de los contratos administrativos *par nature*, doctrina que no se perfecciona, no obstante, hasta los *arrêts Thérout* (1910), *Compagnie*

(7) Sobre ello, el citado libro de Parada Vázquez, *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, págs. 93 y sigs., de quien tomo en general los datos del texto.

d'Assurance Le Soleil (1910) y Société de Granits porphyroides des Vosges (1912), y hasta que la famosa escuela realista o de Burdeos (Duguit y Jèze, sus cabezas visibles) pone a punto su teoría del servicio público, que es la que inspira en realidad todo este movimiento jurisprudencial. Todavía para el gran libro de Laferrière, (8) "lorsque l'administration agit pour la gestion des services publics, c'est encore l'autorité judiciaire (ordinaire) que est compétente en principe", pues "los contratos y otras convenciones adoptadas en vista de los servicios públicos son casi todos simples actos de gestión y no actos de poder público". (9) El salto dogmático es, pues, decisivo y tiene lugar, como se ve, en tiempos completamente próximos.

IV. 1. La tipificación de los actos de poder público con elementos contractuales (LAFERRIERE). Las doctrinas alemana, suiza e italiana.

Sin embargo, ya el propio Laferrière (10) hace otra observación dogmáticamente muy significativa: la de la existencia de determinados contratos que "no son actos de gestión, sino verdaderos actos de poder público, a los cuales se añade un elemento contractual". Como tales él incluye los siguientes: las concesiones administrativas (de dominio público o de servicios), las afectaciones de dominio hechas por el Estado en beneficio de un Departamento, Municipio o establecimiento público personificado, los enganches militares de voluntarios en el Ejército y los empleos públicos. Son casi estos mismos ejemplos, precisamente, los que la doctrina alemana calificó primeramente de "actos administrativos de sumisión", (11) explicados como actos administrativos unilaterales que requieren para su eficacia la previa conformidad del destinatario, y también son estos mismos casos a los que tiende todavía a limitarse, en general, por parte de la doctrinas alemana, suiza e italiana actuales la aplicación de la cuestionada figura del contrato de Derecho Administrativo. (12)

(8) Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 2ª ed., I, París, 1896, pág. 587-8.

(9) *Op. cit.*, pág. 595.

(10) *Op. cit.*, págs. 604 y sigs.

(11) *Verwaltungsakten auf Unterwerfung*: Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., pág. 262.

(12) Zwahlen, *Le contrat de Droit administratif*, separata del *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 77, 1958, págs. 161 b y sigs.; Imboden, *Der verwaltungrechtliche Vertrag*, Basel, 1958; agregan a esa lista inicial: empréstitos, adhesión a la expropiación o acuerdo amigable en cuanto al justiprecio, conciertos fiscales, naturalización de extranjeros —aunque este caso sea discutido—, utilización de los servicios públicos, delegación de funciones públicas a particulares y entidades colaboradoras, subvenciones, convenios policiales, consorcios de entes públicos, depósitos obligatorios; para la doctrina alemana actual, Salzwedel, *Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages*,

IV. 2. La jurisprudencia española y el intento de aplicación de la doctrina del acto de autoridad a los contratos administrativos.

En nuestra jurisprudencia, sin embargo, esa nota de la presencia del poder público en los contratos no va a ser limitada a esos casos calificados y excepcionales, sino que va a intentar predicarse de todos los contratos sobre "obras y servicios públicos" cumplidos entre la Administración y los particulares, en virtud de una curiosísima inversión de la teoría de los actos de autoridad-actos de gestión. Ya hemos visto que, según esta doctrina, los contratos constituían —y el propio Laferrière en el texto citado en el apartado anterior lo afirma expresamente— el tipo mismo de los actos de gestión, y que por eso para atribuir su conocimiento a los Tribunales contencioso-administrativos era precisa una determinación legal excepcional. La doctrina del siglo XIX tiene plena conciencia, por ello, de que los contratos administrativos son contratos de Derecho privado, cuyo conocimiento se ha atribuido por razones simplemente prácticas a la jurisdicción administrativa; ya hemos ofrecido referencias en ese sentido. Sin embargo, la continuidad de esa atribución jurisdiccional va a hacer olvidar sus orígenes excepcionales y el Tribunal Supremo va a intentar justificarla como una consecuencia de una pretendida naturaleza de tales contratos como verdaderos actos de autoridad, en los que la Administración contrataría "como poder público" y no "como persona jurídica (privada)"; este último supuesto sería precisamente entonces el de los contratos de Derecho privado de la Administración, cuyo conocimiento corresponde a los Tribunales ordinarios (Sentencias de las Salas de lo Contencioso de 14 de julio de 1903, 30 de octubre de 1909, 1 de febrero de 1915, 9 de diciembre de 1921, 26 de mayo de 1923, 3 de febrero de 1930, 7 de enero de 1931, 3 de julio de 1950, etc.)

Pero es sobre todo la Sala 1ª la que ha patrocinado más decididamente este criterio. Repasemos algunas formulaciones.

Sentencia de 25 de octubre de 1951:

"El Tribunal Supremo, en sus Sentencias de las Salas de lo Civil y de lo Contencioso-administrativo de 19 de diciembre de 1921 y de 3 de julio de 1941 ha fijado como elementos de distinción entre los contratos civiles y los administrativos el carácter con que interviene en ellos la Administración, pues en estos últimos lo hace a modo de poder, imponiendo como tal condiciones que dejan a salvo sus peculiares prerrogativas, o, como dice el auto recurrido, más bien que contratar puede decirse que manda, viendo en el particular un subordinado".

Berlín, 1958; S. Martín-Retortillo, *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, Sevilla, 1960, págs. 105 y sigs.; Bullinger, *Vertrag und Verwaltungsakt*, Stuttgart, 1962. Por la doctrina italiana, Gallo, *I rapporti contrattuali nel Diritto amministrativo*, Padova, 1936; Sandulli, *Manuale di Diritto amministrativo*, Napoli, 1952, págs. 199 y sigs.

* Sentencia de 2 de febrero de 1942:

"En principio, la materia de contratación forma parte del contenido propio del Derecho privado... (correspondiendo) a los Tribunales de lo Contencioso-administrativo en aquellos casos en que la Administración como parte actúa en el ejercicio del *ius imperii*, y por especial prerrogativa marca la norma a seguir".

Sentencia de 10 de noviembre de 1942: califica de civil un contrato concertado por la Administración

"excluyendo toda idea de mando o poder, contratando con los comisionados en un plazo de igualdad".

Sentencia de 28 de diciembre de 1942: Son administrativos los contratos

"cuando la Administración actúa en el ejercicio del *ius imperii*, a diferencia de otros supuestos en los que al contratar se sitúa en el mismo plano que cualquier sujeto de relaciones jurídicas encuadradas en el ámbito propio del Derecho privado". Etc.

D.O.
Este criterio podría haber servido para haber colocado a nuestro Derecho en la línea de los Derechos alemán, suizo e italiano, remitiendo todo el grueso de la contratación de la Administración con los particulares al Derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, pero no ha sido así. Nuestro Derecho, no obstante ese curioso intento de explicación dogmática contradictoria, ha seguido fiel a sus orígenes, importados del Derecho francés, según los cuales los contratos administrativos (se entiende, los sometidos a los Tribunales contencioso-administrativos) son precisamente actos de gestión, y no de imperio, con los particulares, como hemos visto, actos de colaboración y no de sumisión o subordinación de éstos. Por el contrario, con la única excepción de la concesión, cuya naturaleza ha permanecido por eso sumida entre nosotros en una notoria imprecisión (doctrina del acto mixto, contractual y reglamentario, procedente de la doctrina francesa y hoy recogida por el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales de 17 de junio de 1955, artículo 126; naturaleza unilateral del acto y contractual de la relación establecida, etc.),⁽¹³⁾ la totalidad puede decirse, de esos supuestos especiales en que, en efecto, la Administración se presenta supraordenadamente a los particulares o a otras Administraciones, o, en fin, coordinadas con éstas, no son calificados, en general, ni en nuestra jurisprudencia ni en nuestra doctrina, de verdaderos contratos administrativos,⁽¹⁴⁾ calificación

(13) Cfr. Villar Palasi, *Concesiones administrativas*, en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix", tomo IV, págs. 684 y sigs., y en especial 702 y sigs. En todo caso, en el orden técnico, la concesión funciona como un acto unilateral (baste aludir a su impugnación contenciosa).

(14) Una excepción parcial, quizá por seguir muy de cerca la citada obra del suizo Zwahlen, Garrido Falla, *Tratado de Derecho administrativo*, II, Madrid, 1960, páginas 25 y sigs.

esta que se mantiene fundamentalmente para los contratos de colaboración con los particulares, cuyos ejemplos máximos son el contrato de obras públicas y el de suministros (que es, normalmente, en Derecho administrativo, la compra de muebles y no sólo lo que en Derecho civil se designa con este nombre), o, para tomar la frase de un autor belga, contratos en los que la Administración se presenta más como cliente de los empresarios privados,⁽¹⁵⁾ que como un poder sobre los mismos.

Más bien, por ello, en esta jurisprudencia ha de verse un intento embrionario y no del todo logrado, por una parte, de explicar la técnica de las "reglas o cláusulas exorbitantes", por otra, de aludir al criterio del tráfico administrativo en la caracterización del contrato de este nombre, cuestiones las dos que examinaremos seguidamente. ✓

V. 1. La aplicación de la doctrina del servicio público a la institución contractual: el dogma de la cláusula exorbitante y su pervivencia al hundimiento de la escuela del servicio público.

Como ya notamos, la primera caracterización que se encuentra en el Derecho francés de un contrato administrativo *par nature* está ligada a la famosa doctrina del servicio público. Según esta tesis, el Derecho administrativo era un derecho especial, distinto, exorbitante del Derecho común, porque, y en la medida en que, era un derecho propio de los servicios públicos. El desarrollo de los servicios públicos postulaba un régimen jurídico especial, que era precisamente el Derecho administrativo. La aplicación de esta construcción al tema de los contratos administrativos implica, por vez primera, que la solución, que hasta entonces se había valorado en términos puramente empíricos, de unos contratos cuyo conocimiento jurisdiccional se ha atribuido a los Tribunales contencioso-administrativos, será vista como el correlato obligado de un principio de fondo: esos contratos, en la medida en que están vinculados con el funcionamiento de los servicios públicos, no son verdaderos contratos de Derecho civil, sino figuras institucionales pertenecientes al Derecho administrativo. Este fundamental "salto dialéctico" es casi la obra personal del administrativista más relevante de esta Escuela del servicio público, Gastón Jèze:⁽¹⁶⁾ recientemente lo recordaba Vedel, al afirmar de este autor que es "el padre de la teoría de los contratos administrativos, que él ha sacado casi de la nada".⁽¹⁷⁾

(15) Seeldrayers, prólogo a la obra de Flamme, *Les marchés de l'Administration*, Bruxelles, 1955, pág. VII. Cfr. S. Martín-Retortillo, *El Derecho civil*, págs. 124-5.

(16) Jèze, *Les contrats administratifs*, 3 vols., París, 1927-1934, y *Théorie générale des contrats de l'Administration*, tomos IV, V y VI de los *Principes généraux du Droit administratif* — hay edición española de esta última obra, Buenos Aires, Depalma, 1948.

(17) Vedel, *Droit administratif*, II, París, 1959, pág. 589.

La justificación analítica de esa substantividad del contrato administrativo por referencia al contrato civil va a hacerse mediante la localización en el primero de las llamadas "cláusulas exorbitantes del Derecho común", cláusulas que no cabrían en los moldes de los contratos civiles y que imponen por ello una figura institucional distinta. Embarcada en esta dirección, la teoría francesa del contrato administrativo va a resistir el espectacular y definitivo hundimiento de la doctrina del servicio público que le sirvió de base, hundimiento que tiene lugar en esta segunda postguerra por la observación elemental de que cabe perfectamente la gestión privada de servicios públicos (como iba a poner de relieve la experiencia nacionalizadora y de empresas públicas) y también la aplicación de un régimen público a actividades que no son servicios públicos, con lo que se rompe irremediablemente la pretendida equivalencia servicios públicos-Derecho administrativo.⁽¹⁸⁾ A partir de este momento los autores más destacados van a singularizar a los contratos administrativos —sobre la base de la jurisprudencia del Consejo de Estado— según esta doctrina objetivada de la cláusula exorbitante, aunque aún seguirá jugando la referencia al servicio público algún papel —como pondrá de relieve sobre todo el *arrêt Bertin* (1956)—, aunque más bien ya secundario.⁽¹⁹⁾ La misma tesis, por influjo francés, en Bélgica.⁽²⁰⁾ Más adelante hemos de volver sobre la significación de esta doctrina de la cláusula exorbitante.

V. 2 La recepción en España de la doctrina substantivadora.

En España, el desarrollo francés de la doctrina del servicio público vino a dar un inesperado apoyo a la propia expresión legal que se refería a los contratos de la Administración, cuya competencia se atribuía a los Tribunales contencioso-administrativos (art. 5º de la Ley de lo Contencioso de 1888, y de sus textos refundidos de 1894 y 1952) como a aquellos referentes a "obras y servicios públicos". Surgen así las primeras teorizaciones de nuestros contratos administrativos como contratos no civiles en virtud de la misma doctrina del servicio público⁽²¹⁾, en tanto que hasta entonces había do-

- (18) Vid. García de Enterría, *La actividad industrial y mercantil de los Municipios*, en *Revista de Administración Pública*, N° 17, en especial págs. 124-125; Corail, *La crise de la notion juridique de service public*, París, 1954.
- (19) Vid., por todos, Pequignot, *Théorie générale du Contrat administratif*, París, 1945, págs. 129 y sigs., y *Les contrats de l'Administration*, en *Jurisclasseur administratif*, Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, París, 1954, págs. 123 y sigs., Vedel, *Remarques sur la notion de clause exorbitante*, en *Etudes en l'honneur d'A. Mestre*, París, 1956, págs. 527 y sigs.; De Labadère, *Traité des contrats administratifs*, I, París, 1956, págs. 77 y sigs.
- (20) Flamme, *Les marchés*, cit., págs. 19 y sigs.
- (21) Fernández de Velasco, *Los contratos administrativos*, 2ª ed., Madrid, 1945 —1ª ed., 1927—, págs. 42 y sigs.

minado pacíficamente el criterio de su naturaleza civil.⁽²²⁾ La jurisprudencia sigue esa vía y concluye por recoger la doctrina de la cláusula exorbitante, aunque en esta última tesis no insista demasiadas veces. Sentencia de 20 de abril de 1936: es característica de los contratos administrativos la presencia de

"cláusulas exorbitantes o derogatorias del Derecho común que asumen la consideración de una competencia administrativa retenida, tales como las consignadas en las estipulaciones con referencia a un pliego de cláusulas y condiciones generales elaborado por la Administración para las necesidades y atenciones de los servicios públicos, las cuales, por no hallar equivalente en Derecho civil, donde juegan los elementos personales en plano de igualdad, sólo pertenecen al dominio de los poderes estatales que las imponen a virtud de imperio".⁽²³⁾

VI. 1 La insatisfacción de la teoría del contrato administrativo y su correlación rigurosa con las teorías del Derecho administrativo.

Sin embargo, la teoría del contrato administrativo sigue siendo notoriamente insatisfactoria. Un autor francés decía no hace mucho que este tema es "uno de los capítulos más desesperantes del Derecho público".⁽²⁴⁾

¿No estaremos en presencia de un residuo suelto de la doctrina del servicio público, doctrina que ha demostrado su convencionalismo, su rigidez y por ende su insuficiencia, para explicar el régimen jurídico de la Administración?

No parece propio de este estudio intentar apurar hasta tal punto sus supuestos teóricos que tengamos que ofrecer toda una doctrina acabada de la teoría del contrato. Pero ocurre que muchas de las cuestiones concretas planteadas en el régimen particular de los contratos administrativos están en relación directa necesariamente con estas cuestiones de principio, las cuales además han sido también afectadas en forma importante por la nueva redacción del artículo 3º,

- (22) Delgado y Arriaga, *Contratos administrativos*, Madrid, 1889, página XII; A. González, *La materia contencioso-administrativa*, Madrid, 1903, pág. 370; J. M. Caballero Montes, *Lo contencioso-administrativo*, I, Zaragoza, 1902, pág. 144; Abella, *Contratos provinciales y municipales*, 4ª ed., Madrid, 1913, pág. 16; Royo-Villanova, *Elementos de Derecho administrativo*, Valladolid, 1926, pág. 588; Pi y Suñer, *Lo contencioso-administrativo*, Barcelona, 1928, pág. 155; Gascón y Marín, *Tratado de Derecho administrativo*, I, Madrid, 1933, pág. 253.
- (23) Una aceptación de principio de la misma tesis en un viejo trabajo del autor de este estudio: García de Enterría, *Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa*, en *Revista de Administración Pública*, N° 10, págs. 268-9 y 273 (posición rectificadora en un trabajo inédito que cita ya Entrena Cuesta, *Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración*, en *Revista de Administración Pública*, N° 24, págs. 63-64).
- (24) Liet Veaux, en *Revue Administrative*, 1956, pág. 498.

apartado a), de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956, que ha situado en un punto crítico a toda la doctrina recibida, y que plantea inmediatos problemas aplicativos —como la jurisprudencia ha comenzado a ver—.

La gravedad del problema teórico del contrato administrativo es que en él se viene a condensar el problema entero del Derecho administrativo, y en especial las tres cuestiones centrales de la modulación en su ámbito de instituciones procedentes del Derecho civil, de la posición jurídica de la Administración como sujeto y de la aplicación a la misma del Derecho privado. Por eso, puede decirse sin hipérbole que cualquier concepto del Derecho administrativo debe hacer sus armas precisamente con esta institución enigmática del contrato administrativo para justificar su exactitud, e, inversamente, que una verdadera doctrina del contrato administrativo prolonga inmediatamente sus efectos hasta la teoría general del Derecho administrativo. Hemos podido ver esta rigurosa correspondencia entre uno y otro plano a propósito de la teoría de los actos de autoridad y actos de gestión, como también respecto de la doctrina del servicio público, así como no falta tampoco la explicación entera del Derecho administrativo según la tesis de la cláusula exorbitante, forjada en el terreno contractual, como hemos visto. (25)

VI. 2. El prurito de la "autonomía" y de la singularidad radical de las instituciones. La MODULACION de las instituciones generales por la exigencia de desenvolvimiento subjetivo de la Administración como contenido propio del Derecho administrativo.

La primera observación que hay que hacer, una vez sentado lo anterior, es que las instituciones del Derecho administrativo no necesitan tener una singularidad radical respecto de las que son propias del Derecho civil, contra lo que una ingenua tradición de "autonomía" científica ha venido pretendiendo. Un ejemplo verdaderamente significativo de este aserto se ha dado en la institución de la responsabilidad civil de la Administración, tan próxima al problema que ahora nos ocupa, institución para la que casi cien años de teorías incesantes buscaron, con más o menos agudeza, siempre renovada, un fundamento específico, una razón de ser propia que justificase su presencia en el seno del Derecho público. Desde hace muy poco tiempo ha comenzado a verse la falsedad de ese planteamiento, (26) llegándose a la conclusión obvia "de que la razón que justifica una responsabilidad de la Administración no es, ni tendría razón ninguna para serlo, distinta de la que justifica la posibilidad de aplicar la mis-

(25) Así, concretamente, Rivero, *Existe-t-il un critère du Droit administratif?*, *Revue de Droit Public*, 1953, págs. 279 y sigs.

(26) Las obras de Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, París, 1954, y Casetta, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953, pueden señalarse como hitos en este punto.

ma institución a las personas privadas", porque "desde el punto de vista jurídico lo que sería preciso justificar sería la solución contraria, es decir, el principio de una inmunidad de la Administración respecto a la responsabilidad de los daños causados por su actuación". (27) Es claro, en efecto, que "la responsabilidad no es de suyo materia exclusiva de un derecho, sino una doctrina común a todos ellos, y, por tanto, también al Derecho administrativo". (28) Ocurre que, por una tradición histórica, estas doctrinas o principios comunes del Derecho deben ser buscados en el Derecho civil; (29) pero ello no es obstáculo para que su recepción en el Derecho administrativo haga de ellas verdaderas instituciones de éste.

En el Derecho administrativo, como derecho propio de las Administraciones públicas en cuanto sujetos, se modulan las instituciones jurídicas generales conforme a las exigencias de desenvolvimiento propias de tales sujetos particulares. (30) Esta modulación (31) puede ser más o menos amplia. Así, para utilizar un ejemplo análogo al que ahora estudiamos, en el caso de la responsabilidad civil, "si es cierto que uno de los elementos de la teoría de la responsabilidad, que es, además, el radical, el de la lesión patrimonial, es idéntico e indiscernible en el Derecho administrativo y en el civil, no lo es menos que el segundo elemento, el de la imputación por culpa y la imputación por riesgo (y en menor medida todos los tipos de imputación imaginables) parte de una valoración de la actividad administrativa pública que es evidente que no puede realizarse más que por los criterios propios del Derecho administrativo, así como verificarse por una jurisdicción especializada". (32) El caso del contrato es, sin duda, uno de estos, y entonces el problema no se plantea en términos de singularidad, substantividad o exorbitancia del contrato administrativo respecto del contrato civil, como viene pretendiéndose, sino, mucho menos dramáticamente, más sencillamente, inquiriendo cuáles son esas modulaciones o variantes que introduce la presencia subjetiva de la

(27) García de Enterría, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación forzosa*, Madrid, 1956, págs. 167 y 159, y antes en "Anuario de Derecho civil", 1955, págs. 1.119 y siguientes.

(28) *Ibidem*, pág. 227.

(29) S. Martín-Retortillo, *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, cit., págs. 17 y sigs., ampliamente y con la observación certera sobre la necesidad de no identificar esas doctrinas jurídicas generales con el modo en que son reguladas en el Derecho civil positivo, debiendo recurrirse a lo que llama, en término germánico, el *Oberbegriff* o supraconcepto de las instituciones, págs. 63 y sigs.

(30) García de Enterría, *Verso un concetto di Diritto amministrativo come diritto statutario*, *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, 1960, pág. 334.

(31) Fleiner, *Ueber die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht*, Tübingen, 1906; S. Martín-Retortillo, *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, cit.

(32) García de Enterría, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación forzosa*, citada, pág. 227.

Administración en la eterna, permanente, abstracta institución contractual.

VI. 3. *La modulación de la institución contractual es común a todos los contratos de la Administración, y también en una u otra extensión, a todos los sistemas positivos.*

Desde este planteamiento, más modesto, es posible por de pronto tipificar una modulación general que la Administración introduce siempre en toda clase de contratos, sean de los llamados administrativos (por su pertenencia a la jurisdicción contencioso-administrativa), sean de los civiles estrictamente tales (por cuanto de sus incidencias conocen los Tribunales ordinarios). Estas dos especies de contratos cumplidos por la Administración se unifican en su régimen, contra lo que pretendía la teoría divisionista estricta, en aspectos que cada vez los juristas valoran más ampliamente. Así, por ejemplo, Lamarque, en un libro reciente importante, ⁽³³⁾ ha notado “el valor relativo de esta distinción”, por cuanto que no sólo “la formación de los contratos de derecho privado (de la Administración) es en todos los puntos semejante a la de los contratos administrativos” (habilitación previa y aprobación del contrato, modos de conclusión —subasta, etc.— y sus aplicaciones, particularismo de la elaboración de las cláusulas contractuales, formación interna de la voluntad administrativa), sino que también son idénticas las reglas sobre capacidad de las partes, vicios del consentimiento, nulidades, ejecución, extinción, responsabilidad contractual, etc., etc., e incluso más, frente a la ingenua doctrina de la “cláusula exorbitante”, resulta que “en la ejecución de sus contratos de Derecho privado la Administración dispone de las mismas prerrogativas fundamentales que en los contratos administrativos: inmunidad respecto a las vías ejecutivas ordinarias, privilegio de la decisión previa, prescripción cuatrienal”, y hasta “cabe que se reserve potestativamente poderes de modificación unilateral de rescisión del contrato”. Con ello resulta que “la diferencia entre los contratos administrativos y los contratos de derecho privado de la Administración es ciertamente mucho menos grande que la que existe entre estos últimos y los contratos particulares” o *inter-privatos*. ⁽³⁴⁾

Como veremos, algunos de estos aspectos generales a todos los contratos de la Administración han sido objeto en nuestro Derecho precisamente de una regulación uniforme en el Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales de 9 de enero de 1953, y de esa uniformidad parte también el artículo 3º de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956.

La modulación institucional del contrato cuando este instrumento jurídico es utilizado por la Administración no se reduce, pues,

(33) Lamarque, *Recherches sur l'application du Droit privé aux services publics administratifs*, Paris, 1960, especialmente págs. 502 y sigs.

(34) *Ibidem*, pág. 505.

a los *stricto sensu* llamados contratos administrativos. Esa difícil demostración efectuada sobre los Derechos francés y español (que son entre todos, junto con el belga, los que más puramente admiten la teoría del contrato administrativo) puede luego prolongarse a la totalidad de los sistemas positivos, incluso a aquellos que suelen afirmar la inexistencia de toda teoría administrativa del contrato y la naturaleza estrictamente civil de los que concierne la Administración (con la excepción de los llamados “de Derecho público”, a que nos hemos referido más atrás, apartado IV, 1), sin duda porque en ninguno de ellos se ha atribuido su conocimiento a otros Tribunales que los ordinarios y no se ha visto por ello la necesidad *ex post* de buscar una justificación material a la atribución jurisdiccional especial. Así en Italia, donde no obstante esta afirmación de principio sobre la naturaleza civil de los contratos de la Administración, los administrativistas —precisamente— han de efectuar un estudio del régimen especial que la contratación pública impone, ⁽³⁵⁾ Alemania, ⁽³⁶⁾ e incluso, y esto puede señalarse como mucho más sorprendente, en los países del *common law*, que aún no han concluido, puede decirse, por aceptar la misma especialidad de un *Administrative Law* material. ⁽³⁷⁾ Puede decirse sin mayores precisiones que en todos los países esa modalización de la figura del contrato, cuando en él interviene la Administración, responde a criterios iguales y suele concretarse en consecuencias específicas que no suelen diferir mucho entre sí, no obstante el énfasis que resulta de la dogmáticamente afirmada diferencia de sistemas.

VI. 4 *La especificación entre los contratos de la Administración de unos contratos administrativos stricto sensu es una medida empírica determinada por un criterio estimativo de intensidad de la MODULACION; su encuadramiento en el Derecho administrativo y en el Derecho civil.*

Desde esta perspectiva es fácil concluir que la especificación dentro de los contratos de la Administración de un grupo de

(35) Por ejemplo, C. Cammeo, *J contratti della pubblica Amministrazione. Capacità e legittimazione a contrattare*, 1954; Vitta, *Diritto amministrativo*, 4ª ed., II, Torino, 1955, págs. 340 y sigs.; Zanobini, *Corso di Diritto amministrativo*, 5ª ed., IV, Milano, 1958, págs. 465 y sigs.; Roerhsen di Cammerata, *J contratti della Pubblica Amministrazione*, Bologna, 1961; Sepe, *Contratti della Pubblica Amministrazione*, en *Enciclopedia del Diritto*, 1961; Franchini, *Pubblico e privato nei contratti della pubblica Amministrazione*, en *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, 1962, págs. 35 y sigs.

(36) Bullinger, *Vertrag*, cit., págs. 90 y sigs.; el contrato en la Administración no soberana; Forsthoff, *Der Staat als Auftraggeber*, Stuttgart, 1963.

(37) Mitchell, *The contracts of public Authorities. A comparative study*, London, 1954 —con un amplio capítulo sobre Estados Unidos—; James, *The protection of the public interests in public contracts*, Chicago, 1946, y el citado libro de Bullinger, todos con más bibliografía.

ellos a los que calificar de administrativos *stricto sensu*, es una medida puramente empírica, marcada por el criterio, que personalmente me parece acertado, de que allí cuando esa modulación del contrato alcanza una cierta intensidad es más conveniente que su análisis se atribuya a los Tribunales especializados en Derecho administrativo que a los Tribunales ordinarios, porque su enjuiciamiento necesariamente requiere el conocimiento del régimen de la Administración, y ello especialmente cuando esa intensidad de modulación alcanza a que la Administración introduzca en el funcionamiento del contrato su fundamental y básica prerrogativa de decisión previa, unilateral y ejecutoria, que desplaza la carga de accionar al contratista privado (prerrogativa que, en todo caso, no está del todo necesariamente ausente de los demás contratos concertados por la Administración). Pero decimos que es empírico porque podía perfectamente haberse atribuido la jurisdicción sobre esos contratos a la jurisdicción ordinaria (como ha ocurrido en los países que conocemos, o como pasaba antes en Derecho español para la responsabilidad civil de la Administración, o como sigue pasando también entre nosotros a propósito del dominio público, institución cuyo carácter de Derecho administrativo no es cuestionada) o incluir en la competencia de los Tribunales contencioso-administrativos a todos los contratos de la Administración y no sólo a un sector de ellos (como ocurrió en los orígenes de nuestro contencioso y propugna hoy Parada, ⁽³⁸⁾ o, en fin, trazarse la línea particional entre una y otra jurisdicción de otra manera que la establecida, y, última razón, porque en todo caso el criterio mismo de participación es, y no puede dejar de ser, como veremos, aproximativo y no riguroso y exacto.

Lo que hay que notar a continuación es que no tiene demasiado sentido pretender inquirir luego en términos absolutos si los contratos administrativos son instituciones de Derecho administrativo o de Derecho civil. El contrato como tal es una institución general a todo el Derecho, aunque sea en el Derecho civil donde, sin duda, ha encontrado una aplicación y regulación más depurada, y por eso sólo es también una institución de Derecho administrativo. En éste sin embargo, no tendría singularidad si fuese pura y simplemente una repetición de la institución civil. No ocurriendo esto en los contratos de la Administración, existiendo en este caso una modulación, como venimos diciendo, de la figura, ocurre que esta modulación, en cuanto que alcanza una cierta "unidad de sentido" y no es una pura particularidad o excepción casuística respecto del régimen general, ha dado lugar, por más, a que exista una teoría iusadministrativa del contrato, por lo mismo que el Derecho administrativo es el derecho propio de las Administraciones públicas en cuanto sujetos. ⁽³⁹⁾ Ahora bien, esto no puede querer significar que el contrato objeto del Derecho administrativo sea algo radicalmente irreductible al cuadro contractual tradicional del Derecho civil, y que, por con-

(38) Parada, *La lucha de las jurisdicciones*, cit., págs. 165 y sigs.

(39) García de Enterría, *Verso*, págs. 331 y sigs. y *passim*.

siguiente, tenga que tratarse de una institución totalmente singular o independiente; más bien lo correcto es afirmar que la misma doctrina general del contrato, que no es tampoco la que resulta de todas las particularidades que sobre el mismo puedan encontrarse en un Código civil positivo, sino algo propio del Derecho sin especificaciones, digo civil positivo, sino algo propio del Derecho sin especificaciones, ⁽⁴⁰⁾ esa doctrina general se especifica o modula (para continuar con este término: *Fleiner* utiliza en su citado y excelente trabajo el término *Umbildung* o transformación) de una manera peculiar en el Derecho administrativo. Si tuviéramos que ofrecer una representación gráfica expresiva de la relación entre las dos figuras, habría de ser, no la de dos islas separadas y cada una suficiente sobre sí misma (imagen que nunca cuadra a la pretendida autonomía de las distintas ramas del Derecho), sino la de dos montañas de una misma cordillera, cuya base es, y no puede dejar de ser, absolutamente común e indiferenciada, teniendo, por otra parte, que reconocer llanamente, como es, por lo demás, tan obvio, y sería simplemente infantil intentar negar, que esa base común es precisamente la ofrecida por la multiseccular y refinada elaboración técnica del Derecho civil. ⁽⁴¹⁾

VII. *El sentido de la MODULACION administrativa de la institución contractual :peculiaridades funcionales de la Administración como organización y "giro o tráfico" administrativo; "obras y servicios públicos" como "giro o tráfico" de la Administración y su sentido preciso.*

Queda, para concluir esta rápida caracterización general, por precisar, siquiera sea someramente, cuál es el sentido y el alcance de esa modulación que la presencia de la Administración impone en sus contratos. Tal modulación es el resultado de una doble exigencia: las peculiaridades funcionales de la Administración como organización colectiva característica y su "giro o tráfico" peculiar y propio.

Lo primero explica casi todas las reglas peculiares de formación del contrato, reglas que por ende son extensivas a la totalidad de los contratos en que la Administración interviene y no sólo a los estrictamente llamados administrativos (reglas de competencia, de procedimiento, de habilitación previa —por ejemplo, para transigir, para enajenar—, de formación interna de la voluntad administrativa, de existencia de créditos en los Presupuestos generales, de fiscalización de

(40) De nuevo remitimos al excelente estudio de S. Martín-Retortillo, *El Derecho civil*, cuya segunda parte hace precisamente una aplicación al tema del contrato, aunque limitado sólo a un aspecto concreto del mismo, la igualdad entre las partes, y no a su unidad.

(41) *Fleiner* utiliza, por cierto, reiteradamente la expresión *über den Boden des Privatrechtes*, esto es, literalmente, sobre el suelo del Derecho privado; págs. 10, 11, 13, etc.

la operación financiera, de elección del contratista privado —subasta, concurso, etc.—, de formalización del contrato, incluso muchas de las tradicionalmente tenidas por exorbitantes, como vimos más atrás que observaba *Lamarque*, cuyas conclusiones son en general también extensibles a nuestro Derecho). Lo segundo, el que determinadas exigencias derivadas del “giro o tráfico” propio y peculiar de la Administración determinen una modulación específica de los contratos en que ésta interviene, es justamente lo propio de los llamados *stricto sensu* contratos administrativos, y se manifiesta sobre todo en las reglas de ejecución, cumplimiento y extinción de los contratos. Aquí está especialmente el campo de las llamadas en Francia “cláusulas exorbitantes”. Conviene separar el estudio de este supuesto.

Lo primero que hay que determinar es qué es lo que entendemos por “giro o tráfico” propio de la Administración. Adoptamos convencionalmente una expresiva fórmula procedente del Derecho mercantil para significar el ámbito de actuación que la Administración tiene como propio de sus funciones peculiares, ámbito al que se refiere sin duda la expresión usual en nuestro Derecho desde 1852 para designar la esfera de contratación correspondiente, la expresión de “obras y servicios públicos”.⁽⁴²⁾ Este concepto, y sobre todo el de “servicios públicos”, no se refiere a algo concreto materialmente precisable, y mucho menos a una idea técnica de “servicio público” entendido en el sentido de prestación administrativa o en cualquier otro de los intentados, más bien infructuosamente, por la famosa doctrina francesa del servicio público (por ejemplo, el Tribunal Supremo ha calificado, a estos efectos de calificación contractual, de servicios públicos el alquiler de vehículos privados por la Corporación municipal —auto de 11 de febrero de 1942—, el almacenaje de material del Estado en ferrocarriles privados —Sentencia de 16 de abril de 1926—, la adquisición de alimentos para una casa de beneficencia —auto de 13 de octubre de 1903, Sentencia de 6 de junio de 1917—, etc.) Lo que pretende decir por “servicio público” tanto la Ley como la jurisprudencia que la ha aplicado, es la actuación propia de la Administración, singularizable en la misma como organización y sujeto singular, el cumplimiento de sus funciones y responsabilidades características, o mejor quizás, negativamente, todo lo que hace cuando no se pone en el papel funcional de un simple particular, prácticamente todo lo que hace que no sea la gestión de su dominio privado o patrimonial, o la gestión mercantil.

Aquí recuperamos el sentido exacto, a mi juicio, de aquella jurisprudencia que citamos más atrás en el apartado IV, 2, que, invirtiendo el planteamiento inicial de la doctrina de los actos de autoridad y los actos de gestión, pretendía singularizar los contratos administrativos como aquellos en que la Administración obra “como poder”.

Para la jurisprudencia, esto no alude ni a la doctrina de la prerrogativa o de la cláusula exorbitante, ni mucho menos a la pre-

(42) Así ya en *Verso un concetto di Diritto amministrativo*, cit., pág. 337.

sencia singular de una competencia imperativa de sumisión bajo la cual se fija el nivel concreto de ésta por el particular contratante —que es a lo que se llama en Alemania, Suiza e Italia, contrato de Derecho administrativo, como sabemos—, sino, con toda claridad, al hecho simple de que la Administración obre en cuanto tal, en cuanto ente público, y no al modo de los sujetos privados (término éste que es precisamente el alternativo: como poder, o como persona jurídica privada), fijándose para ello en la función específica realizada y no en la posición estructural que adopta. Ello es inequívoco, por ejemplo, en declaraciones como ésta de la Sala 1ª en su Sentencia de 2 de enero de 1922:

“Según lo dispuesto en la Ley reformadora sobre el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa, el conocimiento de lo referente a los asuntos públicos concertados con los Ayuntamientos, no como personas jurídicas, sino como *entidades administrativas*, corresponde a los Tribunales contenciosos... La reclamación de haberes devengados por el actor ...es materia de carácter administrativo y su discusión ajena a derechos o deberes de orden civil”.

Es explícito el criterio, como se ve, que contrapone casi literalmente un tráfico civil y otro administrativo. Otra Sentencia, la de 20 de diciembre de 1928, subraya el criterio:

“Que los Ayuntamientos ...pueden realizar actos ya como personas jurídicas, a tenor de los artículos 35 y 37 del Código civil, o ya como *entidades administrativas* para representar y administrar los derechos comunales del pueblo, y en el primer concepto están sometidas cuando contratan a todas las condiciones que regulan la materia conforme al Derecho civil”.

En la Sentencia de 20 de febrero de 1936 se precisa que en los contratos celebrados por la Administración “como persona jurídica” (este tecnicismo, hoy totalmente superado, remite siempre al módulo de la persona jurídica privada)

“La Administración no administra, propiamente hablando; por el contrario, los segundos (contratos que tienen por objeto la realización de una obra o servicio público) tienden a satisfacer necesidades públicas que sólo la Administración está llamada a remediar ... afecta a la cuestión directamente pública”. Etc., etc.

En general hay que decir que las exigencias especiales de este “giro o tráfico” administrativo, justamente por el sentido dinámico de este concepto, se manifiesta normalmente sólo en los contratos de tracto sucesivo o cumplimiento prolongado. En general, los contratos de tracto instantáneo (ventas, transacciones, permutas) no presentan nunca por eso carácter administrativo, según ha precisado la jurisprudencia analíticamente (la venta de muebles, llamada suministro en la práctica administrativa, sólo en cuanto requiera plazos de entrega para cumplir condiciones especiales).

VIII. *La MODULACION determinada por el "giro o tráfico" propio de la Administración.*

Pues bien, en estos supuestos de referirse el contrato al "giro o tráfico" propio de la Administración, la modulación contractual que se produce es de distinto alcance. Precisaremos, sin intención agotadora, los criterios ordinarios de esta modulación:

VIII. 1. *La tipicidad de fórmulas contractuales por su reiteración en masa; los pliegos de condiciones; la inexistencia de contratos administrativos en los tipos contractuales cerrados de derecho necesario.*

La primera no tiene la menor referencia al tema de la exorbitancia contractual civil: es, simplemente, el hecho de la tipicidad de una serie de contratos por su reiteración en masa en el tráfico administrativo, tipicidad que se expresa en "pliegos de condiciones", constantemente repetidos y aplicados. La mayor parte de las cláusulas de estos pliegos no exceden ni mucho menos del marco institucional del contrato civil, pero son peculiares del tráfico administrativo y responden a sus exigencias características; por ejemplo, la regulación del contrato de obras públicas que se contiene en el pliego de condiciones generales aprobado por el Decreto de 13 de marzo de 1903, cuya minuciosidad contrasta con los pocos e imprecisos artículos que el Código civil dedica al contrato de obra a tanto alzado. Hasta tal punto este pliego puede caber prácticamente entero (con la salvedad del privilegio de la decisión previa y ejecutoria, en su aplicación general, a que aludiremos luego) en el cuadro del contrato civil por vía dispositiva de las partes, que es perfectamente frecuente que personas privadas (compañías de ferrocarriles, empresas hidroeléctricas, empresas mineras, urbanizadoras, inmobiliarias, etcétera) para la construcción de grandes obras civiles impongan en sus contratos a las Compañías constructoras el pliego estatal de 1903, y el autor de este estudio tiene de ello experiencia directa. Aquí, pues, más que de verdadera especialidad de fondo respecto de los contratos civiles análogos, hay que hablar de una tipicidad de fórmulas administrativas contractuales que viene impuesta por las peculiaridades de las funciones administrativas o por su simple reiteración o producción en masa, tipicidad desconocida, ordinariamente, en el tráfico civil, pero no contradictorio con él.

Esta clase de reglas constituyen, a mi juicio, la mayor parte de las propias de los contratos administrativos. Es de notar que justamente aquellos contratos dotados en el Derecho civil de una regulación completa de derecho necesario que apenas deja margen a la libertad dispositiva (por ejemplo, arrendamientos urbanos, hipoteca, sociedad mercantil) no llegan a ser nunca contratos administrativos, aunque se refieran "directa e inmediatamente" (que es una de las fórmulas de la jurisprudencia para tipificar a tales contratos) a un ser-

vicio público, lo cual demuestra, a mi juicio, que la Administración suele operar, sobre todo, con el ámbito de libertad dispositiva que permite el contrato civil, como denota además la técnica de los "pliegos de condiciones" contractuales que, como veremos, suple en el contrato administrativo casi absolutamente la ausencia de un Derecho objetivo que enuncie con carácter general reglas de fondo sobre tales contratos.

VIII. 2. *Las derogaciones de las normas contractuales comunes en sentido favorable al contratista privado y su justificación en la ventaja de la rebaja de las cifras de la oferta.*

En ocasiones las derogaciones a las normas contractuales comunes se producen precisamente en sentido favorable al contratista privado que se ve atribuidos derechos más amplios que los que le reconocería el Derecho civil estricto; así, por ejemplo, y contra el criterio tradicional contrario, según creo haber demostrado, las reglas sobre riesgo y ventura y fuerza mayor,⁽⁴³⁾ o las reglas sobre revisión o modificación de precios o tarifas por alzas en el mercado (Ley de 17 de julio de 1945, Decreto-Ley de 18 de enero de 1957, artículo 57, 1, e), del Reglamento de Contratación local de 1953, Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955, artículo 115, párrafo 3, que declara nulas nada menos las cláusulas concesionales de irrevisibilidad de tarifas), la limitación objetiva de la responsabilidad contractual al importe de la fianza en su función de cláusula penal (sin comprender, pues, todos los perjuicios derivados, contra el artículo 1.101 del Código Civil), la reducción de los plazos civiles de garantía y responsabilidad del constructor, etc., etc. Ordinariamente, estas ventajas al contratista vienen determinadas, no por un inesperado y seguramente inoportuno espíritu paternalista en la Administración, sino porque ésta obtiene de ello a su vez un beneficio al implicar una rebaja general en las cifras de oferta que logra en el mercado contractual como consecuencia de la contratación en masa.

VIII. 3. *La especificidad de la noción de "orden público" como límite de la licitud de los pactos dispositivos.*

En tercer lugar, y como ha dicho certeramente Georges Vedel,⁽⁴⁴⁾ ocurre que la noción de "orden público", como límite de la licitud de los pactos dispositivos (art. 1.255 de nuestro Código civil), es diferente en materia de contratos administrativos de la que rige en las convenciones privadas; aunque Vedel inserta aquí todas

(43) García de Enterría, *Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo*, en *Revista de Administración Pública*, N° 2, 1950, págs. 83 y sigs.

(44) Vedel, *Remarques sur la notion de clause exorbitante*, cit., pág. 549.

las famosas cláusulas exorbitantes por expresar prerrogativas de poder público, antes de llegar a ellas puede notarse que una serie de fórmulas que son vistas con desconfianza en la contratación civil, comenzando por el mismo carácter de contrato de adhesión que tiene ordinariamente el contrato administrativo, en que la Administración de ordinario preconstituye íntegramente todo el contenido contractual, estas fórmulas no tienen en su contra prejuicio alguno cuando se utilizan en la contratación pública, por no poder razonablemente sospecharse el intento de que la Administración las utilice con una finalidad abusiva o de puro interés patrimonial; por eso la cláusula oscura de los pliegos no tiene por qué interpretarse necesariamente en contra de la Administración como autora de éstos (contra, art. 1.288 del Código), y, en fin, determinadas técnicas que consagran una desigualdad de posición formal entre las partes, y a las que aludiremos inmediatamente, no se estiman que exceden del ámbito de lo lícito.

VIII. 4. Las famosas prerrogativas del poder público o cláusulas exorbitantes:

Finalmente, están las famosas prerrogativas de poder público, las cláusulas exorbitantes estrictamente tales, las que, según pretende la doctrina francesa, harían normalmente ilícito un contrato civil si se llegasen a insertar en él. Hay que decir, por de pronto, que estas cláusulas en este sentido estricto de imposibles en el contrato civil, son mucho menos habituales de lo que ha pretendido la doctrina substantivadora del contrato administrativo. En el estudio analítico de Vedel⁽⁴⁵⁾ se afirma que la gran mayoría de las llamadas cláusulas exorbitantes "está constituida por estipulaciones que no resultarían afectadas por ninguna imposibilidad, por ninguna ilicitud en el contrato privado, sino que son sólo en éste desacostumbradas y por ello poco verosímiles", tesis que ha confirmado De Laubadère⁽⁴⁶⁾ y últimamente ya la generalidad de la doctrina.⁽⁴⁷⁾ Con esto se están refiriendo a que lo normal son las cláusulas que hemos identificado en los tres párrafos anteriores. ¿Cuáles son, sin embargo, estas cláusulas exorbitantes extremas que sólo podrían darse en el Derecho administrativo contractual? Hay sobre esto también un gran equívoco, y conviene por eso acercarse al tema con una cuidadosa atención.

(45) Vedel, *ob. cit.*, págs. 545 y sigs.

(46) De Laubadère, *Traité des contrats*, cit., I, págs. 99 y sigs.: Las cláusulas exorbitantes "aparecen lo más a menudo como cláusulas inhabituales en los contratos privados más que como cláusulas no susceptibles de ser insertadas en éstos bajo pena de ilicitud".

(47) Por todos, y como obra más reciente, Auby y Drago, *Traité de contentieux administratif*, París, 1962, I, pág. 375.

VIII. 4.a. el privilegio de la decisión ejecutoria: alcance, carácter extracontractual, justificación, limitación al plano del ejercicio de los derechos e intangibilidad de las reglas de fondo (salvo plazos prescriptorios).

La prerrogativa de poder público por excelencia con que la Administración cuenta en sus contratos administrativos es, sin duda ninguna, el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria, previa al conocimiento judicial, que impone al contratista el deber de su cumplimiento inmediato con la carga de impugnación contencioso-administrativa si está disconforme con su legalidad; es aquí donde precisamente se inserta la técnica contencioso-administrativa sobre el contrato administrativo. En virtud de este formidable privilegio, la Administración puede decidir ejecutoriamente sobre: la perfección del contrato y su validez, la interpretación del contrato, la realización de las prestaciones debidas por el contratista (modo, tiempo, forma), la calificación de situaciones de incumplimiento, la imposición de sanciones contractuales en ese caso, la efectividad de éstas, la prórroga del contrato, la concurrencia de motivos objetivos de extinción del contrato (rescisión, en la terminología administrativa), la recepción y aceptación de las prestaciones contractuales, las eventuales responsabilidades del contratista durante el plazo de garantía, la liquidación del contrato, la apropiación o la devolución final de la fianza.

Inversamente, el contratista no sólo está vinculado por esas decisiones a reserva de recursos *ex post* contra las mismas (recursos a interponer por las vías propias del Derecho administrativo, con plazos extraordinariamente fugaces y perentorios, cuyo mero transcurso convalida cualquier ilegalidad que pueda afectar a tales decisiones, con la excepción de los supuestos tasadísimos y excepcionales en que el Derecho administrativo acepta las nulidades de pleno derecho), sino que cuando pretenda que se produzca cualquiera de esos efectos, incluso cuando se trate de un incumplimiento de la Administración, tiene la carga de solicitar de ésta la resolución pertinente.

Ahora bien, este formidable poder no resulta propiamente del contrato mismo, sino de la posición jurídica general de la Administración, de modo que es en sí mismo extracontractual.⁽⁴⁸⁾ Históricamente parece claro que la inserción de estos poderes en los contratos administrativos ha sido la consecuencia, y no la causa, aunque ello pueda hoy resultar paradójico, de la atribución jurisdiccional de estos contratos a la vía contencioso-administrativa.⁽⁴⁹⁾ Hoy, sin embargo, la verdadera razón de fondo que justifica esta prerrogativa está en la relación inmediata del contrato con las necesidades públicas o, si se prefiere, aunque en el sentido inespecífico que hemos precisado,

(48) Vedel, *Remarques*, pág. 548.

(49) García de Enterría, *La configuración del recurso de lesividad*, cit., págs. 122-3 y Parada, *Los orígenes del contrato administrativo*, págs. 157 y sigs.

con los "servicios públicos", cuya responsabilidad de gestión tiene atribuida la Administración, y cuyo gobierno, por consiguiente, debe ésta de atender con todas sus facultades específicas, sobre todo en evitación de retrasos que serían ineludibles si la Administración tuviese ella misma que demandar ejecutorias judiciales o si su actuación pudiese ser paralizada por el simple expediente de un proceso. De nuevo también es el tráfico en masa el que *a fortiori* da más relieve a estas razones y justifica con ello en último extremo esta técnica.

Ahora bien, debe observarse que aunque se trata de un formidable poder, el mismo se refiere íntegramente al plano de *ejercicio de los derechos*, no propiamente al de fondo de los mismos. (50) Quiere decirse que la Administración cuenta con un medio formal determinado de ejercitar sus derechos en el contrato que realmente excede de las facultades propias de los sujetos privados, el medio de la decisión ejecutoria, y que paralelamente el contratista particular se ve privado de otros medios para el ejercicio de sus propios derechos: la reconocería el Derecho civil (el utilizar su condición de poseedor para desplazar a la otra parte la carga de accionar, el acudir directamente al Juez en cualquier momento, el no tener que someter sus pretensiones a una verificación previa del otro contratante, el carecer de la carga de impugnar, bajo sanción de firmeza definitiva e irrecorrible, las decisiones de este otro contratante); pero, por importante que ello pueda ser, y lo es, sin duda, *deja absolutamente intactas las reglas de fondo que definen los contenidos obligacionales del contrato*. Si la Administración decidiese en contra de tales reglas de fondo (por ejemplo, si acuerda calificar de incumplimiento lo que no lo es, o pretende que se han producido situaciones de rescisión que no están legalmente justificadas, o se apropia de la fianza sin razón obligacional que lo justifique, etc.), sus decisiones serán anuladas por los Tribunales contencioso-administrativos, puesto que esas decisiones sólo tienen un valor previo e inmediato (ejecutoriedad), pero no un valor definitivo (firmeza), que sólo la sentencia contencioso-administrativa podrá declarar. Se trata, por ello, de una simple introducción del contrato en la mecánica general del proceder formal de la Administración, pero sin afectar a las reglas de fondo propias de dicho contrato (derivativamente resultan, sin embargo, inmediatamente disminuidos los plazos civiles de prescripción de derechos, como consecuencia del cambio de reglas sobre el ejercicio de los mismos; es, quizá, la única regla de fondo realmente afectada con este privilegio exorbitante. (51)

(50) Cfr. Hauriou, *Précis de Droit administratif*, 12ª ed., París, 1933, págs. 20, 32 y sigs. y 331 y sigs. También Parada, *Los orígenes del contrato administrativo*, pág. 182.

(51) Lo nota también Parada, *Los orígenes del contrato administrativo*, pág. 178 y siguientes.

VIII. 4.b. El *ius variandi* o *factum principis*; la justificación parcial civilista; su explicación como incidencia en el plano del contrato de potestades y extracontractuales; la expropiatoria y la normativa; su relevancia idéntica en la contratación pública y privada.

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Más discutible es la que viene ordinariamente enunciándose como la regla exorbitante por excelencia en la contratación administrativa, la que expresa el famoso *ius variandi*, "hecho del Principes" o *factum principis*, que permitiría a la Administración modificar unilateralmente el contrato. (52) Conviene notar, sin embargo, y primero, que esa facultad, a través de un derecho de desistimiento unilateral, está genéricamente reconocida en favor del *dominus operis* en el régimen común del contrato de obra (art. 1.594), contrato cuyas reglas, como es sabido, son también extensibles al contrato de empresa, siendo lo común que la Administración utilice este *ius variandi* en contratos precisamente de esta naturaleza (contratos de obras públicas, concesiones de explotación de servicios públicos). Otras veces una facultad de este carácter podría válidamente incluirse como un pacto contractual civil, siempre que no incurriese en la prohibición del artículo 1.256 del Código civil, ni rompiese la equivalencia de prestaciones —como no la rompe en el contrato administrativo al ir acompañada de un derecho de indemnización del contratista afectado—. En fin, Parada (53) ha observado que también puede llegarse al mismo resultado en el contrato civil a través de la posibilidad de incumplir que tiene todo contratista unida a la incoercibilidad del cumplimiento específico en las obligaciones de hacer y a la sustitución de este cumplimiento por una indemnización de perjuicios; pero quizá esta tesis, que acierta a poner de relieve los fundamentos materiales de la operación, y cómo su esencia no es "anticontinental", cabiendo perfectamente dentro de los moldes clásicos del contrato, frente a la tesis de la exorbitancia, se encuentra con el obstáculo formal de que, según ella, el acto de modificación sería un acto ilegítimo, y que, por tanto, al ser de la Administración, podría anularse en vía contenciosa, lo que no es exacto.

Pero, en todo caso, y sobre todo, es fundamental observar que este poder administrativo de alterar los contratos, cuando no cabe por sí mismo, como en los dos casos que acaban de indicarse, como un poder contractual estricto, aparece con toda claridad como la manifestación o incidencia en el cuadro del contrato, o bien del genérico poder de sacrificio de situaciones patrimoniales de que la Administración es titular, de la potestad expropiatoria, aunque ésta pueda presentarse aquí y liquidarse al margen del procedimiento expropiatorio ordinario por cuanto que éste es aplicable sólo a las situaciones lla-

(52) Además de las obras generales que se vienen citando, vid. específicamente Badaqui, *Le fait du Prince dans les contrats administratifs*, París, 1955.

(53) Parada, *Los orígenes del contrato administrativo*, págs. 216 y sigs.

madas de supremacía general, lo que no es el caso del contrato, (54) o bien como expresión del poder reglamentario y su posibilidad de introducir alteraciones en las situaciones jurídicas existentes por vía normativa (aludo al caso de nuevas ordenaciones reglamentarias de los servicios públicos que afectan a los contratos en curso en relación con ellos). Entonces resulta claro que tampoco queda rota, por paradójico que ello pueda parecer, la economía institucional propia del contrato, aun acudiendo para explicarla a su concreción estricta en el contrato civil, porque lo que ocurre es que esa economía institucional se ve alterada por la incidencia de una institución distinta que viene a convertir el cumplimiento de las obligaciones en legalmente imposibles (art. 1.184 del Código civil).

Lo que a este respecto importa subrayar y éste es el verdadero significado positivo de la doctrina del *factum principis*, es que la Administración no puede renunciar a su potestad expropiatoria de sacrificio ni a su potestad reglamentaria, y ello tanto si declara expresamente esa renuncia, que será nula y sin valor, como si la misma pretende deducirse del hecho de que haya firmado un contrato que por partir, como es obligado, de una situación jurídica determinada, pudiese implicar la inmunidad de esta situación respecto al ejercicio eventual de tales potestades. A esta conclusión se llega, como bien se comprende, no por virtud de ninguna razón especial derivada de la teoría del contrato administrativo, sino por una razón mucho más elemental y obvia: primero, y sobre todo, porque las potestades públicas no son nunca renunciables y son de derecho necesario; segundo, porque precisamente todo el sentido de las dos potestades de que se trata es su posibilidad innovativa (55) *ad nutum* respecto de situaciones jurídicas existentes, y por lo que hace en concreto a la potestad normativa, están ya hace mucho condenadas en la técnica jurídica y en la realidad política las llamadas *leges in perpetuum valitura*, corrientes en el antiguo régimen, que pretendía impedir su modificación o abrogación posterior limitando los derechos del legislador futuro.

De este modo es paladino que de lo que se trata cuando se invoca un "hecho del Príncipe" modificador del contrato administrativo es de la aparición de potestades administrativas que se mueven en un plano superior y supraordenado al que es propio de la actividad contractual, potestades que ésta nunca ha podido interferir o limitar y que pueden romper no sólo los contratos de la Administración, sino también, y esto me parece decisivo, los contratos ajenos o *inter-privatos* (también, pues, en los contratos *inter-privatos* se puede presentar con absoluta normalidad un *factum principis*: una expropiación, una alteración legislativa que haga legalmente imposible el cumplimiento, o que altere las bases del contrato, etc.), así como cualquier otra situación jurídica positiva. La confusión ha venido por-

(54) Así, ya, expresamente, García de Enterría, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación*, cit., págs. 73, 205 y 206.

(55) Sobre el concepto de potestad innovativa, Santi Romano, *Poteri, potestà, en Frammenti di un Dizionario Giuridico*, Milán, 1957, pág. 178.

que en los contratos administrativos se produce una identidad subjetiva entre la Administración como titular de esas potestades y como contratante, pero siendo evidente la diferente calidad con que actúa en uno y otro supuesto el equívoco puede deshacerse fácilmente.

VIII. 4.c. Las pretendidas exorbitancias respecto de terceros y su justificación ex lege y no ex contractu.

Por último, están las pretendidas reglas exorbitantes que afectan a terceros. Pequignot (56) ha pretendido construir sobre estas reglas una peculiaridad sustancial del contrato administrativo que él contrapondría al principio de relatividad que no se explicaría tampoco por las reglas comunes sobre la estipulación en favor de terceros. Alude en concreto a la posibilidad de que los terceros resulten afectados por cargas concretas como consecuencia del contrato administrativo (cargas correspondientes a los derechos de expropiación, de ocupación temporal, de extracción de materiales otorgados al constructor, derechos privativos sobre una parte del dominio público que queda sustraído al uso público, derecho de percibir tasas o tarifas en la concesión, derechos de policía —por ejemplo, las empresas arrendatarias de monopolios para vigilar éstos—, asimilación del contratista a un agente público a ciertos efectos), así como por derechos en su favor (derechos de los obreros a que el empresario contratista cumpla las garantías en su favor estipuladas en el contrato —seguros de accidentes, etc.—, de los productores nacionales respecto a las cláusulas de protección a la industria nacional, de los usuarios de los servicios públicos en concesión).

Esta exposición, dotada de una brillantez singular, que es característica de la que la doctrina francesa ha puesto en la teoría sustantivadora del contrato administrativo, ha sido, sin embargo, fácilmente refutada en la propia escuela francesa. De Laubadère (57) ha notado, en efecto, que lo que Pequignot califica de cargas para los terceros no lo son en virtud del contrato, sino por simple aplicación de la Ley (de expropiación, de minas, establecedora del monopolio, etc.), o del Reglamento organizador del servicio (en cuanto a las tarifas o tasas de los servicios concedidos, con la observación de que estas normas reglamentarias pueden incluirse en los pliegos de condiciones de la concesión sin perder por ello su naturaleza reglamentaria), o, en fin, no son en modo alguno cargas (como la eliminación del uso general en el caso de una ocupación privativa del dominio

(56) Pequignot, *Théorie générale*, págs. 547 y sigs. El contrato civil dice este autor siguiendo a Delbez, pág. 299 — se caracteriza por ser "limitado en su alcance e ilimitado en su fuerza obligatoria". Ambas notas harían defecto en el contrato administrativo: la primera, por la peculiaridad que ahora estudiamos; la segunda, por el *fait du prince*. Es éste el punto más alto de la teoría sustantialista.

(57) De Laubadère, *Traité des contrats*, II, págs. 86 y sigs.

público); a su vez, los llamados derechos de los terceros, o lo son en virtud de típicas estipulaciones en favor de tercero de las usuales en el contrato civil (art. 1.257), o en virtud de la Ley de la que la cláusula contractual no es más que un reflejo (leyes de protección a la industria nacional), o en virtud de los Reglamentos organizadores del servicio y no por el contrato (caso de los usuarios de los servicios en concesión). Aunque no se han citado en esta polémica las reglas concernientes a la afección real de los medios auxiliares a la obra, o la inembargabilidad de las certificaciones de pagos parciales de la obra, o la preferencia de ejecución sobre la fianza de los créditos derivados del contrato respecto de cualquier otro crédito, en realidad se trata de efectos sobre tercero que provienen de la legislación ordenadora de los contratos administrativos y no de éstos en singular, técnica también conocida en el Derecho civil respecto de determinadas situaciones jurídicas con una u otra extensión; son también, pues, efectos *ex lege* y no *ex contractu*.

IX

El mantenimiento del esquema contractual, sin perjuicio de la "unidad de sentido" iusadministrativa; las reglas de fondo como reglas civiles.

Hemos hecho hincapié en cómo las características propias de los contratos de la Administración salvan en rigor el esquema contractual, frente a lo que una doctrina hoy dominante pretende. Ello no es obstáculo, como sabemos, a que pueda hablarse de una teoría iusadministrativa del contrato, contra lo que un rígido y simplista planteamiento dualista de la división Derecho público-Derecho privado viene entendiendo. La misma exposición esquemática que de los problemas generales de los contratos de la Administración hemos hecho al final nos ha permitido vislumbrar cómo la modulación que la presencia de ésta introduce en el mecanismo del contrato y de su vida, aun sin atentar a la idea misma del contrato, penetra la mayor parte de sus estructuras y adquiere una evidente "unidad de sentido" institucional⁽⁵⁸⁾ desde los criterios más específicos del Derecho administrativo, aunque nada exige, como se comprende, que éste deba absorber en virtud de ello la totalidad de las reglas de fondo de los contratos civiles aplicables a los contratos administrativos, intentando situar en su seno lo que vive pacíficamente —y, sin duda, con mucho mayores garantías de justicia— en los campos seculares del Derecho civil.

(58) Cfr. mi estudio *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo*, en *Revista de Administración Pública*, N° 40, págs. 219 y sigs., sobre la idea institucional, y en concreto, pág. 195, sobre la "captación de sentido" de las instituciones.

LA DECADENCIA DE LA CULTURA ANTIGUA. SUS CAUSAS SOCIALES. (*)

(1896)

NOTA:

En vista de la importancia del pensamiento weberiano en las ciencias sociales, editamos este importante ensayo de Max WEBER, ya que el mismo, según algunos estudiosos de este autor, refleja —en mayor grado— la influencia de Karl Marx. Se podría decir que este escrito sobre la Roma antigua, se hace utilizando el enfoque conocido como "materialismo histórico". Debe tomarse en consideración la fecha en que este estudio fue escrito por WEBER: 1896.

Asimismo, este ensayo es un valioso material didáctico para los estudiantes de "Teoría del Estado", en cuyo desarrollo temático MAX WEBER ocupa un puesto relevante, con justa y comprensible razón; como también para el curso de "Derecho Romano". De tal suerte que la impresión de este estudio está motivada, en buena parte, en la utilidad que el mismo tenga para los estudiantes de la Facultad de Derecho; y, por supuesto, para los "maxweberiólogos".

El Director

(*) Publicado en "REVISTA DE OCCIDENTE". Tomo XIII. 1926. Julio-agosto-setiembre. Madrid.

LA DECADENCIA
DE LA CULTURA ANTIGUA
SUS CAUSAS SOCIALES (*)

(1898)

NOTA:

En vista de la importancia del pensamiento expresado en las
cerencias sociales, estimamos esta importante ensayo de MAX WEBER,
y que el mismo, según algunos estudiosos de este autor, refleja — en
mayor grado — la influencia de Karl Marx, de donde debe ser
extraído sobre la forma original, es para nosotros el trabajo conocido
como "Materialismo histórico". Debe tomarse en consideración la in-
fluencia que este estudio ha ejercido por WEBER, 1898.

Además, este ensayo es un valioso material bibliográfico para los
estudiosos de "El espíritu del Estado", en cuyo desarrollo temático MAX
WEBER ocupa un punto relevante, con justa y comprensible razón.
Como también para el curso de "Derecho Romano". De tal modo que
la importancia de este estudio está manifiesta en buena parte, en la medida
en que el mismo sirve para los estudiosos de la historia de la
cultura y por supuesto para los "sociólogos".

El Director

(*) Publicado en "REVISTA DE OCCIDENTE", tomo XII, 1908, págs. 100-110.
Biblioteca de Occidente

OBSERVACION

Spengler ha presentado al gran público el problema de la decadencia de las culturas; pero otros, antes que él, habían estudiado la misma cuestión histórica. Merece que establezcamos con toda precisión la diferencia entre nuestra época y el fin del Imperio Romano, con que suele compararse la situación de la cultura occidental. Hemos publicado en tomo aparte las conferencias de *Ludo Moritz Hartmann* sobre "La decadencia del mundo antiguo"; hoy publicamos el admirable estudio, ya clásico, de Max Weber, gran economista, historiador y sociólogo, que ha sido una de las primeras figuras intelectuales de Alemania en los últimos decenios. Es este estudio el primero de Max Weber que se traduce a una lengua latina.

PROLOGO

El Imperio Romano no se derrumbó por causas exteriores, tal vez como consecuencia de una evidente superioridad de sus enemigos o de la incapacidad de sus conductores políticos. En los últimos siglos de su existencia, tuvo Roma sus "cancilleres de hierro": figuras heroicas como Stilicón, que juntaba la intrepidez germánica con un refinado arte de la diplomacia, ocupaban las cimas. ¿Por qué no lograron lo que los analfabetos de los pueblos merovingios, carolingios y sajones, afirmándose frente a hunos y sarracenos? Ya hacía largo tiempo que el Imperio no era el mismo: cuando se quebró en pedazos, no fue de pronto al choque de una poderosa fuerza. *La invasión de los bárbaros no hizo más que tirar la línea y sacar el total de una evolución que, desde siglos atrás, se deslizaba pendiente abajo.*

Hemos de advertir, ante todo, que no fue a la caída del Imperio cuando la cultura de la antigua Roma desapareció. El Imperio Romano, considerado como entidad política, sobrevivió varios siglos al apogeo de su cultura. Había transcurrido mucho tiempo de esta época floreciente, cuando sobrevino el derrumbamiento. Ya a principios del siglo III se había agotado la *literatura* romana. El arte de los juristas y sus escuelas había declinado. La poesía latina y griega dormían el sueño de la muerte. La historiografía se consumía lentamente hasta casi desaparecer y aún las inscripciones comenzaron a faltar. La lengua latina entraba en seguida en plena descomposición. Cuando siglo y medio más tarde, al extinguirse la dignidad imperial de Occidente, acontece el acabamiento externo, se tiene la impresión de que ya hacía mucho tiempo que los bárbaros habían triunfado interiormente. Tampoco se producen como resultado de la invasión, condiciones completamente nuevas en lo que había sido territorio del destruido imperio. El imperio merovingio, en las Galias al menos, ostentó, al principio, todos los rasgos de una provincia romana. Así, pues, la cuestión que ante nosotros se alza, es esta: *¿A qué se debe, entonces, el crepúsculo de la cultura antigua?*

De este fenómeno se suelen dar explicaciones muy distintas. Unas totalmente equivocadas, otras que adoptan un punto de vista exacto, pero sirviéndose de una falsa luz.

El despotismo tuvo que oprimir y ahogar, en cierta medida, psíquicamente, al hombre antiguo, su vida pública, su cultura. Sin embargo, el despotismo de Federico el Grande fue la palanca de una gran impulsión espiritual.

El supuesto lujo y la positiva inmoralidad de los círculos sociales más elevados, han atraído la justicia vindicativa de la historia. Pero ambos hechos no son, por su parte, más que síntomas. Otros procesos más importantes que las culpas de los individuos, fueron, como veremos más adelante, los que hicieron caer la cultura antigua.

La mujer romana emancipada y el rompimiento del sólido vínculo matrimonial entre las clases dominantes, habían disuelto las bases de la sociedad. Lo que un reaccionario tendencioso, como Tácito, fabuliza acerca de la mujer germánica, aquella infeliz bestia de trabajo, todavía hoy lo repiten voces semejantes. Pero, en realidad, la inevitable "mujer alemana" no ha contribuido más a la victoria de los germanos que el inevitable "maestro de escuela prusiano" a la batalla de Koniggratz. Por el contrario, después veremos, que el ocaso de la cultura antigua, coincide con el restablecimiento de la familia en las capas inferiores de la población.

Ya en la antigüedad se oye la voz de Plinio: *Latifundia perdidere Italiam*. Así, pues, esto significa, de un lado, que los grandes señores de la tierra fueron los que perdieron a Roma. Pero también significa que, únicamente, porque ellos sucumbieron a la importación de granos extranjeros; por tanto, con la proposición Kanitz, todavía los Césares ocuparían el trono. Luego veremos, precisamente, que el primer paso para el restablecimiento de la clase campesina se dio al declinar la cultura antigua.

No falta tampoco al caso algunas pretensas hipótesis "darwinistas"; así afirma una muy reciente que el proceso de selección, practicado en la recluta del ejército, y que condenó al celibato a los más fuertes, acabó por degenerar la raza antigua. Pero luego veremos que, por el contrario, la decadencia del Imperio coincide con el reclutamiento, cada vez más intenso, del Ejército dentro de sí mismo.

Basta con esto; pero aún he de detenerme en una observación previa.

Se tiene la impresión de que el historiador procede bien cuando su público piensa de *te narratur fábula* y puede concluir con un *discite moniti!* La exposición que sigue no se encuentra, ciertamente, en esa situación favorable. Poco o nada podemos aprender en la historia de la antigüedad que sirva para los problemas sociales de hoy. Un proletario de nuestros días y un esclavo antiguo no se entenderían mejor que un europeo y un chino. Nuestros problemas son de un orden completamente distinto. El espectáculo que vamos a presenciar solamente reviste un interés histórico, porque es uno de los más propiamente históricos que se pueden conocer: la disolución interna de una vieja cultura.

Por esta razón, lo que primero debemos poner en claro son las acusadas peculiaridades de la estructura social de la antigüedad.

Así veremos que todo el ciclo de su evolución cultural está estrictamente determinado por ellas.

ESTRUCTURA SOCIAL DE LA ANTIGÜEDAD

En primer lugar, la cultura antigua es, en esencia, una cultura de ciudad. La ciudad es el soporte de la vida política, así como del arte y la literatura. Incluso en el aspecto económico, se ajusta a la vida de la ciudad —al menos en los primeros tiempos históricos—, esa forma de economía que solemos llamar "economía urbana". En la época helénica, la ciudad antigua no es esencialmente distinta de la ciudad medieval. Si existen algunas diferencias, son las diferencias entre la raza y clima mediterráneos y los centro-europeos, de la misma manera que hoy se diferencian el trabajador inglés y el italiano, el artesano italiano y el alemán. Económicamente, también la ciudad antigua descansa originariamente en el cambio —en el mercado de la ciudad— de los productos de la industria urbana con los frutos de la estrecha franja agrícola circundante. Este cambio directo, *inmediato* entre productores y consumidores cubre, en lo esencial, las necesidades, sin tener que acudir a la importación del exterior. El ideal de Aristóteles, la *autarquía* (el bastarse a sí mismo) de la ciudad, se había realizado plenamente en las urbes griegas.

Sin duda, ya desde la remota antigüedad, se eleva sobre esta *infraestructura* local un comercio internacional que abarca un territorio considerable y mercancías numerosas. La historia nos cuenta de ciudades abastecidas por sus navíos; pero, precisamente por esto, olvidamos una cosa: su poca importancia cuantitativa. En primer lugar: la cultura antigua de Europa es una cultura litoral, así como su historia es la historia de ciudades costeras. Junto al tráfico urbano, técnicamente refinado y perfecto, se muestra, sin transición, la economía natural de los campesinos bárbaros que habitan el interior, bajo el señorío de patriarcas feudales o en comunidades rurales. Sólo por vía marítima, o por los grandes ríos, se efectúa, con constancia, un tráfico internacional. En la Europa antigua no existía un comercio interior semejante al de la Edad Media. Por las tan alabadas calzadas romanas no se efectuaba un tráfico que recuerde, siquiera remotamente, las relaciones comerciales modernas; como pasa también con las postas romanas. La diferencia entre la rentabilidad de las propiedades del interior con las situadas al lado de los ríos fluviales, era enorme. La proximidad a las rutas terrestres no se consideraba, en general, en los tiempos de Roma como una ventaja, sino como una calamidad, a causa del alojamiento y de la piojería, porque eran caminos militares y no vías de comercio.

Sobre este fundamento de economía natural, aun compacto, no arraigaba profundamente el comercio de cambio. Este se reducía a una delgada capa de artículos de gran valor. Únicamente constituían el objeto de un constante comercio los metales preciosos, el ámbar, las telas ricas, algunos hierros, la cerámica; en su mayoría ob-

jetos de lujo que, por razón de su alto precio, podían soportar los fuertes gastos de transporte. Un comercio de esta clase no puede compararse en nada al moderno. Sería como si hoy se tratase solamente en vinos de champaña, telas de seda, etc., cuando las estadísticas nos muestran que las grandes cifras de los balances comerciales están constituidas, exclusivamente, por el consumo de la gran masa. Es cierto que algunas ciudades, como Atenas y Roma, necesitadas de cereales, también se vieron forzadas a la importación. Pero siempre se trata de fenómenos anómalos en la historia antigua, y de una necesidad, cuya satisfacción toma la colectividad a su cargo, porque no puede ni quiere abandonarla al comercio libre.

No interesaba a las *masas* con sus necesidades corrientes el tráfico internacional, sino a la ligera *capa* superficial formada por las *clases poseedoras*. De aquí resulta que, en la antigüedad, el supuesto necesario para el aumento de la prosperidad comercial, es la *creciente diferenciación de las fortunas*. Ahora bien; *esta diferenciación de las fortunas* —y con esto llegamos a un tercer punto decisivo—, se realiza en forma y dirección muy determinadas. La *cultura antigua es una cultura de esclavos*. Desde el comienzo existe, junto al trabajo libre de la ciudad, el trabajo servil de la campiña; junto a la división libre del trabajo por el comercio de cambio en el mercado urbano, la división obligada del trabajo por la organización de la producción en las haciendas campesinas, lo mismo que en la Edad Media. Y también como en la Edad Media, existió en la antigüedad el natural antagonismo entre estas dos formas de colaboración del trabajo humano.

El progreso descansa en la creciente división del trabajo. En el trabajo libre, esta división es un proceso que se identifica con la creciente dilatación del mercado, extensivamente merced al ensanchamiento geográfico del área comercial, intensivamente por la ampliación personal; en consecuencia, los habitantes de la ciudad intentarán romper los muros de los señoríos e introducir a sus vasallos en el comercio libre. Por el contrario, en el trabajo servil la división del trabajo se efectúa gracias a una acumulación cada vez mayor de hombres; cuanto mayor sea el número de esclavos o vasallos, más posible resulta la especialización de los oficios serviles. Pero mientras en la Edad Media el trabajo libre y el comercio de géneros crecen sin cesar y al fin vencen, en la antigüedad la evolución camina en sentido contrario. ¿Cuál es la causa? Es la misma que limitó el progreso técnico de la cultura antigua: la baratura de los hombres, que deriva del carácter peculiar de las incansantes guerras de la antigüedad. La guerra antigua era, a la vez, caza de esclavos; llevaba sin interrupción material humano al mercado de esclavos, y de esta suerte fomentaba el trabajo servil y la acumulación de hombres. Por esta causa, la industria libre quedó condenada a estacionarse en la fase del trabajo a jornal y de encargo, realizado por los hombres sin propiedad. Esto impidió que, gracias a la concurrencia de empresarios libres que trabajan con jornaleros libres, para el abastecimiento del mercado, se originase la prima o ventaja económica

que disfrutaban las invenciones que ahorran trabajo, como ha ocurrido en los tiempos modernos. Por el contrario, en la antigüedad aumenta incesantemente la preponderancia del trabajo servil en el *oikos* (la casa privada). Sólo los propietarios de esclavos podían proveer a sus necesidades mediante el trabajo de sus esclavos, y producir más de lo necesario a su conservación. Sólo el trabajo de los esclavos podía producir para cubrir las necesidades propias y para el mercado, cada vez en mayor escala.

Con estas observaciones hemos logrado encarrilar la evolución económica de la antigüedad en su verdadera trayectoria, muy divergente de la que siguió la medieval. En la Edad Media se desarrolló primero la división del trabajo libre intensivamente, en medida cada vez mayor, dentro del recinto local de la economía urbana sobre la base de la producción de encargo para clientes y el mercado local. En seguida nace el tráfico exterior y la división interlocal de la producción, primero en el sistema de abastos, después en la manufactura, formas de empresa para la venta en mercados forasteros, sobre la base del trabajo libre. Y la evolución de la economía nacional moderna corre paralelamente al hecho de que la satisfacción de las necesidades de las grandes masas se consigue cada vez más por medio del comercio interlocal primero e internacional al fin. En cambio, vemos que en la antigüedad la evolución del comercio internacional corre paralela a la acumulación de trabajo servil en la gran tenencia de esclavos. Así, pues, bajo la superestructura comercial va desarrollándose una infraestructura cada vez más extensa, dedicada al consumo no comercial: los conjuntos de esclavos que absorbían sin cesar hombres, cuyas necesidades no se satisfacían comprando en el mercado, sino por sus propios medios económicos. Cuanto más progresaba el repertorio de necesidades de las capas superiores, de los propietarios de hombres, y con ella la evolución extensiva del tráfico, tanto más perdía el comercio en intensidad, tanto más se desarrollaba en una delgada red que se extendía sobre un fondo de economía natural, cuyas mallas se cerraban y perfeccionaban, a la vez que sus hilos se utilizaban sin cesar. En cambio, en la Edad Media se prepara el tránsito de la producción local de encargo a la producción interlocal, gracias a la lenta penetración de la empresa y del principio de concurrencia, de fuera adentro en lo hondo de la comunidad económica local, mientras que en la antigüedad el comercio internacional fomenta los *oiken* (unidad económica doméstica), sustrayendo así a la economía del comercio local toda posibilidad de desenvolvimiento.

Esta evolución se ha realizado del modo más intenso en Roma. Roma es —después de la victoria de la plebe— una ciudad de campesinos, o, mejor dicho, de labradores conquistadores. Toda guerra significa apropiamiento de tierras destinadas a la colonización. El hijo del ciudadano terrateniente que no hereda de su padre, pelea en los ejércitos para poseer tierras propias y conquistar, de ese modo, el derecho de plena ciudadanía. Aquí reside el secreto de la fuerza expansiva de Roma. Con la conquista ultramarina acaba esta si-

tuación; entonces lo que impone su norma no es ya el interés colonizador de los campesinos, sino el interés de la explotación de las provincias por la aristocracia. La guerra tiene por finalidad cazar hombres y confiscar tierras para su explotación por medio de grandes aparceros y arrendadores. Además, la segunda guerra púnica diezmó la clase labradora en la metrópoli romana. Los resultados de su decadencia constituyen, en parte, la venganza póstuma de Aníbal. La reacción contra el movimiento de los Gracos decide, definitivamente, la victoria del trabajo de esclavos en la economía rural. Desde entonces, son los propietarios de esclavos los que sostienen las necesidades cada vez mayores de la vida, el aumento del comercio, el desarrollo de la producción para el mercado. No quiere decirse que, con todo esto, el trabajo libre había desaparecido por completo, pero sí que, únicamente, las explotaciones por esclavos eran el elemento progresivo. Los escritores agrarios de Roma ven en el trabajo de los esclavos, la base evidente de la organización del trabajo.

La inclusión de grandes áreas de tierras interiores —España, las Galias, Iliria, los países anubianos— en el círculo del mundo romano, contribuyó a fortalecer en grado decisivo la significación cultural del trabajo servil. El centro de gravedad de la población del Imperio Romano se trasladó al interior. De esta suerte, la cultura antigua ensayaba cambiar su escenario, convirtiéndose de cultura litoral, que era, en una cultura de tierra adentro. Extendióse, entonces, por un territorio inmenso, en que durante siglos no fue posible el tráfico y la satisfacción comercial de las necesidades en una escala que se asemejase, siquiera remotamente, a lo que era en las costas del Mediterráneo. Si, como queda dicho, el comercio interlocal de la antigüedad representaba, aún en el litoral, sólo un sobrehoz muy delgado, claro es que las mallas de la red comercial, en las tierras del interior, tenían que ser todavía más flojas. Desde luego, en el interior no era posible, en general, el progreso cultural merced a una libre división del trabajo producida por un tráfico intensivo. Sólo por el encumbramiento de una aristocracia solariega, que descansaba sobre la propiedad de esclavos y la división servil del trabajo —sobre el *oikos*— pudo darse aquí la asimilación gradual en el círculo de la cultura mediterránea. En grado todavía más alto que en la costa, tenía que limitarse en el interior el costoso tráfico exclusivamente a cubrir las necesidades de lujo de la capa social más alta, de la que poseía hombres. E igualmente, la posibilidad de una producción destinada a la venta estaba reservada a una delgada capa de grandes explotaciones por esclavos.

Así, pues, el propietario de esclavos se ha convertido en el soporte económico de la cultura antigua, y la organización del trabajo de esclavos, constituye la infraestructura imprescindible de la sociedad romana, y, en consecuencia, hemos de tratar con más detalle su carácter social.

Podemos dar una imagen mucho más clara de ello, si tenemos en cuenta la situación de las fuentes de las explotaciones rurales en los tiempos últimos de la República y primeros del Imperio. La gran

propiedad es la forma fundamental de la riqueza, en la cual también descansan los capitales aplicados a la especulación; también el agiotista romano es, por regla general, gran terrateniente, aunque sólo fuera porque en la especulación más lucrativa —el arriendo y subrogación de las rentas públicas— estaba prescrita una garantía de tierras.

El tipo del gran terrateniente romano no es el del granjero que dirige por sí mismo la explotación. Por el contrario, es el hombre que vive en la ciudad, practica la política, y quiere, ante todo, percibir rentas en dinero. La gestión de sus bienes está en mano de siervos inspectores (*villici*). En cuanto a la manera de administrar, se hacía en estas condiciones:

La producción de granos, en su mayor parte, no rentaba en el mercado. Roma, por ejemplo, es un mercado cerrado a la entrada de trigo, en primer lugar, porque el aprovisionamiento era público, realizado directamente por el Estado; en segundo lugar, porque el precio, por regla general, no soporta el transporte desde el interior. Añádase a esto que el trabajo de esclavos no es el más propio para el cultivo de los cereales, sobre todo, con el sistema romano de cultivos alternados, que exigen un laboreo cuidadoso y, por tanto, el interés propio del labrador. De aquí que casi siempre las tierras de pan llevar se arrendasen, por lo menos en parte, a colonos, es decir, labradores de parcelas, que quedaban como restos supervivientes de la agricultura libre, oprimida, expulsada por la gran propiedad. Este colono no es, sin embargo, desde el principio, un arrendatario libre, independiente, un empresario rural. *El señor pone los instrumentos, el villicus interviene en la explotación.* Es muy sabido que ha sido frecuente que se le impusieran, ya desde un principio, cargas de trabajo, principalmente la prestación corporal en tiempos de cosecha. La concesión de campos a los colonos equivale a una forma de administración por el señor, valiéndose de parcelistas (*per colonos*).

Por el contrario, la producción para la venta por “gestión propia” comprende, sobre todo, los productos de precio alto: aceite, vino, hortalizas, ganadería, cría de aves de corral, cultivos especiales para abastecer la exigente mesa de la alta sociedad romana, la única con capacidad adquisitiva. Estos cultivos hicieron retroceder la siembra de granos a las tierras menos fértiles que ocupaban los colonos. La explotación de la hacienda se hace por el sistema de “plantaciones”, y los trabajadores son esclavos. Todavía, en la época imperial, las familias de esclavos y colonos, mezcladas, constituyen, por regla general, la población de las grandes fincas.

Pero lo que más nos interesa son, desde luego, los esclavos. ¿Cómo los encontramos?

Pongamos ante nuestra vista el esquema ideal que nos transmiten los escritores agrarios de Roma. Encontramos el alojamiento del “instrumento parlante” (*instrumentum vocale*), es decir, el establo de los esclavos en la misma casa que el del ganado (*instrumentum semivocale*). Contiene el dormitorio, una enfermería o lazareto (*valetudinarium*), una prevención (*carcer*), un taller para los obreros

(*ergastulum*), y al punto se compone ante nuestros ojos una visión muy familiar a todos los que han vestido uniforme: el *cuartel*.

Y, en efecto, la vida del esclavo es, normalmente, una vida de *cuartel*. Duerme y come en común bajo la vigilancia del *villicus*; la indumentaria de mejor clase se entrega a un "guardarropa", cuidado por la mujer del inspector (*villica*), que actúa como "suboficial de cámara"; mensualmente se hace una revista del vestuario. El trabajo está rigurosamente disciplinado a usanza militar; las secciones (*decuriae*), al mando de un cabo, forman muy de mañana, y parten bajo la inspección de los capataces (*monitores*). Esto era imprescindible. Producir para el mercado por medio del trabajo servil, no hubiera sido posible por mucho tiempo, sin el empleo del látigo. Pero a nosotros nos importa sobremanera un aspecto que deriva de esta forma de vida cuartelaria: el esclavo conscripto, no solamente carece de propiedad, sino también de familia. Sólo el *villicus* convive en habitación aparte con una mujer en matrimonio esclavo (*contubernium*), de manera algo parecida a como viven hoy en los cuarteles los suboficiales y sargentos. Es más; según los escritores agrarios, es una obligación que debe imponerse al *villicus* en interés de su señor. Y así como a la propiedad independiente corresponde la familia independiente, también aquí al matrimonio esclavo corresponde la propiedad servil. El *villicus* —según dichos escritores, únicamente el *villicus*—, tiene un peculio, originariamente como el nombre indica, una propiedad en cabezas de ganado, que pastan en las dehesas del señor, como actualmente poseen los jornaleros del campo en la Alemania oriental. La gran masa de los esclavos carece de peculio, así como de relación sexual monogámica. El comercio sexual es una especie de prostitución intervenida, con premios concedidos a las esclavas para la cría de sus hijos. A las que habían criado tres hijos, muchos señores las manumitían. Ya este proceder indica las consecuencias que va madurando la falta de familia monogámica. Sólo en el seno de la familia cunde el hombre. El cuartel de esclavos no podía reproducirse por sí mismo, y tenía que complementarse por la compra constante de esclavos. Los escritores agrarios dan, por supuesto, que esta compra se hacía con toda regularidad. La antigua explotación por esclavos devora tantos hombres como carbón nuestros altos hornos. El mercado de esclavos y su aprovisionamiento regular y suficiente con material humano, es la condición imprescindible del cuartel de esclavos que produce para el mercado. Se compraba barato. Varro recomienda que se acepte al malhechor y otro parecido material barato, con este característico argumento: semejante chusma tiene que ser más "viva" (*velotior est animus hominum improgorum*). Así, pues, la explotación agrícola dependía del acarreo regular de hombres al mercado de esclavos. ¿Cómo y cuándo falló el abastecimiento? Esto tenía que influir sobre los cuarteles de esclavos de la misma manera que influiría el agotamiento de los depósitos de carbón en los altos hornos. Y este momento se presentó. Con él llegamos al punto crítico en la evolución de la cultura antigua.

Si se pregunta cuál es la primera fecha en que debe datarse la decadencia, primero latente y en seguida patente, de la cultura y el poderío romano, pocas cabezas alemanas podrán resistir al tópico de que la batalla de Teutoburgo señala el comienzo. Y, en realidad, en esta idea popular hay un germen de justificación, a pesar de que contradice las apariencias que nos presentan el Imperio bajo Trajano en la cima de su poderío. Pero lo decisivo no fue, en verdad, la batalla misma —un descalabro semejante al que toda nación sufre en sus luchas contra bárbaros—, sino lo que a ella se enlazó: la *suspensión de la guerra de conquista* en el Rin, por Tiberio, que tuvo su *pendant* en el Danubio con el abandono de la Dacia, bajo Adriano. De esta suerte, se preparaba un fin a la tendencia expansiva del Imperio Romano, y con la pacificación interior y —en lo principal también— exterior del antiguo ámbito cultural, se contrajo y redujo el aprovisionamiento regular del mercado de esclavos con material humano. La consecuencia parece haber sido —ya bajo Tiberio— una aguda crisis de mano de obra. Se cuenta de Tiberio que hubo de hacer registrar los *ergástula* de las fincas, porque los grandes terratenientes se dedicaban al robo de hombres, y los salteadores se apostaban —según parece— en los caminos, no sólo al acecho de bolsas, sino también de mano de obra para sus campos despoblados. Todavía fue más importante el efecto crónico, lento, pero profundo: la imposibilidad de que la producción progresara sobre la base de los cuarteles de esclavos. Estos suponían, como condición, el continuo aprovisionamiento de hombres, porque no podían sostenerse por sí mismos; y, necesariamente, tuvieron que decaer en cuanto ese aprovisionamiento se detuvo por algún tiempo. La disminución de la baratura del material humano parece —si se atiende a la impresión que se saca de los últimos escritores agrarios— haber conducido, en un principio, a la mejora de la técnica mediante la educación de trabajadores escogidos. Pero después de las últimas guerras ofensivas del siglo II —después de Jesucristo—, que de hecho se habían convertido en cacerías de esclavos, se había llegado al fin, y las grandes plantaciones tuvieron que reducirse a sus esclavos sin peculio y sin mujer.

De qué manera y cómo aconteció esto, podemos saberlo comparando la situación de los esclavos en las grandes explotaciones rurales —tal como los describen los escritores romanos—, con su situación en los señoríos de la época carolingia, según se conoce por la instrucción señorial (*capitulare de villis imperialibus*) de Carlomagno y los inventarios de los monasterios de aquel tiempo. Aquí y allí, encontramos a los esclavos como trabajadores del campo, y, en ambos casos, desprovistos de todo derecho y, ante todo, sometidos al mismo poder ilimitado del señor sobre su fuerza de trabajo. No se manifiesta en esto diferencia alguna. Asimismo, se han adoptado numerosos pormenores del derecho señorial romano, y volvemos a encontrar hasta la terminología; por ejemplo: la casa de las mujeres, o gineceo de la antigüedad, en el *genitium*. Pero una cosa ha cambiado radicalmente. Habíamos encontrado a los esclavos romanos viviendo en el *cuartel comunista*; pero los *servus* de la época carolin-

gia viven en los "caseríos" (*mansus servilis*), sobre la tierra prestada por el señor, como pequeños labradores sujetos a la prestación personal en las sernas. El siervo ha sido devuelto a la familia, y con la familia se presenta, a la par, la propiedad personal. Esta dispersión de los esclavos fuera del *oikos* aconteció también en los tiempos últimos de Roma. Es más: tenía que ser la consecuencia de la decreciente repoblación del cuartel de esclavos por sí mismo. Pero colocando al esclavo como vasallo en el seno de la familia independiente, el señor se aseguraba el renuevo y, por tanto, una provisión permanente de fuerza de trabajo que ya no podía procurarse por la compra de esclavos en el mercado exhausto, cuyos últimos restos desaparecieron en la época carolingia. El señor se libraba así de las contingencias de la conservación del esclavo, que él —el señor— había llevado a las plantaciones, encargándose al propio esclavo. La importancia de esta evolución, lenta pero segura, fue profundísima. Trátase de un fuerte proceso de transformación en las capas más inferiores de la sociedad: la familia y la propiedad personal les son restituidas. Y en este punto quisiera únicamente indicar cómo este proceso se desenvuelve paralelamente al victorioso desarrollo del cristianismo. En los cuarteles de esclavos hubiera encontrado difícilmente el cristianismo suelo abonado si los labradores siervos de Africa, en tiempos de San Agustín, no vinieran siendo de antemano los sustentadores de un movimiento de secta.

Así, mientras el esclavo se elevaba socialmente a la condición de labrador sujeto a la serna, el *colonus* descendía a la de labrador vasallo, a medida que su relación con el señor tomaba el carácter de una relación de trabajo. Al principio, era la *renta* que pagaba, el asunto que, principalmente, importaba a su señor, aunque, como he dicho, también hacía prestaciones en la hacienda señorial. Pero ya en los primeros tiempos del Imperio, los escritores agrarios cargan el acento sobre el *trabajo* del colono, y esto debió ocurrir en la misma medida en que el trabajo de los esclavos resultaba insuficiente. Algunas inscripciones del tiempo de Comodo, nos demuestran que el colono se había convertido ya en un siervo que cultivaba la tierra conferida por el señor y, en compensación, estaba obligado a determinadas prestaciones. Y este cambio *económico* en la situación del colono, produjo en seguida un cambio *jurídico* anexo, en el cual se expresa también, formalmente, esta manera de considerar al colono como una fuerza de trabajo adscrita al señorío: la sujeción a la gleba. Para comprender su génesis, tenemos que entrelazar aquí algunas breves consideraciones jurídico-administrativas.

La organización administrativa de Roma descansaba, al final de la República y comienzo del Imperio, sobre la *comunidad urbana*, el *municipium*, como base administrativa, de la misma manera que la ciudad era la base económica de la cultura antigua. Se había organizado el territorio de la confederación imperial en comunidades urbanas, en los grados más diversos de dependencia política con el Estado y la forma jurídico-administrativa del municipio se había extendido por todo el imperio. La ciudad es el distrito administrativo,

la jurisdicción normal más inferior. Los magistrados de las ciudades responden ante el Estado de los impuestos y del reclutamiento. Pero en el transcurso de la época imperial, se produce un cambio en este proceso. Se intenta, con buen éxito, sustraer las grandes propiedades a la dependencia de las comunidades. A medida que el centro de gravedad del Imperio se traslada al interior, al crecer la población de tierra adentro, la recluta se alimenta tanto más de la población agraria, pero, también, tanto más pesan los intereses de los "agrarios" de la antigüedad, los grandes terratenientes, en la política del Estado. Así como nosotros encontramos hoy una gran resistencia contra el proyecto de *in-comunalizar* las grandes propiedades de la Alemania oriental, es decir, de incluirlas en los municipios rurales, así fue muy pequeña la resistencia del Estado romano de los Césares a la *ex-comunalización* de las fincas. Y, por eso, junto a las ciudades encontramos, a granel, *saltus* y *territoria*, como distritos independientes en que el propietario es, a la vez, la autoridad local, de la misma manera que lo son los nobles propietarios de señoríos en los "distritos señoriales" de la Alemania Oriental. Aquí era el propietario el que se relacionaba directamente con el Estado con motivo de los impuestos —él los adelantaba por sus vasallos y luego se resarcía cobrándoselos— y el que hacía la recluta en el señorío. Por esta razón, el servicio militar consideróse bien pronto como una prestación pública a una carga del señorío, cuya fuerza de trabajo —los colonos— incluso dieztaba.

De esta manera quedaron allanados los caminos para la vinculación jurídica del colono a la gleba.

En el Imperio Romano nunca existió —prescindiendo de determinadas situaciones políticas— una libertad general de domiciliarse bajo garantías jurídicas. Recordemos, por ejemplo, que el autor del Evangelio según Lucas, expresa con frecuencia la idea de que todo hombre podía ser llevado a su lugar de nacimiento (*origo*) —nosotros diríamos a su domicilio de socorro— con objeto de empadronarlo; así, los padres de Cristo podían ser conducidos a Belén. Ahora bien, el *origo* del colono es el dominio de su señor.

Ya mucho antes encontramos la institución de la reposición compulsiva para el cumplimiento de los deberes públicos y jurídicos. El senador que desertaba mucho tiempo de su escaño, era embargado únicamente; pero con el consejero municipal, al decurión que se hurtaba a su deber, se guardaban menos consideraciones: era detenido a petición del Municipio. Esta medida fue necesaria, con alguna frecuencia, porque el cargo de consejero municipal ofrecía pocos incentivos, ya que respondía del débito contributivo de la ciudad. Y cuando más tarde, al desvanecerse y mezclarse todas las formas jurídicas, estas acciones compulsivas se transformaron en seguida en el concepto único de derecho a la restitución, en la antigua *reivindicación*, los municipios perseguían con esta demanda a los consejeros que desertaban su puesto, como pudieran perseguir a una res huida del procomún.

Si así era para el decurión, ¿qué no sería para el colono?... La servidumbre que debía al señor no se diferenciaba de las cargas públicas, puesto que la autoridad y el que tenía derecho a ser servido eran una sola persona, y, en consecuencia, el colono era reducido a su obligación cuando se sustraía a ella. Así, por esta práctica administrativa, el colono se convirtió en un siervo de la gleba, atado de por vida a la circunscripción señorial y, por tanto, bajo el señorío del propietario. Respecto del Estado estaba, en cierto modo, *mediatizado*. Y sobre el colono se encumbró la clase de los señores "inmediatos del Imperio", de los *possesores*, que encontramos como tipo persistente en los últimos tiempos del Imperio y entre merovingios y ostrogodos. La organización en clases o estados había empezado a sustituir la antigua y sencilla oposición de libre y esclavo. Una evolución, casi imperceptible en cada uno de sus estadios, llegó a darle remate, porque a ello compelián las condiciones económicas. La evolución de la sociedad feudal estaba ya en el ambiente de los últimos tiempos de Roma.

Es patente que ya entonces se presenta a nuestra vista el tipo del feudo medieval en estos señoríos del final del imperio. En ellos existen, una junto a otra, las dos categorías de campesinos obligados a la serna: los siervos (*servi*), con obligaciones "no tasadas", y los libres, con sus personas (*coloni, tributari*), sujetos a prestaciones determinadas en dinero, a tributos en especie, y después, cada vez en mayor medida, a cuotas en especie, y además —no siempre, pero sí generalmente— a prestaciones corporales bien definidas.

Ahora bien; producir para la venta en las condiciones comerciales de la antigüedad, por medio del trabajo prestado, era imposible. Para la producción comercial era supuesto imprescindible el cuartel disciplinado de esclavos. Pero en las tierras interiores principalmente, en que los siervos vivían desparramados en caseríos, tuvo que cesar la producción para la venta, y los sutiles hilos del comercio, mal hilvanados sobre aquel fondo de economía natural, tuvieron que utilizarse más, y al fin, romperse. Claramente se advierte ya este fenómeno en el último escritor agrario romano de importancia, Paladio, que recomienda organizar las explotaciones de modo que el trabajo de la finca cubra todas las necesidades, se sustente a sí mismo y pueda prescindir de las compras. Si desde antiguo, la hilandería y los telares, así como el molino y la tahona, eran llevados por las mujeres de la finca, entonces se incluyeron también la fundición, la carpintería y ebanistería, la albañilería, y, en resumen, las necesidades colectivas, entre las cargas industriales del señorío que habían de satisfacerse con trabajo servil, con prestaciones de mano de obra. Con esto, la delgada capa de los obreros industriales de la ciudad —obrerros libres que, en su mayoría, trabajaban por el jornal y la comida—, todavía perdió parte de su ya relativa importancia. La economía del señor, que predominaba, cubría sus necesidades por sí misma, de un modo natural.

La satisfacción de las necesidades del señor por el trabajo es la finalidad económica, cada vez más predominante. Las grandes

propiedades se desligan del mercado de la ciudad. Con ello, la multitud de ciudades pequeñas y medianas pierden el suelo nutricio de su economía, esto es, el cambio de géneros y de trabajo con el campo circundante. En el turbio y roto espejo de las fuentes jurídicas, al final de Roma, podemos ver que las ciudades decaen por esta causa. Los emperadores predicán contra la emigración al campo, principalmente contra el hecho de que los *possesores* levantan y derriban sus casas de la ciudad y trasladan sus artesonados y su instalación a las quintas campestres.

Pero también sobre esta decadencia de la ciudad influye poderosamente la política financiera del Estado. También por ella, a medida que aumentan las necesidades financieras, se convierte el fisco en un sistema de economía natural, que cubre sus necesidades en la menor medida posible en el mercado y en la mayor medida posible por sus propios medios. Pero de este modo se impide la formación del dinero. Desde el punto de vista de los súbditos fue, sin duda, un beneficio que hubiera desaparecido la especulación principal: el arriendo de los tributos, sustituido por la administración directa. Tal vez era más racional el aprovisionamiento público de granos por navíos —cuyos gastos el Estado retribuía con bonos de tierras— que por concesión a empresarios. Desde el punto de vista financiero también era ventajoso el monopolio, cada vez mayor, de numerosos y lucrativos ramos del comercio y de las explotaciones mineras. Pero claro está que este sistema impedía la formación de capitales privados y la posibilidad de que se desarrollase una clase social semejante a nuestra moderna burguesía. Y la evolución de esta finanza *natural*, que se alimentaba a sí misma, fue en aumento conforme el Imperio iba dejando de ser un conglomerado de ciudades que explotaban el campo y cuyo centro de gravedad estaba en las costas y el comercio litoral, para convertirse en un Estado que intentaba incorporar y organizar comarcas interiores que vivían de su economía natural. La finísima capa del tráfico no permitía cubrir con dinero las necesidades del Estado, cada vez más enormes, a causa de esa transformación. Por tanto, tuvo que aumentar en las finanzas del Estado, hasta la hipertrofia, el factor económico natural.

En todo tiempo, las contribuciones de las provincias al Estado eran, en buena parte, contribuciones en especie, sobre todo en granos, de las cuales se abastecían los almacenes del Estado. En la época imperial, todos los productos industriales necesarios a la administración se obtenían cada vez menos por compra en el mercado o por contrata, y cada vez más, imponiendo el suministro en especie a los industriales de la ciudad que, a este objeto, estaban obligados, muchas veces, a formar gremios. Esto redujo al artesano libre y necesitado a la situación de un obrero que pertenece hereditariamente a un gremio. Las cantidades recaudadas en especie, eran también desembolsadas en especie por el fisco en sus gastos. Y así pretendió cubrir las dos partidas principales de su presupuesto de gastos —la burocracia y el ejército— con pagos en especie. Pero aquí la economía natural encontraba sus límites.

Un gran Estado de tierra adentro, solamente se puede gobernar por una burocracia profesional a sueldo, de la que pudieron prescindir las ciudades-Estados de la antigüedad. Los sueldos de los empleados públicos, bajo la monarquía de Diocleciano, son, en su mayoría, sueldos en especie. Estos empleados percibían algo así como la congrua —sólo que mucho mayor— de un actual jornalero del campo en el Mecklenburgo. Los almacenes imperiales libraban unos miles de fanegas de grano, un cierto número de cabezas de ganado, la cantidad correspondiente de sal, aceite, etc.; en suma, cuanto el empleado necesitaba para su alimentación, vestido y conservación en general, además de una módica cantidad en metálico para gastos menudos. Pero a pesar de esta notoria tendencia a pagar en especie, el sostenimiento de una importante jerarquía administrativa obligaba a importantes desembolsos de numerario. Y todavía eran éstos más necesarios para cubrir los gastos militares del Imperio.

Un Estado de tierra adentro, cuyas fronteras están amenazadas, necesita un ejército permanente. El antiguo ejército ciudadano que descansaba sobre el servicio y el equipo obligatorio de los terratenientes, se había transformado ya, al final de la República, en un ejército pertrechado por el Estado y reclutado entre los proletarios —la fuerza de los Césares—. El Imperio creó después, no sólo de hecho, sino también legalmente, un ejército profesional permanente. Ahora bien, el sostenimiento de tropas de esa clase exigía dos cosas: reclutas y dinero. La necesidad de la recluta fue la razón por la cual los soberanos mercantilistas en la época del despotismo ilustrado, es decir, Federico II y María Teresa, impidieron el desarrollo de las grandes explotaciones rurales al prohibir la colocación de campesinos. Esta medida no se debe a razones de humanidad y amor al camponés. No se protegía al campesino aislado —el señor podía lanzarlo tranquilamente, con tal de que pusiera otro en su lugar—. La razón fue, más bien, la siguiente: si —según Federico Guillermo I— los mozos campesinos superfluos eran una fuente de reclutamiento, tenía que existir, había que hacer que existieran campesinos vacantes. Por esta causa se impidió que disminuyeran las "existencias" de campesinos, prohibiendo su colocación, que amenazaba la recluta y despoblaba los campos. Por análogas razones intervinieron los Césares en la situación del colono y prohibieron, por ejemplo, que se aumentaran sus cargas. De otro lado, los soberanos mercantilistas fomentaron enérgicamente las grandes manufacturas porque "poblaban" el territorio del Estado y, además, llevaban dinero al campo. Federico el Grande perseguía con sus requisitorias, no sólo a los soldados desertores, sino también a los obreros y fabricantes que desertaban. Naturalmente, los Césares no podían hacerlo, puesto que en su tiempo no existía ni podía formarse una gran industria que trabajase para la venta con obreros libres. Por el contrario, más bien aconteció que al decaer la ciudad y el comercio y retornarse a la economía natural, quedó perdida para el campo la posibilidad de sacar crecientes impuestos en dinero. Y con la falta de obreros, producida por la contracción del mercado de esclavos, el reclutamiento constituyó para

la agricultura una carga ruinosa, que ésta intentó evitar por todos los medios. El mozo sujeto al servicio de las armas, huía de la caduca ciudad al campo e ingresaba en el *colonado*; porque el *poseedor*, bajo la presión de la falta de obreros, estaba interesado en sustraerle a la recluta. Los últimos Césares combatieron contra la huida de los ciudadanos al campo, como los últimos Hohenstaufen contra la huida de los siervos a la ciudad.

El efecto de esta dificultad en el reclutamiento aparece con toda claridad en el ejército de la época imperial. A partir de Vespasiano, Italia estaba libre de quintas; después de Adriano, desaparece la mezcla de los contingentes, y para ahorro de gastos se intenta reclutar los ejércitos en el distrito de su residencia. Este es el prenuncio más temprano de la caída del imperio. Cuando se sigue, a través de los siglos, la naturaleza de los soldados licenciados, se advierte que el número de los llamados "*hijos del campamento*" (*castrenses*) se eleva, en la época imperial, desde un pequeño tanto por ciento hasta casi cerca de la mitad. En otras palabras: el ejército romano se procrea a sí mismo en proporción cada vez mayor. De la misma manera que el esclavo acuartelado, célibe es sustituido por el labrador que vive en el seno de la familia, así también —en parte al menos— el soldado célibe, el verdadero soldado de campamento, es sustituido por el soldado profesional por herencia, que vive casado en matrimonio militar. También el reclutamiento practicado cada vez más entre los bárbaros tenía por principal objeto respetar la fuerza de trabajo de la tierra propia, sobre todo de las grandes propiedades. Al fin se intentó subvenir a la defensa de las fronteras por un procedimiento que entra de lleno en el sistema de la economía natural: concediendo tierras a los bárbaros a cambio del servicio de las armas; y esta forma, remoto predecesor del feudo, halla creciente aplicación. Así, pues, el ejército, señor del imperio, se va transformando en una tropa de bárbaros, cada vez más desligado de toda relación con los nativos del país. Por esta causa, la irrupción victoriosa de los bárbaros de fuera, esencialmente, no significó para las provincias del interior, en el primer momento, más que un cambio de acuartelamiento; incluso se aceptó la forma del acuartelamiento romano. Parece ser que en las Galias no fueron los bárbaros recibidos con temor como conquistadores, sino, por el contrario, como los que libertaban al territorio del peso de la administración romana. Y esto se comprende fácilmente.

No fue la leva de reclutas, dentro de la propia población, la única dificultad con que tropezó el avejentado imperio, sino que todavía abrumaban más a los pueblos —que volvían a un régimen de economía natural— los impuestos en dinero, sin los cuales es imposible sostener un ejército a sueldo. Toda la política giraba alrededor de la busca de dinero, y cada vez se revelaba con mayor claridad la incapacidad económica de los *poseedores* —que producían únicamente para sus propias necesidades— de contribuir con entregas en dinero. Es más; si el emperador les hubiera dicho: "Haced que vuestros colonos os forjen armas, dadles caballos y defended conmigo la gleba

de que vivís”, a esto hubieran podido los *poseedores* hacer frente económicamente. Pero entonces ya las cosas hubieran pasado a la Edad Media, y el ejército se hubiera convertido en ejército feudal. En realidad, todo el proceso último de Roma tendía, como hacia una meta, a la constitución feudal del ejército, como a la organización feudal de las clases sociales; y, en lo esencial, esta meta se había alcanzado ya en la época carolingia —tras el breve y sólo local contragolpe de las invasiones— en provecho de unos cuantos ejércitos de aldeanos colonizadores. Pero con ejércitos de caballeros feudales se pueden conquistar coronas, guardar las marcas de un reducido territorio, pero no defender la unidad de un imperio mundial y los cientos de millas de su frontera contra conquistadores hambrientos de tierras. Por esta razón, la última época del imperio no pudo pasar a la forma de ejército que correspondía al régimen de economía natural. De aquí que Diocleciano intentara la reorganización de las finanzas públicas sobre la base única de tributos en dinero, y que hasta el final la ciudad siguiera siendo, oficialmente, la célula del organismo estatal. Pero, en realidad, desaparecía gradualmente la infraestructura económica formada por la gran masa de las ciudades romanas; éstas ya no eran más que ventosas de la administración pública, ávida de dinero, instaladas sobre un suelo cubierto por una red de grandes señoríos. La caída del Imperio fue la forzosa consecuencia política de la desaparición gradual del comercio y del consiguiente crecimiento de la economía natural. Y, en esencia, tan sólo significó el desmontaje de aquel aparato administrativo, y, por tanto, de la superestructura política de un régimen de economía de dinero, que ya no concordaba con la infraestructura económica que vivía en un régimen de economía natural.

Así, pues, cuando, cinco siglos después, el tardío ejecutor testamentario de Diocleciano, Carlomagno, despertó de nuevo la unidad política de Occidente, lo hizo sobre la estricta base de la economía natural. La prueba más clara de esta afirmación se encuentra en la instrucción para los administradores de los dominios señoriales (*villici*), el famoso *capitulare de villis*, que, por su conocimiento del asunto y su aspeza, recuerda los decretos de Federico Guillermo I. Junto al rey figura también la reina como instancia más alta; el ama de casa del rey es su ministro de Hacienda. Y, con razón: esta “administración financiera” se cuida preferentemente de las necesidades de la mesa y de la Casa Real, que es una misma cosa con el Gobierno democrático del Estado. Se dispone lo que los inspectores han de suministrar a la Corte; por ejemplo: trigo, carne, tejidos, cantidades muy grandes de jabón y, en suma, cuanto el rey necesita para su persona, sus huéspedes y comensales y para el servicio político, como caballos y carros de guerra. Han desaparecido el ejército permanente y la burocracia a sueldo, y con ello —hasta el concepto— los impuestos. El rey mantiene a sus empleados a su mesa, o los dota con tierras. El ejército, que se pertrecha a sí mismo, va a convertirse, finalmente, en un ejército de caballeros y, por tanto, en una milicia de señores terratenientes. Ha desaparecido también el cambio inter-

local de géneros; se han roto los hilos que enlazaban las células independientes de la vida económica; el comercio involuiona y retrocede al estudio de industria ambulante, a cargo de razas forasteras: griegos y judíos.

Ha desaparecido la ciudad: para la época carolingia, la ciudad no existe como concepto jurídico y administrativo. Los grandes señoríos son los sustentáculos de la cultura y también los sustentáculos de los monasterios. Los señores terratenientes son los funcionarios políticos: uno de ellos, el más poderoso, es el rey, un completo analfabeto rural. En el campo están sus palacios. No tiene residencia fija. Por razón de su subsistencia, viaja más que cualquier monarca moderno; vive cambiando de palacio y consumiendo las provisiones que se han almacenado en ellos. La cultura se ha hecho campesina.

El ciclo de la evolución económica de la antigüedad ha terminado. Parece que su trabajo espiritual ha sido aniquilado. Al desaparecer el comercio ha desaparecido también la magnificencia marítima de la ciudad antigua, y con ella los tesoros espirituales que yacían en sus muros: el arte, la literatura, la ciencia, las refinadas formas del antiguo Derecho mercantil. En las granjas de los *poseedores* y *seniores* todavía no resuenan los cantos del trovador. Sin querer, nos conmueve melancólicamente el espectáculo de una evolución que, al aspirar a lo más alto, pierde su base material y se desploma sobre sí misma. Ahora bien: ¿qué significa, en realidad, este magnífico proceso? En las honduras de la sociedad se realizaron y tenían que realizarse variaciones orgánicas de estructura que, en conjunto, significaron un poderoso proceso de salubricación. La familia y la propiedad privada fueron restituidas a la gran masa de los siervos, y éstos se elevaron lentamente desde la situación de “instrumento parlante” a la condición del hombre, y su vida familiar fue rodeada por el cristianismo triunfante de fuertes garantías morales. Ya las leyes de protección al campesino, dictadas a fines del Imperio, reconocían la cohesión de la familia en medida no vista hasta entonces. No puede negarse que, simultáneamente, una gran parte de la población cayó en la servidumbre, y la refinada aristocracia antigua descendió a la barbarie. La base de economía natural, que la hipertrofia del trabajo servil había dado a la evolución cultural antigua, cundía cada vez más, a medida que la propiedad en esclavos diferenciaba los capitales y había obligado a todo el edificio, comercial en su origen, a tomar la forma que correspondía a su estructura tendiente al feudalismo, en cuanto el centro de gravedad político se trasladó del litoral al interior y se agotó la provisión de hombres. Así desapareció la envoltura, ya muy delgada, de la cultura antigua, y la vida espiritual de Occidente se sumió en larga noche. Pero su caída recuerda a aquel gigante del mito helénico que recobraba nuevas fuerzas cuando tocaba el seno de la madre tierra. Ciertamente hubiera parecido extraño a los viejos clásicos el mundo en torno si uno de ellos hubiera despertado de sus pergaminos en la época carolingia y contemplado el mundo desde una ventana del

convento: el olor a estiércol le hubiera dado en la cara. Pero los viejos clásicos dormían entonces, como la cultura, el sueño invernal en el seno de una vida económica que se había vuelto campesina. Sólo más tarde, cuando sobre la base de la división libre del trabajo y del tráfico volvió a revivir la ciudad en la Edad Media, cuando el tránsito a la economía nacional preparó la libertad burguesa, cuando quedó rota la sujeción a las autoridades exteriores e interiores de la época feudal, sólo entonces el viejo gigante se incorporó, dotado de nueva fuerza, y elevó el legado espiritual de la antigüedad a la luz de la moderna cultura burguesa.

Max Weber.

(1864-1920)

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO FRANCES

MARIO TORAN

Cooperante Francés

Graduado en la Universidad de Montpellier

Diplomado de Estudios Superiores de Derecho Público

SUMARIO :

Prólogo.— *Sección I.* Diferencia entre los contratos administrativos y los contratos privados de la Administración. El *criterio material* del contrato administrativo. A.—Contratos privados de la Administración según motivo de su objeto. B.—Contratos administrativos por consideración exclusiva de su objeto. El *criterio formal* del contrato administrativo. *Sección II.*—El régimen jurídico de los contratos de la Administración. La formación de los contratos de la Administración. Condiciones de validez “particulares” a los contratos administrativos. La sanción de las condiciones de validez propias de los contratos administrativos. La ejecución de los contratos administrativos. ¿Cuáles son los *poderes de la Administración* en cuanto a su co-contratante? *Poder de:* - *comprobación* y de *dirección - sanción.* Naturaleza de las sanciones contractuales. Anulación unilateral del contrato por la Administración. Régimen jurídico de las sanciones de la inejecución del contrato. *Poder de modificación unilateral* del contrato. - Carácter general. - Limitación a algunas cláusulas del contrato. - Limitación de la importancia de las modificaciones que la Administración puede operar en el contrato de tal modo que su cocontratante esté obligado a ejecutarlas. - Existencia de una contraparte. - *Poder de rescisión unilateral:* Los derechos del cocontratante de la Administración. - A.—La teoría del “hecho del Príncipe”. - B.—La teoría de la imprevisión. - Condiciones del “estado de imprevisión”. - Consecuencias del “estado de imprevisión”.

PROLOGO

El estudio elaborado por el cooperante francés Mario TORAN, graduado de la Universidad de Montpellier en la rama del Derecho Público, constituye un documento importante en la comprensión de la temática del negocio contractual público administrativo.

Este material didáctico se ha elaborado, esencialmente, para el "Curso de Perfeccionamiento para Jueces y Abogados" que se imparte en la Corte Suprema de Justicia durante el año de 1974, y precisamente para el tema de los medios de selección de contratista público y los contratos públicos administrativos.

Este material didáctico es parte del que se les ha proporcionado a los juristas participantes en dicho curso, y tiene la misma finalidad que el resto de los documentos ya entregados en el citado curso: informar, examinar y criticar la problemática inserta en el punto de comentario.

La importancia que tiene el conocimiento del contrato administrativo francés en nuestro medio, es que el sistema contractual estatal que aquí se sigue es el del "contrat administratif"; es decir, la versión francesa de la negociación administrativa. Ya en un trabajo anterior nuestro ("Apuntes sobre la trayectoria histórica de la licitación en Costa Rica"; publicación de la Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Instituto de Derecho Público, 1974), habíamos hecho notar la importancia que tenía (y tiene) en la indicada evolución la influencia francesa, desde el Código Fiscal del 31 de octubre de 1885, que en su artículo 747, que mandaba la licitación como medio de negociación administrativa (op. cit., págs. 6 a 14). Esta influencia se ve reforzada, estimamos, en el "Reglamento de Organización de obras públicas nacionales" del 21 de diciembre de 1889, en el cual incluso se habla de "cuaderno de condiciones", lo cual es una traducción literal del "cahier des charges", que se utiliza en la licitación francesa (idem., págs. 14 y 15).

Por lo demás, a lo largo de la mencionada evolución, el sistema de licitación en Costa Rica siguió la línea francesa, en sus aspectos medulares.

Así las cosas, resulta muy beneficioso conocer la contratación administrativa en Francia, ya que ello nos permitirá comprender la nuestra de un modo más significativo. Cabalmente, a este propósito contribuye el escrito de TORAN, lo que hace del mismo una útil e interesante fuente de conocimiento sobre la figura negocial apuntada.

En el trabajo del cooperante francés se puede observar la temática del contrato administrativo en su país. En él gravita la tesis de esa parte vital del derecho administrativo. Presenta sus aspectos centrales y de la lectura de este ensayo se saca, fácilmente, la configuración propia y específica de tal contrato. Es, por decirlo así, una síntesis fructífera de este tema y cumple a cabalidad su objetivo didáctico.

Ahora bien, ¿cuál es la situación actual en nuestro país del contrato administrativo público?

Existe una Ley de Administración Financiera de la República ya muy criticada, incluso por la Contraloría General de la República, por su carácter incompleto, deficiente y obsoleto (esto se puede leer en las Memorias del organismo contralor de los años 1971, 1972 y 1973). Lo relativo a las licitaciones, o mejor dicho, a los mecanismos de selección de público, en esa ley ya no cumple su función constituyente de reglas del juego aptas para la problemática moderna; preguntamos si esa ley N° 1279 del 2 de mayo de 1951, jugó un papel estratégico en el desarrollo financiero jurídico-contable de la Hacienda Pública. Tal vez, sí; pero, tiene un problema de nacimiento (explicable en su momento de elaboración: el ser manipulada y fijada por inscivillistas; y, a ún más, el estar montada sobre las llamadas Leyes de Ordenamiento Fiscal de 1945, promulgadas durante el Gobierno de Teodoro Picado, con base en los estudios del economista salvadoreño Manuel Enrique Hinds).

Desde 1945 hasta el presente se monta la contratación administrativa pública sobre una normativa semejante. Los Gobiernos de turno no le han hecho reformas sustanciales. La politicidad con que está empapada la negociación citada, puede ser un factor que explique el porqué esa normativa permanece inmutable, en buena medida. Bien podría ir, a estas alturas del año de 1974, el monto de las licitaciones (tanto públicas como privadas) y de la contratación directa, cerca de aproximadamente, doscientos millones de colones. Existe, pues, una cantidad de dinero que produce pingües ganancias a los que participan en la contratación pública administrativa. Las presiones políticas de los grupos de presión, de los grupos de interés, etc., se hacen presentes en este batalla campal por la negociación indicada. El principio del "contratista interpuesto" —pivote de esa contratación, entre otros— levanta toda su riqueza jurídica en bien de la riqueza económica que

deriva rumbo a los bolsillos de los "contratistas colaboradores del Estado". Eludir la temática política subyacente en el contrato administrativo es ingenuo, ya que es una trivialidad la relación entre el cosmos político y el cosmos administrativo-contractual. Esta relación estrecha se "estrecha más" gracias al mecanismo de las sociedades anónimas que facilitan y favorecen que los políticos y altos jerarcas públicos tengan posibilidad de participar en las licitaciones públicas y en general en la contratación administrativa, favoreciéndose económicamente, como es natural. Por ello, los controles que implica el sistema de selección de contratista público son muy relativos y se deben ver con respecto de la modalidad de la contratación directa, que coadyuva mucho más a los contubernios y arreglos entre particulares y la Administración; o, entre administradores que se convierten en contratistas del Estado, gracias, entre otros mecanismos posibles (además del de las sociedades anónimas), a la testaferría. Así, el control de la legalidad y de la moralidad administrativa es relativo y circunstancial. Diariamente los medios de comunicación colectiva de Costa Rica se refieren a las posibles relaciones entre sociedades anónimas, manipuladas por políticos nacionales, y contrataciones administrativas. Es decir, públicamente se discute y se comenta esta conexión entre política y contratación estatal.

Claro está, que —como se dijo— es una mera relación de grado entre la contratación directa (negociación expedita y con pocos controles, para contratar con un determinado empresario sin mediar concurso alguno); y, la licitación pública, con formalismos y sujeciones a la Ley de Administración Financiera de la República en cuanto tal concurso es público. Como se sabe, la licitación pública trata de garantizar relativamente la legalidad y la moralidad administrativa; y, esa relatividad se acentúa cuando intervienen, (como "expedientes explicativos" de la negociación), las sociedades anónimas y los testaferreros. Pero, de todos modos, la pugna es entre comerciantes y empresarios por el afán de lucro; y, a la larga, todos son partícipes, probablemente, de la neurosis del lucro; lucro legítimo y legitimado, por supuesto, por el ordenamiento jurídico vigente en nuestro país.

En fin, es hora de que de la Asamblea Legislativa salgan una ley de contratos del Estado, un reglamento correlativo, una ley de procedimiento administrativo y una ley de la Administración Pública. Este paquete de normas, al menos, hará racional la actividad administrativa y contribuirá a contar con "reglas del juego" más eficientes y acordes con los tiempos modernos.

¿Esto lo entenderán así los políticos y los empresarios, además de los denominados "administradores y servidores públicos"?

Temo que no.

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez.

LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN EL DERECHO FRANCES

Si uno de los rasgos característicos del derecho administrativo es la situación preeminente que ocupan los actos jurídicos unilaterales de la Administración, también es verdad que el procedimiento del contrato es frecuentemente utilizado por los diversos organismos administrativos.

En estos contratos pueden intervenir dos o más organismos administrativos, o un organismo administrativo, y uno o varios particulares.

Estos "contratos de la Administración" pueden ser definidos como los contratos convenidos entre particulares y el Estado; como actos jurídicos resultantes de un acuerdo de voluntades y que tienen por efecto crear, entre las partes, una relación de derechos y obligaciones recíprocos.

El régimen jurídico de estos contratos es en algunos casos análogo al que concierne a los contratos hechos entre particulares (lo que implica que los litigios que pudiera haber son de la competencia de los tribunales judiciales), otras veces excede del derecho común (la competencia es entonces administrativa), por lo que podemos plantear un doble problema.

—¿Cómo podemos distinguir los contratos privados de la Administración de los contratos administrativos (esta última expresión sirve siempre para designar los contratos de la Administración sometidos a un régimen de Derecho Público)?

—¿Cuáles son los elementos característicos del régimen jurídico aplicables a estos contratos administrativos?

SECCION I. *Diferencia entre los Contratos Administrativos y los Contratos Privados de la Administración.*

Estas dos categorías de contratos tienen necesariamente un rasgo común, que consiste en el hecho de que una de las partes del contrato, por lo menos, es un organismo administrativo.

En principio, por consiguiente, la distinción necesaria de estas dos categorías no debería poder hacerse desde un punto de vista orgánico.

Un problema se plantea, aún, a causa de la existencia de dos categorías de organismos administrativos, los que están constituidos conforme al Derecho Público (Colectividades Públicas, Establecimientos Públicos), y aquellos constituidos conforme al Derecho Privado (Establecimientos Privados Administrativos).

El problema es saber si la distinción de los contratos administrativos y de los contratos privados de la Administración interesan al mismo tiempo a las personas morales de Derecho Público y a los establecimientos privados administrativos, o si, al contrario, los contratos firmados por estos últimos no serían necesariamente contratos de derecho privado y sólo las personas morales de derecho público podrían concluir contratos con "carácter administrativo".

Este problema fue aclarado por la jurisprudencia en el sentido de la primera proposición; el Tribunal de los Conflictos estimó que los acuerdos concluidos por una sociedad de economía mixta encargada de la construcción de una autopista con otras compañías privadas que participan en la ejecución de los trabajos, eran contratos de trabajos públicos, y tenían pues el carácter de contratos administrativos.

El mismo "arret", y varios otros que lo siguieron han reservado todavía la posibilidad de un establecimiento privado administrativo, para concluir contratos que presentan un carácter administrativo en la hipótesis en la cual estos organismos "actuarían por cuenta de una persona moral de derecho público". (*)

El Criterio Material del Contrato Administrativo

El objeto de los contratos que constituye el elemento esencial no siempre determinante, es el que permite considerarlos como administrativos o privados.

En una primera serie de casos, este carácter administrativo o privado resulta de una determinación de la ley, ciertos textos ya indicaron cuáles serían las jurisdicciones competentes para conocer las dificultades que se podrían presentar, tenemos pues:

1º Contratos administrativos por determinación de la ley: Ley del 28 de PLUVIOSE AN VIII (Contratos de Trabajos Públicos, contratos relativos a la venta de inmuebles del Estado), leyes del 17.6.1790 y del 26.9.1793 (Empréstitos del Estado), decreto-ley del 17-6-1938 (contratos que comportan ocupación del dominio público).

2º Contratos privados de la Administración por determinación de la ley, decreto del 22.4.1905 (contratos relativos al mantenimiento de los cuerpos de tropa).

(*) Tribunal de Conflictos 8-7-1963 Sociedad de la Autopista ESTEREL Cote d'Azur.

De manera más general, la jurisprudencia tuvo que encontrar un criterio general de distinción para los contratos en los cuales la ley no daba ninguna indicación, tal criterio se relaciona evidentemente con la cláusula general de competencia entre jurisdicciones administrativas y judiciales, porque el carácter administrativo o privado del contrato determina la competencia jurisdiccional.

Resulta de esto que los contratos administrativos son los contratos concluidos en el marco del cumplimiento de una misión de servicio público administrativo, entonces:

—Ciertos contratos nunca serán administrativos porque su objeto no corresponde a esta definición.

—Los contratos cuyo objeto corresponde a esta definición serán en principio administrativos, salvo el caso de gestión privada (opción voluntaria de la Administración en beneficio del derecho privado): esta posibilidad de recurso de gestión privada explica que el elemento material no es siempre determinante para caracterizar el contrato administrativo, pero como este recurso de gestión privada no es posible en todos los casos, existen contratos cuyo objeto es tal que basta para darles un carácter administrativo.

A.—Contratos Privados de la Administración según motivo de su Objeto.

Estos contratos tienen necesariamente el carácter de contratos privados porque su objeto no corresponde a la definición material del contrato administrativo. Se trata de:

1° Los contratos concluidos en el marco de una actividad que no presenta el carácter de un servicio público. Por ejemplo: los contratos que se relacionan con la explotación del dominio privado de la Administración, Consejo de Estado 14-5-1943 Commune de JOINVILLE.

2° Los contratos concluidos en el marco de una actividad de servicio público que presenta un carácter industrial o comercial. Sobre ese punto hemos de señalar todavía la existencia de ciertas imprecisiones jurisprudenciales que pueden dejar dudas sobre el carácter general de esta solución.

—En una primera serie de “arrets”, la jurisprudencia planteó en principio que los contratos de los servicios industriales y comerciales eran privados, excepto en el caso en que contengan “cláusulas exorbitante del decreto común”: Tribunal de los Conflictos 14-11-1960 Sté. VANDROY-JASPAR c/O.N.I.C.

—Poco tiempo después, otras decisiones consideraron, al contrario, que la presencia de cláusulas exorbitantes del derecho común no podía conferir el carácter administrativo al contrato de un servicio público industrial o comercial. (Consejo de Estado. 13-10-1961. Etabl. CAMPANON-REL. Tribunal de los conflictos 17-12-1962. Sra. BERTRAND).

No es cierto que estas sentencias promuevan una vuelta en la jurisprudencia porque las dos se relacionan con contratos hechos por

un servicio industrial o comercial con sus usuarios. Nos podemos preguntar si la misma aplicaría igualmente a otros contratos concluidos con otras personas diferentes de los usuarios, por ejemplo, el personal, los proveedores, etc. Podemos pensar que sí, pero evidentemente, tenemos que esperar que la jurisprudencia se pronuncie de manera clara.

B.—Contratos Administrativos por consideración exclusiva de su Objeto.

Se trata, según los términos de la jurisprudencia, de contratos que tienen como fin “asociar estrechamente el cocontratante de la Administración a la ejecución del servicio público”. Se trata:

1° de contratos que tienen por objeto confiar a un particular la responsabilidad de ofrecer al público ciertas prestaciones que normalmente deberían ser proporcionados por la Administración. Consejo de Estado. 20-4-1956 Esposos BERTIN (particulares que aceptaron alimentar refugiados soviéticos en instancia de repatriación y albergados en un centro creado por la Administración).

La explicación de la solución, en este caso, es simple: La Administración descarga sobre un particular el cuidado de cumplir las operaciones materiales que ella misma debería efectuar, pues se trata de modalidades de ejecución del servicio público; no puede desentenderse de las condiciones en las cuales estas operaciones son ejecutadas, ella debe poder controlar su realización, y disponer del derecho de tomar las medidas que parecieran indispensables en el caso donde las condiciones en las cuales su cocontratante ejecutaría sus obligaciones, se revelarían contrarias o mal adaptadas a las exigencias del Servicio Público. Ahora bien, se verá más allá que la calificación administrativa de un contrato tiene precisamente para efectos de asegurar a la Administración, sin estipulación especial contenida en el contrato, una situación preeminente relacionada con la de su cocontratante; en el caso donde el contrato es privado, al contrario, la regla normalmente aplicable es la de la igualdad entre las partes en el contrato.

2° Los contratos de alquileres de servicios, por los cuales la Administración recluta agentes para cumplirlos. En este caso, la solución se explica por el hecho de que los esfuerzos administrativos son normalmente asegurados por un personal que está sometido a un status especial, de carácter no contractual, sensiblemente bastante diferente del derecho común del trabajo. En la medida, por consecuencia, en donde la Administración recluta agentes por contrato, pero para asegurar las misiones análogas a aquellas que están aseguradas por funcionarios, parece lógico acercar cuanto sea posible la situación jurídica de estos agentes contractuales de la de los funcionarios, la calificación administrativa del contrato tiene de manera precisa este efecto.

El Criterio Formal del Contrato Administrativo.

Este criterio formal interviene solamente a título complementario para hacer declarar administrativos unos contratos que, aunque cumplidos en el marco de una misión de servicio público, no tienen un objeto tal que puedan ser considerados como administrativos por su solo hecho. En otros términos se trata aquí de hipótesis en las cuales la Administración puede optar sea por la gestión pública, sea por la gestión privada.

En estos casos la jurisprudencia considera que la presencia, en el contrato, de "cláusulas exorbitantes del derecho común", revela la intención de la Administración de recurrir a la gestión pública. La solución es lógica pero su aplicación hace surgir el problema de saber lo que hemos de entender por esta expresión de cláusula "exorbitante" del derecho común".

Según una primera interpretación muy restrictiva, la cláusula exorbitante del derecho común sería la cláusula "imposible" de introducir en un contrato intervenido entre particulares. La jurisprudencia, sin embargo, utilizó la expresión de "cláusulas que no son susceptibles de ser libremente consentidas en el marco de las leyes civiles y comerciales". (Consejo de Estado. 15-2-1935. Sociedad Francesa de Construcción).

Esta solución si hubiera sido definitivamente observada, habría tenido por efecto delimitar prácticamente la categoría de los contratos administrativos a los actos que tienen por objeto confiar al cocontratante de la Administración la ejecución misma del servicio público. En efecto la cláusula "imposible", en los contratos entre particulares es solamente la cláusula ilícita, porque las partes tienen la libertad de incluir en sus contratos las cláusulas que juzguen útiles de común acuerdo; ahora bien, lo que es ilícito para los particulares también es ilícito para la Administración. Prácticamente, por consiguiente, el único tipo de cláusulas correspondientes a esta primera interpretación de la noción de cláusulas exorbitantes del derecho común, sería el que tendría por objeto conferir cocontratante de la Administración privilegios en relación con terceros (por ejemplo el derecho de percibir una cuota); pero este tipo de cláusulas será evidentemente poco frecuente en contratos cuyo objeto, si interesa al servicio público, no le concierne por definición sino de manera indirecta. C.E. 3-7-1925 de MESTRAL.

Según una segunda interpretación, que es la que finalmente la jurisprudencia reconoció, la cláusula exorbitante del derecho común es la que es "inhabitual" en los contratos entre particulares.

Son consideradas como cláusulas exorbitantes del derecho común:

—las que tienen por objeto conferir a la Administración una situación de superioridad en cuanto a su cocontratante (por ejemplo el derecho de anulación, derecho de sanción). Tribunal de los Conflictos 28-5-1962. Consortes CAZAUTETS c/Ciudad de LIMOGES.

—las que de manera indudable son inspiradas consideraciones de interés general no susceptibles de manifestarse en los contratos entre particulares. Consejo de Estado. 23-12-1953. Sra. Viuda Lillo.

SECCION II.—El Régimen Jurídico de los Contratos de la Administración.

Este régimen jurídico no es enteramente diferente, aun para los contratos administrativos, del régimen de los contratos regidos por las reglas del derecho privado; veremos aquí los dos dominios en los cuales el carácter específico de este régimen es más evidente, es decir:

El de la FORMACION de los contratos de la Administración (en este caso el carácter específico no concierne únicamente a los contratos administrativos).

El de la EJECUCION de los contratos "administrativos".

La Formación de los Contratos de la Administración.

La conclusión de los contratos de la Administración, para crear un acto susceptible de producir efectos jurídicos, tiene que comportar cierto número de elementos que condicionan su validez.

En cierto dominio, estas condiciones de validez de los contratos administrativos son exactamente idénticas a las que exige el derecho civil para los contratos concluidos entre particulares:

—el consentimiento de las partes no tiene que haber estado viciado; las anotaciones de errores, dolo, lesión, se pueden aplicar a todos los contratos de la Administración, y tienen por efecto la nulidad del contrato que presenta estos vicios, que afecten el consentimiento de la Administración o de su cocontratante.

—es menester que el objeto y la causa del contrato sean lícitos.

Condiciones de Validez Particulares a los Contratos Administrativos.

a.—Condiciones relativas al autor del acto.

—Es menester que el contrato haya sido concluido, por cuenta del organismo implicado, por la autoridad competente para este efecto. (Si el contrato fue concluido entre organismos administrativos, esta condición tiene que ser cumplida por las dos partes).

—En el caso del Estado, la autoridad normalmente competente es el Ministro, que firma los contratos que interesan a su departamento; también puede ser otra autoridad que recibió delegación regular para que tal efecto.

—En el caso de otros organismos administrativos, la autoridad normalmente competente es la autoridad ejecutiva (Prefecto, Alcalde...).

—Sólo la firma del acto por esta autoridad normalmente competente (con tal que haya sido regularmente investida de los poderes que ejerce) tiene por efecto, conjuntamente con el consentimiento del cocontratante, crear derecho y obligaciones en contra o en beneficio de las partes.

b.—Condiciones Relativas al Objeto del Acto.

El objeto tiene que estar conforme con la competencia del organismo en nombre del cual fue concluido; aquí encontramos aplicación de la regla relativa a la especialidad de la competencia de las personas morales administrativas.

c.—Condiciones Relativas al Procedimiento Judicial de la Conclusión del Contrato.

Los contratos administrativos tienen generalmente por objeto, salvo en casos excepcionales, la realización de operaciones que se relacionan con el funcionamiento de servicios públicos; de esto resulta que el procedimiento de su conclusión está sometido a una serie de normas que tienen como fin proteger los intereses de la Administración.

Las normas principales pueden agruparse bajo tres puntos:

1º habilitación de la autoridad competente para concluir el contrato en nombre de la Administración:

Encontramos aquí una consecuencia del hecho de que el poder de representación de un organismo es normalmente dividido entre varias autoridades.

—En el caso de los contratos del Estado, la firma del Ministro tiene que ser precedida por el visto bueno del Contralor Financiero del proyecto del contrato, porque, desde el punto de vista financiero, la conclusión del contrato implica gastos públicos.

—En el caso de contratos concluidos por cuenta de otros organismos administrativos, la autoridad ejecutiva tiene que haber estado habilitada por una decisión de la autoridad de deliberación que conoció el proyecto de contrato.

A pesar de estas condiciones generales de habilitación, hemos de hacer ver que la conclusión de ciertos tipos de contratos está sometida a la autorización previa de diversos organismos.

—los contratos que se relacionan con la adquisición, la enajenación, el ordenamiento de bienes inmobiliarios tienen que ser aceptados por una comisión de aprobación de operaciones inmobiliarias,

—algunos contratos de las colectividades locales están sometidos a una autorización previa de la autoridad de tutela (empréstitos por ejemplo).

2º Aprobación del contrato después de su aprobación por la autoridad competente.

Hemos de señalar particularmente que, acerca de este punto el "derecho de los contratos" se aparta del de los actos unilaterales de la Administración porque la falta de aprobación regular constituye una causa de nulidad del acto unilateral, por lo menos en principio. La regla de la aprobación atañe sobre todo a los contratos de las colectividades locales y profesionales y de los establecimientos públicos.

3º Libertad limitada de la Administración en la elección de su cocontratante.

Dos motivos principales se oponen a que la Administración concluya un contrato con cualquier persona, y explican la presencia de textos numerosos que limitan su libertad de elección:

—El contrato que se refiere al funcionamiento de un servicio público, tiene que ser concluido con las personas que aparecen más competentes, desde un punto de vista técnico, para asegurar la buena ejecución de éste.

—Es menester que el contrato que interesa a las finanzas públicas, pueda ser concluido con las personas que tengan más competencia para asegurar una buena ejecución con el menor gasto para la Administración.

Estos dos objetivos no son siempre conciliables; esto nos permite entender mejor la relativa variedad de procedimientos de conclusión de los contratos de la Administración previstos por los textos. Encontramos los sistemas de:

—"Adjudicación abierta" (cualquier persona puede formular una oferta, la Administración tiene que escoger la más barata).

—"Adjudicación cerrada" (selección previa de las personas que pueden ofrecer sus servicios con obligación, por parte de la Administración, de escoger las más baratas).

—El "contrato con llamada a ofertas" (publicidad y competencia como en el caso de la adjudicación, pero sin obligación automática de parte de la administración de aceptar la oferta más barata).

—El "contrato con arreglo directo" (publicidad y competición, pero libertad de parte de la Administración de concluir el contrato con otra persona que no tomó parte en la competición).

En lo que atañe a los contratos del Estado, los ministros pueden escoger cualquiera de los tres primeros procedimientos, con posibilidad limitativa de utilizar el cuarto método; para los contratos de las colectividades locales, la adjudicación es la regla, pero también pueden utilizar los otros procedimientos.

La Sanción de las Condiciones de Validez Propias de los Contratos Administrativos.

Esta sanción es, evidentemente, la nulidad del contrato si carece de una de estas condiciones, de la misma manera que si faltara una de las condiciones de validez aplicables a todos los contratos (vicio de consentimiento). Se trata de un acto de carácter contractual, su nulidad sólo puede ser pronunciada por un juez que será:

—El juez “judiciario” (contratos privados de la Administración).

—El juez administrativo (contratos administrativos).

Hemos de notar que el ejercicio de estas sanciones ocasiona dos tipos de dificultades.

1.—Dificultad relativa a las personas interesadas en esta anulación.

En el caso de los contratos administrativos, las partes no son las únicas interesadas para pedir la anulación del contrato, por ejemplo, cuando el contrato es susceptible de nulidad porque el consentimiento de una de las partes ha sido viciado por un error o un dolo, en el régimen común sólo la víctima podría intentar la acción; en este caso otras personas pueden pedir esta nulidad.

Por ejemplo, si la Administración concluye un contrato con el procedimiento de la adjudicación sin respetar las reglas propias a este tipo de conclusión de los contratos, los particulares que habían hecho una oferta a un precio inferior tienen interés para pedir la anulación de este contrato.

Otro ejemplo: una Municipalidad concluye un contrato en el cual confía a un particular la ejecución de un nuevo servicio público de carácter industrial y comercial. Este contrato tiene una doble significación: trae creación de un servicio público industrial o comercial, y determina las condiciones en las cuales este servicio será administrado por un co-contratante de la Municipalidad.

Es evidente que las personas que ejecuten una actividad análoga a la del nuevo servicio, tendrán interés para pedir la anulación del contrato si les parece que éste permite al concesionario competirles en condiciones ventajosas con motivo del apoyo que le da la Municipalidad. También tendrían interés los contribuyentes de la Municipalidad cuando el contrato otorgue ventajas financieras al concesionario para la ejecución de un servicio fuera de la especialidad municipal.

2.—Dificultad relativa a la competencia de los Tribunales Judiciales.

Esto son competentes cuando el contrato de la Administración tiene carácter de contrato privado. Pero si esta competencia no ocasiona ningún problema en lo que se refiere a las condiciones generales de validez de los contratos, ocasiona, al contrario, en lo que atañe a las condiciones propias de los contratos de la Administración porque la apreciación de la validez del contrato le conduciría a tomar posición acerca de cuestiones de competencia, de vicio de forma, que son propiamente cuestiones relativas a la aplicación de las reglas del Derecho Administrativo, evidentemente, en tal caso, la dificultad será superada, normalmente, por el método de las cuestiones “prejudiciales” de las cuales el juez “judiciario”, ordinario o civil mandará a conocer al juez administrativo. Hemos de preguntarnos también, si otras personas fuera de los co-contratantes tienen interés en la constatación de la irregularidad de la conclusión de un contrato, si tendrán la posibilidad y deberán intentar una acción principal de anulación de

este último ante el juez ordinario o “judiciario”, o si tendrán, la posibilidad de plantear este asunto directamente ante el juez administrativo. La jurisprudencia superó estas dos dificultades complementarias gracias a la noción de acto “separable” del contrato, que consiste en:

—Considerar la conclusión de un contrato por la administración como una operación de carácter complejo que comprende ciertos elementos de carácter unilateral (manifestación unilateral de la voluntad administrativa) y elementos de carácter contractual (manifestación convergente de la voluntad de la Administración y de la voluntad de su cocontratante).

—Admitir que los elementos de carácter unilateral incluidos en la operación global de la conclusión del contrato constituyen actos administrativos “separables” del contrato y, por consiguiente, susceptibles de ser objetos de recurso por exceso de poder de parte de cualquier persona a quien causaron perjuicio.

Fueron considerados como “actos separables”:

—decisiones relativas a la habilitación de la autoridad competente para concluir el contrato. Consejo de Estado. 13-12-1939 SEGUINAUD. (recurso por exceso de poder contra la deliberación de un Concejo Municipal que aceptaba un proyecto de un contrato que tenía por objeto confiar a un particular la gestión de un cine municipal —anulación de esta deliberación porque organizaba de manera irregular un servicio público industrial y comercial);

—decisiones que se relacionaban con la autorización de un contrato: Consejo de Estado 20-1-1950 Municipalidad de TIGNES (recurso contra la decisión que declaraba de utilidad pública trabajos que se debían ejecutar para la construcción de un dique; esta declaración de utilidad pública era un acto de autorización de contratos de trabajos públicos; el recurso fue aceptado).

—decisiones relativas a la selección del cocontratante por la Administración. Consejo de Estado. 28-7-1952 GUEUDET. (recurso aceptado contra la decisión de un alcalde que determinaba las condiciones en las cuales los candidatos a la conclusión de un contrato serían admitidos para efectuar una obra);

—decisiones de conclusión del contrato por la autoridad competente a tal efecto.

Aquí la solución parece más difícil de justificar, siendo esta decisión, en principio, constitutiva del compromiso contractual de la Administración: es el consentimiento de la Administración a este acto, que tiene por efecto hacerlo definitivo cuando está permutado con el consentimiento del cocontratante.

La Jurisprudencia admitió aun el carácter separable de tales decisiones, pero únicamente en lo que se relaciona con las partes del contrato, que pueden:

—plantear un recurso de exceso de poder contra esta decisión. Consejo de Estado. 9-11-1934. Cámara de Comercio de TAMATAVE.

—invocar la irregularidad de esta decisión por una cuestión perjudicial planteada en un recurso de anulación del contrato presentado ante el juez competente para pronunciar tal anulación. Consejo de Estado. 8-4-1911. Municipalidad de OUSE-SUZAN. (recurso planteado por un alcalde recientemente elegido contra un contrato concluido por su predecesor en nombre de la Municipalidad, con motivo de que las cláusulas del contrato serían contrarias a las cláusulas aprobadas anteriormente por el Concejo Municipal. Aplazamiento para estatuir, decidido por el juez "judiciario", hasta el momento en el cual la jurisdicción administrativa dará apreciación sobre la regularidad del acto del alcalde anterior.

Esta referencia a la noción de "acto separable", por muy interesante, sólo puede tener efectos limitativos en el sentido de que la anulación de la decisión separable del contrato, resulta de la constatación de una irregularidad que tiene por efecto viciar a este último, no tiene por consecuencia ipso facto la nulidad del contrato; la anulación de este último sólo podrá ser pronunciada por el juez del contrato, y sobre el recurso de una de las partes.

La Ejecución de los Contratos Administrativos.

Es particularmente sobre este punto que el régimen de los contratos administrativos se distingue con claridad del de los contratos privados de la Administración como del de los contratos firmados entre particulares.

La originalidad que presenta en esta materia el régimen jurídico de los contratos administrativos encuentra su explicación en el hecho de que el objeto del contrato es permitir funcionar el servicio público, lo que tiene dos conjuntas consecuencias;

—La Administración tiene facultades de vigilancia sobre la ejecución de un acto cuya correcta aplicación constituye un elemento esencial del buen funcionamiento de un servicio público. El principio de igualdad entre cocontratantes, característico de los contratos privados, es matizado por la situación preeminente de la Administración en cuanto a su cocontratante.

—Por otra parte, el cocontratante de la Administración está asociado a la ejecución del servicio público. Esto facilita el hecho de que tendrá en ciertas ocasiones una situación más favorable que la que hubiere tenido si hubiere firmado un contrato con otro particular.

¿Cuáles son los poderes de la Administración en cuanto a su cocontratante?

El cocontratante de la Administración tiene, normalmente, que ejecutar las obligaciones impuestas por el contrato que suscribió; como cualquier cocontratante no puede ser relevado de esta obligación de ejecutar, en principio, sino en casos de fuerza mayor (y otra hipótesis excepcional que examinaremos luego).

Por otra parte, los contratos administrativos siendo siempre concluidos "intuitu personae" (limitación de la libertad de la Administración en la elección de su cocontratante), resulta que esta ejecución tiene que ser personal, los trasposos de contratos están prohibidos (salvo acuerdo de la Administración).

El aspecto característico de la situación del cocontratante de la Administración, en el caso donde el contrato tiene un carácter administrativo reside en el estado de relativa subordinación en la que se encuentra en cuanto al organismo con el cual concluyó el contrato, y que resulta de los cuatro poderes siguientes; de los que la Administración dispone en virtud de una estipulación del contrato o de oficio.

1.—Poder de Comprobación y de Dirección.

La Administración puede vigilar de manera permanente la forma en la cual su cocontratante ejecuta sus obligaciones, este poder parece indispensable para permitirle ejercer efectivamente otras prerrogativas que vamos a examinar.

Por otra parte, algunos tipos de contratos implican de manera automática, la posibilidad de la Administración, de darle directivas a las cuales tiene que obedecer. Es el caso en particular para los contratos de trabajos públicos, durante cuya ejecución el contratista tiene que conformarse con las *órdenes de servicio* que recibe de parte de la Administración. Consejo de Estado. 22-2-1952. Sociedad de Explotación de los Productos INGRAND.

2.—Poder de Sanción.

Este poder es el complemento lógico del anterior; significa que en caso de inejecución del cocontratante de una de sus obligaciones (mala ejecución, atraso en la ejecución, traspaso sin autorización), la Administración podrá directamente imponerle sanciones, sin estar obligada a plantear un recurso ante un juez, esto en virtud del "Privilegio del Previo".

Naturaleza de las sanciones contractuales.

Sanciones pecuniarias: están previstas en el contrato, consisten en penalidades que la Administración podrá imponer a su cocontratante cuando estén cumplidas las condiciones previstas en el contrato para justificar una sanción, y aunque la Administración no haya sufrido ningún perjuicio. Consejo de Estado. 14-5-1944 SKOU-LOUKOS.

También el co-contratante incumplidor podrá ser condenado por daños y perjuicios, pero en este caso, la sanción será pronunciada por un juez.

Sanciones coercitivas: consiste en el hecho de que la Administración va a sustituir a su cocontratante de dos modos:

—La Administración va a ejecutar ella misma el contrato.
—La Administración llamará a un tercero para que ejecute el contrato a costo y riesgo de su cocontratante original.

Este poder de sanción existe aunque no se estipule en el contrato: la Administración no puede ejercerlo sino cuando el cocontratante haya cometido una falta grave.

Anulación Unilateral del Contrato por Administración.

Esta anulación puede proceder a título de sanción de la inexecución de sus obligaciones por el cocontratante de la Administración o sin tener el carácter de sanción, cuando tiene la forma de una sanción su pronunciamiento está sometido a la observación de ciertas reglas que hemos de examinar.

La naturaleza de las sanciones de las cuales la Administración dispone, en cuanto a su cocontratante, es bastante amplia, hemos de notar todavía que la inexecución de obligaciones contractuales nunca puede ser sancionada penalmente.

Régimen Jurídico de las Sanciones de la Inejecución del Contrato.

Es bastante parecido al de las sanciones administrativas de la inexecución de los actos unilaterales de la Administración (pero aún el poder de sanción existe en pleno derecho para toda clase de contratos administrativos) es decir:

—que la Administración antes de ejercer una sanción, tiene que intimar a su cocontratante a que cumpla sus obligaciones. (Este requerimiento es obligatorio, únicamente cuando lo permiten las circunstancias).

—que la Administración tiene que respetar a pesar de las condiciones particulares previstas por los textos para cada clase de sanción, el principio general de los derechos de la defensa.

El uso regular de este derecho de sanción será sancionado por el juez administrativo, pero la decisión de sanción relacionándose, con la ejecución de un contrato, el juez podrá conocer del caso únicamente por medio de un recurso de plena jurisdicción.

3.—Poder de Modificación Unilateral del Contrato.

Este poder implica que la Administración puede en el curso de la ejecución del contrato administrativo, modificar la extensión de las prestaciones a ejecutar por su cocontratante, o la naturaleza de estas prestaciones; pero este poder va en contra del principio de inmutabilidad de los contratos, que caracteriza a los contratos privados. Presenta cuatro caracteres principales:

—Carácter general: existe sin ninguna estipulación especial para todos los contratos administrativos; (aunque la cuestión fuere dis-

cutida por algunos autores; Doctor L'HUILLIER "Son los contratos administrativos leyes para la Administración?" DALOZ 1953 Crónica p. 87).

Limitación a algunas Cláusulas del Contrato.

Este poder se puede explicar por la necesidad de adaptar el objeto del contrato a las nuevas necesidades del interés público (ejemplo clásico de la modificación de las concesiones para el alumbrado público, los concesionarios tuvieron que recurrir a la electricidad y abandonar el gas). Pero, las cláusulas que no atañen directamente al funcionamiento del servicio público no pueden ser modificadas unilateralmente por la Administración (por ejemplo, las cláusulas relativas al precio que la Administración se comprometió a pagar).

Limitación de la Importancia de las Modificaciones que la Administración puede operar en el contrato de tal modo que su cocontratante esté obligado a ejecutarlas.

La solución se comprende en este caso porque nos encontramos todavía en una situación contractual, donde el compromiso de las partes resulta del consentimiento que dieron al acto determinando sus derechos y obligaciones respectivas.

Si admitiéramos, entonces, que el cocontratante de la Administración está obligado a ejecutar cualquier nueva orientación que ésta quisiera imponerle, ya no tendrá ningún sentido el principio que dice que las partes de un contrato administrativo se comprometieron únicamente en su consentimiento.

Cuando las modificaciones que quiere efectuar la Administración en los términos del contrato exceden ciertos límites (esta constatación es de la competencia del juez administrativo) su cocontratante no puede ser obligado a ejecutarlas y puede pedir la rescisión del contrato.

—Existencia de una Contraparte, que consiste en el derecho del cocontratante de ser indemnizado por la Administración en la totalidad de las cargas suplementarias que le incumben, debido a la modificación decidida por la Administración.

4.—Poder de Rescisión Unilateral.

Unas veces, ya lo hemos visto, este poder se manifiesta para sancionar una falta cometida por el cocontratante de la Administración. Esta puede utilizarlo, además, aun cuando no exista ninguna falta, cuando le parece que un contrato concluido anteriormente, ya no corresponde a las necesidades ulteriores del servicio público.

—este poder es general, existe para todos los contratos administrativos, sin estipulaciones especiales.

—es un poder de orden público, es decir, que la Administración no puede renunciar de ejercerlo.

—es un poder discrecional, es decir, que la Administración es libre de apreciar los motivos que la conducirán a la rescisión unilateral del contrato. Pero estos motivos tienen que corresponder a las exigencias del interés público.

—la rescisión unilateral de un contrato abre para el cocontratante un derecho a la indemnización a fin de compensar:

* el daño causado (*damnum emergens*) por la rescisión.

* la ganancia que no pudo conseguir (*Lucrum cessans*).

Los Derechos de Cocontratante de la Administración.

El cocontratante como acabamos de verlo, está colocado, a razón del carácter administrativo del contrato, en una situación de dependencia bastante estrecha en cuanto a la Administración, colabora más o menos directamente a la ejecución de un servicio público, en una situación más favorable que si hubiera firmado un contrato con otro particular. Sus derechos pueden ser clasificados en tres categorías:

—Tiene derecho como en un contrato ordinario, a lo que la otra parte ejecute con cuidado de las obligaciones que suscribió. Hemos visto que las cláusulas del contrato que determinan las obligaciones de la Administración no pueden ser modificadas unilateralmente por ellas.

—tiene derecho también, de ser indemnizado de las consecuencias pecuniarias de las medidas tomadas por la Administración en el ejercicio de sus poderes excepcionales de modificación y de rescisión unilateral del contrato; el derecho de ser indemnizado compensa la alteración hecha al principio de la inmutabilidad de los contratos en nombre del interés público.

—tiene derecho, por fin, en ciertas condiciones, que hemos de desarrollar, a una indemnización cuando en la ejecución del contrato ciertos acontecimientos tienen por efecto volver esta ejecución más difícil y más cara; este derecho tiene por efecto obtener una situación particularmente ventajosa, ya que lo asegura, en una amplia medida, donde el equilibrio financiero de su contrato será protegido; en relaciones entre particulares, al contrario, los contratos siempre tienen un carácter más o menos aleatorio porque el cocontratante cuyas esperanzas de provecho no fueron logradas tiene todavía que cumplir sus obligaciones, aunque fuera con pérdida, y sin ninguna compensación, desde luego que esta ejecución resulta posible cuando no hay fuerza mayor. La situación muy favorable del cocontratista de la Administración resulta de:

—la teoría del “hecho del príncipe”

—la teoría de la “imprevisión”.

A.—La Teoría del Hecho del Príncipe.

El que concluyó con la Administración un contrato administrativo tiene derecho de ser indemnizado íntegramente de las consecuencias pecuniarias que resultaren para él, “del hecho del príncipe”, es decir, de una medida tomada en nombre del organismo con el cual contrató, que tuvo por efecto dejar sus obligaciones indirectamente más difíciles. Ejemplo: una Municipalidad firma un contrato con un laboratorio farmacéutico en el cual, éste se compromete a procurar, por un precio determinado, medicamentos para el dispensario municipal. Durante el período de ejecución del contrato, el alcalde, utilizando sus poderes de policía, ordena que cierren, por causa de insalubridad, una fábrica de productos químicos en la cual el laboratorio se abastecía de varios elementos que le permitían fabricar los medicamentos, de tal modo que desde luego tienen que abastecerse en otra fábrica ubicada mucho más lejos; la ejecución de sus obligaciones es mucho más difícil y de mayor costo, tiene pues derecho a una indemnización.

A raíz de este ejemplo podemos explicar mejor la noción de “hecho de príncipe”.

1.—El hecho del príncipe no es la decisión de modificación unilateral del contrato, que tiene por objeto modificar la naturaleza o amplitud de las obligaciones del cocontratante aunque esta decisión y la que constituye un hecho de príncipe emanan del mismo organismo; el fundamento de la indemnización es diferente en los dos casos.

2.—Es una decisión, sea individual, sea reglamentaria tomada en nombre de un organismo administrativo que por lo demás es parte al contrato, pero en el ejercicio de sus competencias generales; podemos relevar tres tipos de decisiones que constituyen un hecho del príncipe.

—decisión individual que no concierne directamente al cocontratante pero que tiene una incidencia en la situación de este último.

—decisión individual que concierne directamente al cocontratante de la Administración pero que lo alcanza no en su cualidad de cocontratante, sino en el de administrado, por ejemplo en el ejemplo supra, siempre había “hecho del príncipe” aunque la fábrica cerrada por motivo de insalubridad perteneciera al laboratorio, la decisión de cerrarla molestaría directamente al laboratorio en cuanto que a administrado, es sometido al poder de policía, e indirectamente en cuanto que cocontratante de la Administración.

—decisión reglamentaria que concierne al conjunto de los administrados y entre ellos el cocontratante de la Administración, y que de manera indirecta tiene por efecto volver la ejecución del contrato más difícil. Ejemplo: Creación de una tasa sobre la materia prima esencial para la ejecución del contrato. C.E. 8-11-1957 Sociedad Química.

3.—La jurisprudencia decidió también que podía ser un “hecho del príncipe” una operación material del organismo administra-

tivo que es parte al contrato y que aunque no tenga relación directa con éste, tiene por efecto hacer más difícil la situación del cocontratante. C.E. 28-4-1948. Municipalidad de AJACCIO.

B.—Teoría de la Imprevisión.

En Derecho Privado, sólo la fuerza mayor, es decir un acontecimiento imprevisible, irresistible y exterior a las partes, que tiene por efecto hacer definitivamente imposible la ejecución del contrato, tiene por resultado liberar las partes de la obligación de conformarse a las obligaciones que suscribieron.

La jurisprudencia de los tribunales de justicia nunca quiso consagrar esta teoría cuando el acontecimiento presenta los caracteres ya mencionados, pero no hace materialmente imposible la ejecución sino solamente tiene por efecto trastornar la economía del contrato.

La jurisprudencia optó por una solución diferente con una sentencia muy famosa C.E. 30-3-2916. Compañía General de Alumbrado BORDEAUX (conocido bajo el nombre de *arret* del gas de Bordeaux). Según esta decisión si circunstancias imprevisibles en el momento de la conclusión del contrato, e independientes de la voluntad de los cocontratantes, trastornan la economía de este contrato, el cocontratante de la Administración no puede ser obligado, en las condiciones anteriores a ejecutar sus obligaciones "mientras perdure esta situación anormal creada por tales circunstancias".

Condiciones del Estado de Imprevisión.

Son tres, según los términos del *arret* mencionado:

a.—imprevisibilidad de las circunstancias. Aquí hemos de distinguir las circunstancias que no fueron previstas por las partes en el contrato, pero en las cuales hubieron podido pensar y las que hubieran podido prever, y las que no han previsto porque, a razón de su naturaleza o de su amplitud, no pudieron entrar en el cálculo de las partes. C.E. 23-1-1959. Municipalidad de Huez (El C.E. no quiso hacer aplicación de la teoría de la imprevisión en el caso de un contrato relativo a la explotación de los funiculares utilizados por los esquiadores para subir las pistas en la estación de esquí, instalados sobre el territorio de la municipalidad, el carácter deficitario de esta explotación resultaba de una defeción de los esquiadores que podría haber sido prevista por las partes por causa de la ubicación de los hoteles respectivos de la municipalidad de HUEZ y de la ALPE d' HUEZ).

Las circunstancias que crean la imprevisión y que responden a esta primera condición son de naturaleza muy diversa (guerras, crisis económicas, depreciaciones monetarias, reglamentación económica).

b.—exterioridad de las circunstancias que crearon el estado de imprevisión. Hemos de entender que las circunstancias imprevisibles tienen que ser independientes de la voluntad o de la actuación de los cocontratantes:

—si consisten en una decisión o en una operación material del organismo administrativo que es parte del contrato es la teoría del hecho del príncipe la que se aplicará y no la de imprevisión.

—si el cocontratante de la administración provocó los acontecimientos que trastornan la economía del contrato o si no hizo nada para evitarlos cuando lo podía, no hay motivos para aplicar esta teoría. C.E. 8-11-1935 Municipalidad de LAGNY.

c.—Trastorno de la economía del contrato.

La jurisprudencia que se refiere a la imprevisión habla frecuentemente de "situación extra contractual" para calificar la situación creada por las circunstancias ya citadas. De esto resulta que hemos de establecer una distinción entre las perturbaciones menores que constituyen el azar ordinario de toda clase de contrato, del riesgo que el cocontratante de la Administración aceptó, y de las perturbaciones graves que sufra tal azar. De esto resulta que:

—La teoría de la imprevisión no se aplica a las hipótesis en las cuales las circunstancias imprevisibles tuvieron simplemente por efecto hacer desaparecer el beneficio que el cocontratante esperaba.

La teoría no se aplica desde el instante en que existe déficit, en todo caso es menester que este déficit alcance cierta amplitud cuya apreciación es del dominio del juez competente. C.E. 15-6-1928. Comune de la COURTINE.

Hemos de notar que el trastorno de la economía del contrato necesita de un carácter temporal sea por las circunstancias que causaron el trastorno sean temporales, sea porque teniendo un carácter permanente, sus consecuencias no pueden ser compensadas por una revisión de las cláusulas financieras del contrato C.E. 9-12-1932. Tranvías de CHERBOURG, (concesión de la explotación de transporte público que era muy deficitaria a pesar de varias alzas de tarifas, en tal caso no hay imprevisión).

En el caso en el cual el trastorno de la economía del contrato parece definitivo, la jurisprudencia administrativa considera que hay "fuerza mayor y desde entonces las partes tienen la posibilidad de pedir al juez la rescisión del contrato (se pararon los tranvías en Cherbourg); desde entonces sobre este punto, la jurisprudencia administrativa consagra una noción de "fuerza mayor" más amplia que la que aceptan las jurisprudencias judiciales, porque el trastorno de la economía del contrato no hace necesariamente su ejecución material imposible.

2.—Consecuencias del Estado de Imprevisión.

Resultan todas de la idea esencial que el contrato cuyas condiciones de ejecución fueron trastornadas tiene todavía que ser eje-

cutado, (principio de la continuidad de los servicios públicos) desde entonces:

—el cocontratante de la Administración no está dispuesto a ejecutar sus obligaciones (diferencia entre la imprevisión y la fuerza mayor).

—la Administración tiene que partir con su cocontratante las obligaciones excepcionales nacidas de la imprevisión. En este caso hay reparto, de tal manera que la indemnización que la Administración tendrá que dar, no compensará la integridad del perjuicio de su co-contratante (diferencia con el hecho del príncipe), pero únicamente la parte del déficit anormal e imprevisible. Prácticamente las indemnizaciones concedidas por los jueces administrativos tienen por resultado hacer soportar por la Administración más o menos 90% del déficit que resulta de la imprevisión.

—la imprevisión, en algunos casos, da al cocontratante un derecho a la revisión de las cláusulas financieras de su contrato.

La indemnización de imprevisión tiene por objeto permitir al cocontratante de la Administración cumplir sus obligaciones durante un período difícil, con la ayuda que le da el organismo administrativo con el cual se comprometió (ver supra el carácter temporario del estado de imprevisión). Si las circunstancias que crearon la imprevisión son temporales, dan derecho a indemnización, pero la ejecución del contrato recobra su curso normal cuando el efecto de estas circunstancias ha terminado.

Si estas circunstancias tienen, al contrario, un carácter permanente, hemos de distinguir:

—El caso del contrato cuya ejecución ya no parece responder al interés público, ARRET Compañía de los Tranvías de Cherbourg.

En este caso no se justifica la indemnización y el contrato puede ser anulado antes de que alcance su término normal.

—El caso del contrato cuya ejecución parece siempre necesaria al interés público, y cuyas cláusulas financieras serán adaptadas a la nueva situación creada por la imprevisión, en este caso la indemnización concedida por la Administración tiene un carácter conminatorio (incitación a la revisión del contrato con motivo de no conceder otra vez una indemnización).

En el caso de concesión de Servicio Público, la Administración tiene que, con el acuerdo de su cocontratante, revisar las tarifas que se aplicarán a los usuarios del servicio público, de tal modo que se restablezca el equilibrio financiero del contrato.

Hemos de notar, por fin, que la teoría de la imprevisión frecuentemente utilizada durante el período que separó las dos guerras mundiales, se utiliza mucho menos hoy día, los contratos administrativos comportan muy generalmente cláusulas de indemnización (admitidas por la jurisprudencia administrativa) que tienen naturalmente por efecto evitar la utilización de la noción de imprevisión.

ANULACION DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

anulado por la
administración

—En calidad de sanción; falta grave del cocontratante

—En el interés general, sin culpa del cocontratante (aplicación del poder de modificación unilateral)

anulado por
el juez

—lo pide el
cocontratante

—falta grave de la administración

—cambios muy grandes fuera de ciertos límites

—fuerza mayor

—lo pide la
administración

—Cuando renuncia a su poder de modificación unilateral. Destitución del concesionario de servicio público

—lo pide una
u otra parte

—Se termina la situación de imprevisión.

BIBLIOGRAFIA

TRAITES

- A. de LAUBADERE: *Traité théorique et pratique des contrats administratifs* 1956, mise à jour. L.G.D.J. 1959 (3 Vol.) p. 299 et suivantes.
- M. BOURJOL: *Droit Administratif. T. 1 L'action administrative*. (paru chez Masson et Cie 1972) p. 252 et suivantes.
- G. VEDEL: *Droit Administratif*. (Thémis, P.U.F. 1971) p. 202 et suivantes.
- M. WALINE: *Précis de Droit Administratif*. (Editions Montchrestin 1969) p. 391 et suivantes.
- J. RIVERO: *Droit Administratif*. (DALLOZ 1970) p. 103 et suivantes.
- M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT: *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*. 5ème édition. SIREY 1969. N° 1, 9, 12, 16, 21, 25, 29, 34, 43, 50, 95, 106.

REVUES

- Etudes et documents du Conseil d'Etat (E.D.C.E.)
- Revue de droit public et de la science politique en France (R.D.P.)
- Actualité juridique du droit administratif (A.J.D.A.)
- Juris Classeur Périodique (J.C.P.)

ARTICLES ET THESES

- PEQUIGNOT: *Théorie générale du contrat administratif*. Thèse Montpellier, 1945.
- L'HUILLIER: "Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'administration"? Dalloz 1953, Chr., p. 87. BENOIT. J.C.P. 1963, I, 1775.
- DE LAUBADERE: "Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions du contrat administratif". R.D.P. 1954, p. 36.
- BADAQUI: *Le fait du prince dans les contrats administratifs*. Thèse, Paris, 1954.
- J. DE SOTO: "Imprévision et économie dirigée" J.C.P. 1950 I, N° 817.

de LAJARDIE, J. (1971) *La práctica del trabajo social*. Madrid: Alianza. 1971. 280 p.

de LAJARDIE, J. (1971) *La práctica del trabajo social*. Madrid: Alianza. 1971. 280 p.

de LAJARDIE, J. (1971) *La práctica del trabajo social*. Madrid: Alianza. 1971. 280 p.

de LAJARDIE, J. (1971) *La práctica del trabajo social*. Madrid: Alianza. 1971. 280 p.

de LAJARDIE, J. (1971) *La práctica del trabajo social*. Madrid: Alianza. 1971. 280 p.

de LAJARDIE, J. (1971) *La práctica del trabajo social*. Madrid: Alianza. 1971. 280 p.

de LAJARDIE, J. (1971) *La práctica del trabajo social*. Madrid: Alianza. 1971. 280 p.

de LAJARDIE, J. (1971) *La práctica del trabajo social*. Madrid: Alianza. 1971. 280 p.

de LAJARDIE, J. (1971) *La práctica del trabajo social*. Madrid: Alianza. 1971. 280 p.

de LAJARDIE, J. (1971) *La práctica del trabajo social*. Madrid: Alianza. 1971. 280 p.

PRIMERA APROXIMACION A UNA NUEVA PRACTICA EN TRABAJO SOCIAL

Lics.
 Florisabel Ramirez de Delgado
 Marta E. Odio de Alvarenga

PREFACIO:

El presente trabajo es una sistematización preliminar de la experiencia práctica de la Escuela de Trabajo Social de Costa Rica, llevada a cabo en el año 1973 y primer semestre de 1974 a través de la cual nos proponemos iniciar la elaboración de algunos lineamientos generales de un esquema metodológico apropiado para el abordaje de nuestra realidad.

En esta experiencia, hemos utilizado para el análisis de la realidad, las teorías de la dependencia y sub-desarrollo, que nos permiten conocerla como una totalidad, estableciendo que esta situación es consecuencia del desarrollo de las metrópolis, proceso que se inició desde el período colonial y que se viene acentuando progresivamente, por el incremento de la población, mejores medios de comunicación, endeudamiento externo, tecnificación y otros, que han incidido en un incremento de los problemas sociales.

Los países latinoamericanos se han caracterizado por una dependencia cultural, social, económica y política del centro hegemónico que nos mantiene en el estado de subdesarrollo.

Dentro de este análisis, hemos considerado la situación particular de nuestro país, que aunque en parte es similar a la del resto de América Latina, presenta peculiaridades que nos obliga a buscar soluciones genuinas como respuesta a los requerimientos de nuestra sociedad.

Entre estas especificidades, cabe mencionar la estructura de poder, que dentro de un modelo de desarrollo capitalista como el nuestro, presenta matices diferentes a los de otros países que siguen el mismo modelo, ya que si bien la clase dominante no ha ejercido el poder político militarmente, sí ha hecho uso de mecanismos para imponer su ideología, como por ejemplo, a través de la educación, la familia y los medios de comunicación colectiva, lo que ha permitido una dominación diferente de las clases que detentan el poder y que están identificadas con la metrópoli, siendo el Estado portador de sus intereses.

El Estado es un armonizador de conflictos, impidiendo que se evidencien y agudicen las contradicciones, lo que hace a través de

sus organismos, quienes además de amortiguar éstas, fomentan la dependencia y el paternalismo, al ofrecer soluciones ilusorias a los problemas que se plantean.

Esta situación tiene una gran influencia en la práctica social, debido a que el Estado, por una parte pretende la participación popular, pero por otra, ofrece alternativas de solución, impidiendo una verdadera promoción humana, ya que la organización popular está controlada por el Estado, quien utiliza diversos mecanismos, tales como: adiestramiento de líderes sindicales y comunales; manipulación de las organizaciones de base por medio de la Dirección Nacional de Desarrollo de la Comunidad (DINADECO), Instituto de Fomento y Asesoría Municipal (IFAM), Instituto de Tierras y Colonización (ITCO), para mencionar algunas.

Esta somera caracterización de nuestro país, nos permite establecer relaciones estrechas con el Trabajo Social.

Al ser el Estado propiciador de dependencia y paternalismo, el grado de organización y movilización social es bajo, entre las clases populares, razón por la cual, la Escuela de Trabajo Social, decidió orientar su acción hacia estos sectores, en un esfuerzo por contribuir a lograrlos.

Al no tener los grupos populares una conciencia crítica ante su realidad (sino por el contrario, ingenua o mágica), hace que la práctica avance a un ritmo menos acelerado, que en otros países, donde el nivel de conciencia de estos sectores, está muy cerca del crítico, permitiendo agudizar las contradicciones de la sociedad y además, la existencia de aparatos represivos menos sutiles que los nuestros, contribuyen a evidenciarlas.

Además de la estructura de poder, cabe mencionar otros factores tales como: el desarrollo histórico, político y social del país, que ha condicionado la forma de ser del costarricense (pasivo-dependiente), sin espíritu gregario ni de lucha, que lo incite a la búsqueda consciente de soluciones a sus problemas, sin depender ni esperar la ayuda externa.

Dentro de este marco conceptual, la metodología de Trabajo Social debe ser científica y suficientemente flexible, para adecuarla a los cambios que se operan en una realidad dinámica.

La situación descrita someramente, nos permitirá una mejor comprensión de la experiencia práctica de la Escuela, que correspondió a este primer momento (1973-1974).

INTRODUCCION:

ANTECEDENTES HISTORICOS:

El Trabajo Social inició en Costa Rica su replanteamiento por las inquietudes de un grupo de profesionales, al comprender que éste no estaba respondiendo a las exigencias de la sociedad costarricense.

Estas inquietudes partieron principalmente de la Escuela de Trabajo Social, donde un grupo de profesores hizo un análisis de la realidad de nuestro país, de la profesión y de la Escuela; de diferentes estudios realizados por Naciones Unidas sobre las Escuelas; de reuniones con graduados, egresados y personal de instituciones, donde se analizó la conveniencia de modificar los contenidos programáticos de las materias teóricas en función de las necesidades reales; de la participación en seminarios internacionales, (Ecuador y Costa Rica), en los cuales se logró el diálogo entre los Trabajadores Sociales, que permitió concretar muchas inquietudes; del estudio sobre el mercado de trabajo de los profesionales de Servicio Social. Este proceso de renovación se inició en 1968.

En 1972 se llevó a cabo la segunda jornada de estudio de la Escuela, en la que se logró cristalizar un nuevo plan de estudios, donde se acogieron todas estas inquietudes. Este fue puesto en marcha al siguiente año y en él se operaban transformaciones trascendentales, en el área de práctica, la que se constituyó en el epicentro de la estructura de la Escuela, hacia la cual convergen las otras actividades.

En el trabajo nos referiremos concretamente a los cambios suscitados en esta área, el que iniciaremos enunciando sus objetivos generales y específicos, que correspondieron a esta primera etapa, pero que en la actualidad son objeto de revisión y crítica.

Objetivos generales:

- 1— Contribuir a la formación de un profesional, capaz de trabajar científicamente con el pueblo, en la creación de un mundo más justo.

- 2— Integrar y aplicar los conocimientos teóricos a situaciones concretas de la realidad costarricense, como un proceso integral y continuo.
- 3— Revertir el proceso de la práctica para el enriquecimiento de la teoría, que se enseña en las diferentes cátedras de la Escuela.
- 4— Desarrollar e instrumentar una metodología científica adecuada, para enfrentar la problemática del país, mediante la sistematización de la experiencia práctica.

Específicos:

- 1— Estimular el crecimiento personal y la habilidad profesional para el ejercicio del Trabajo Social.
 - a— Estimular el crecimiento personal a través del desarrollo de aquellas actitudes necesarias para el Trabajo Social: responsabilidad, creatividad, receptividad, autenticidad, capacidad de diálogo y de reflexión.
 - b— Desarrollar habilidad para la toma de decisiones.
 - c— Estimular el desarrollo de la capacidad para la observación, la comprensión y la interpretación de los fenómenos sociales.
 - d— Incrementar la habilidad para la expresión oral y escrita.
 - e— Incrementar la habilidad para la adecuada presentación del trabajo escrito.
 - f— Incrementar el interés por la investigación bibliográfica.
 - g— Despertar en el estudiante la actitud científica y la capacidad de análisis, necesarias para el Trabajo Social.
 - h— Desarrollar la actitud para la constante evaluación personal.
- 2— Desarrollar la habilidad para las relaciones con individuos y grupos.
 - a— Desarrollar la habilidad para la coordinación de grupos; relaciones inter-grupales, conocimiento y ejercicio del liderazgo; organización y desarrollo de recursos comunales (humanos y materiales).
 - b— Que las personas participantes del proceso educativo tomen conciencia de cómo su conducta afecta a otras personas y/o grupos y viceversa.
 - c— Desarrollar habilidades e instrumentos para el trabajo en equipo.
 - d— Capacitar al estudiante para trabajar en distintos grupos culturales.

- 3— Desarrollar la habilidad para realizar operaciones de investigación diagnóstica e intervención planificada.
 - a— Promover la integración de conocimientos teóricos a la realidad concreta.
 - b— Desarrollar la habilidad para la aplicación de técnicas de investigación adecuadas a las situaciones.
 - c— Desarrollar la habilidad para determinar prioridades y seleccionar alternativas de acción.
 - d— Con base en las prioridades establecidas llevar a cabo, los objetivos propuestos, sin perder de vista la relación con la realidad total.
 - e— Incrementar el desarrollo de destrezas para la planificación, programación y formulación de políticas sociales y su implementación.
 - Definición de objetivos a largo, mediano y corto plazo.
 - Determinación, creación y utilización de recursos necesarios para la acción.
 - Determinación de actividades y técnicas para lograr los objetivos.
 - Evaluación permanente del proceso.
 - f— Aplicación de las diferentes técnicas necesarias para la ejecución de un plan de acción.
 - g— Desarrollar habilidad para la evaluación del trabajo y la aplicación de las técnicas respectivas.
 - h— Desarrollar la habilidad para lograr la participación de la comunidad en todo el proceso.
 - i— Desarrollar la habilidad para la sistematización de la experiencia práctica, con el objeto de contribuir a la formación integral teórico-práctica.

Para lograr los objetivos:

- A— Se operaron cambios en la metodología, tanto a nivel teórico como a nivel práctico. De la aplicación de los métodos tradicionales: Caso Social Individual, Servicio Social de Grupo y Organización y Desarrollo de la Comunidad, que corresponden a la etapa Asistencial del Servicio Social, caracterizada por actuar dentro de un marco estructural-funcionalista; por parcializar la realidad y por ser métodos importados de países desarrollados, con recursos y problemas diferentes; se ha intentado la elaboración de un método más científico para la acción, tomando como punto de partida o referencia, los esquemas o modelos de actual aplicación en los países del Sur.
- B— Del método de enseñanza no participativo (receptivo, bancario), al participante, con sistemas de aprendizaje y evaluación diferentes.

- C— Integración de los diferentes niveles de estudiantes en cada proyecto, (sin una diferenciación de funciones en este primer momento), porque ésta se consideró necesaria para darle continuidad al proceso, para facilitar una retroalimentación entre los estudiantes de diferentes niveles y además, contribuir a la realización de un trabajo más efectivo en las comunidades.
- D— Eliminación de la práctica del primer nivel de la Escuela, a sugerencia de los estudiantes, quienes solicitaron un marco de referencia y teórico previo a su experiencia práctica.
- E— Cambios en la selección de centros práctica: de las instituciones de Bienestar Social, centros de salud, industrias, centros de enseñanza; a comunidades urbanas y rurales, al considerarse que la nueva metodología de trabajo se hacía difícil de experimentar dentro de la estructura rígida de la institución (en este primer momento); al necesitarse cierto grado de libertad de acción, que por su naturaleza, las mismas no ofrecían. Además, por tener el Servicio Social en las instituciones una orientación tradicional que corresponde a la política estatal, dificultaba su aplicación, dentro de este marco. Pero en ningún momento, se descartó la posibilidad de coordinación, cuando las necesidades de la práctica lo demandasen y después de haber dotado al estudiante de conocimientos que le permitieran abordar las instituciones a través de estrategias y tácticas, para aprovechar en forma más adecuada y efectiva sus servicios.
- F— Incorporación real de los supervisores a los proyectos, como integrantes del equipo de trabajo.
- G— Se acordó destinar a la práctica los días jueves y viernes de cada semana, dejando la posibilidad de trabajar los sábados y domingos según las exigencias de la misma. En años anteriores, la práctica se realizaba en días alternos, lo que impedía una continuidad del trabajo.

Centros de práctica seleccionados:

Los centros de práctica seleccionados fueron los siguientes (correspondiendo la mayoría al período 1973).

Urbanos:

Barrio Cristo Rey,
Barrio Cuba,
San Sebastián,
Cinco Esquinas de Tibás,
Claret, Barrio México,
Lomas de Ocloro,

Los Anonos, Escazú y
Guayabal, Heredia.

Rur-urbanos:

Aserrí,
Ipís, Guadalupe y
San Antonio de Belén, Heredia.

Rural:

San Josecito de San Isidro de Heredia,
Sto. Tomás y San Miguel de Sto. Domingo de Heredia,
San Antonio y San Rafael de Alajuela,
Tres Ríos, Cartago,
El Cerro de la Muerte, San Isidro de El General,
Chiverral, Escazú y
San Antonio de Desamparados.

NOTA:

Los centros de práctica fueron seleccionados —tratando hasta donde fue posible—, que sus poblaciones reunieran condiciones tales como: sentido de pertenencia, características urbanas o rurales y cierto grado de patología social, entre otras, que permitieran realizar una acción profesional más científica y efectiva. La selección se hizo en base al conocimiento que se tenía de ellas, a través de fuentes primarias y/o secundarias y no a un diagnóstico preliminar del área, lo que trajo como consecuencia que algunos centros tuvieran que ser eliminados posteriormente (Chiverral, Guayabal y Lomas de Ocloro), al comprobarse que no reunían las condiciones necesarias para la realización de la práctica.

Area de estudio urbana:

En la zona urbana, se trató de seleccionar núcleos de población obrera y marginal.

Considerando la marginalidad, según la acepción que de este fenómeno ha dado un grupo de investigadores, que han elaborado "...un concepto científico del mismo, para referirlo a las nuevas tendencias estructurales de las relaciones de producción y de las relaciones de dominación social y política en América Latina..."⁽¹⁾ produ-

(1) Quijano, Aníbal. Redefinición de la dependencia y proceso de marginalización en A.L., Educa, Centroamérica, 1973, pág. 174.

ciendo un número creciente de sectores de población (por el modo de producción capitalista) que se encuentran en el nivel más bajo del orden social.

Entre las características de este sector de población se destacan:

- a— Sin sentido de pertenencia,
- b— Sin posibilidades de acceso a los beneficios de la ciudad, en cuanto a los servicios que ésta brinda, tales como: educación, salud, vivienda, fuentes de trabajo, etc.
- c— Poca cohesión de grupo,
- d— Sin preparación para participar conscientemente en los procesos electorales y
- e— Al margen del proceso de modernización del país, para mencionar algunos.

Area de estudio rural:

Algunas de sus características más relevantes:

- a— Alto grado de analfabetismo,
- b— Desigual distribución de la tierra,
- c— Baja productividad de la tierra,
- d— Poca densidad de población,
- e— Carencia de medios adecuados de comunicación y de transporte, lo que dificulta llevar al mercado los productos, siendo con frecuencia los productores, explotados por los intermediarios,
- f— Bajo grado de organización y
- g— Poca acceso a los servicios de educación, salud, entre otros.

Características comunes a ambos tipos de poblaciones:

- a— Concepción mítica de la realidad, con conciencia ingenua y/o mágica de la misma.
- b— Fatalismo,
- c— Conformismo,
- d— Bajo grado de organización,
- e— Poca conciencia de clase y/o grupo,
- f— Introyección de la imagen del opresor en el oprimido,
- g— Alto grado de dependencia hacia las instituciones,
- h— Alto índice de mortalidad infantil,
- i— Necesidad de un agente externo, para salir de su situación de opresión y
- j— Alto índice de analfabetismo.

Primera aproximación a la sistematización de la experiencia práctica de los siguientes proyectos:

- 1) Bo. Cristo Rey; 2) San Sebastián; 3) Cinco Esquinas de Tibás; 4) Los Anonos; 5) Aserrí; 6) Ipís; 7) San Antonio de Belén; 8) El Cerro de la Muerte; 9) San Pedro; 10) San Antonio de Tejar de Alajuela y 11) San Antonio de Desamparados.

Para la sistematización se elaboró una guía, que fue entregada a todos los proyectos prácticos, pero sólo 11 la devolvieron, siendo ésta la primera limitación del trabajo. También algunas guías estaban incompletas; algunas respuestas a las preguntas, no correspondían a lo que se deseaba conocer; en otras se respondía afirmativa o negativamente, lo que dificultó su interpretación.

A continuación transcribimos la guía que se elaboró

- “... 1.0 Determinar si se siguió algún modelo metodológico.
2.0 Listar momentos metodológicos que se siguieron.
3.0 Determinar si hay diagnóstico.
3.1 ¿Qué técnicas se usaron para recoger datos? (Observación intencionada, cómo se investigó para nuestros efectos?)
3.2 Explícitamente se utilizaron recursos teóricos para realizar el diagnóstico?
3.3 Tiempo que se demoró en elaborar el diagnóstico sin entrar en una acción.
3.4 Participación de la comunidad en la elaboración del diagnóstico.
4.0 Si hay fijación explícita de objetivos.
4.1 Técnicas para fijarlos. Si se fijaron técnicas o se hizo intuitivamente.
4.2 Relación explícita sobre la fijación de los objetivos en el diagnóstico.
4.3 Participación de la comunidad en la elaboración de los objetivos.
5.0 Planificación de las acciones.
5.1 Si las acciones planificadas corresponden o no al diagnóstico.
5.2 Participación de la comunidad en las acciones.
6.0 Hubo o no evaluación.
6.1 Los objetivos que se lograron corresponden o no a los objetivos planificados.
6.2 Si hubo revisión de todos los pasos metodológicos, para determinar las fallas que impidieron el logro de los objetivos. Completar con conclusiones a que se llegó no sólo en lo metodológico, sino en lo teórico y en la práctica.
6.3 Criterios para variar la línea de trabajo (objetivos, estrategias y tácticas).

- 6.4 Participación de la comunidad en la evaluación.
- 7.0 Criterios que se utilizaron para seleccionar los grupos (de práctica y comunidad).
- 8.0 Determinar las características de los grupos (de la comunidad y de la práctica)..."

1.0 Modelo metodológico seguido:

El modelo metodológico utilizado, no ha sido el mismo para todos los grupos de práctica, a pesar de que el Consejo de Supervisores acordó la utilización del Método Básico, como punto de partida o referencia.

Se dio libertad a los supervisores, para que fueran haciendo los ajustes necesarios en el esquema, de acuerdo con la realidad enfrentada y al conocimiento que se tuviera de otros modelos. Esto trajo como consecuencia, que los distintos proyectos siguieran orientaciones muy diversas, lo que por supuesto, incidió en el resultado de la experiencia de los tres semestres. La práctica quedó a cargo de los grupos de estudiantes y profesor de cada proyecto.

En las experiencias analizadas nos encontramos con lo siguiente:

Seis centros de práctica tomaron como punto de partida el "método básico", conocido por nosotros a través del colega argentino Natalio Kisnerman y descrito en su libro "Servicio Social Pueblo", recomendándose hacerle los ajustes necesarios, de acuerdo con la realidad tratada.

Tres proyectos utilizaron elementos del mencionado autor, conjuntamente con el método de Germán Zavala (Buscar, ir, llegar y volver, en forma sucesiva y a veces simultánea) y del psico-social de Paulo Freire.

Dos proyectos tomaron como punto de partida a Le Bret, método de investigación y no de acción y diseñado por el autor para zonas urbanas, siendo aplicado por los grupos en áreas rurales. El conocimiento adquirido, a pesar de la rigurosidad con que lo obtuvieron, no los llevó a acciones significativas, permaneciendo por un período largo en la etapa de investigación.

Los grupos que utilizaron el método básico, confrontaron las limitaciones que ya han sido objeto de crítica, tales como:

- a— Dificultad en la aplicación teórico-metodológico a la práctica, con imposibilidad de superar la dicotomía práctica-teoría, por la rigidez del método, ya que éste está planteado en forma de pasos sucesivos para ir completando (investigación, diagnóstico, planificación, ejecución y evaluación); y siendo la realidad cambiante, dinámica, la acción debe ser inmediata y por lo tanto, el proceso simultáneo: acción-reflexión.
- b— Con este modelo se dificulta lograr la participación de la gente, quedando ésta en un plano teórico, ideal.

El método le da mucho énfasis al conocer y poco al actuar, pues la ejecución la reduce a la comprobación de hipótesis, al considerar que sólo cuando se tiene la realidad totalmente conocida, se pueden realizar acciones y en un sentido vertical, porque la teoría no se va a reformular a través de la práctica, sino que se sirve de ésta para comprobar o refutar.

En algunos de los grupos que aplicaron el método, esta serie de limitaciones provocaron entramamientos de gran consideración, al extremo que uno de ellos permaneció por espacio de dos semestres en la etapa de investigación y otros no se decidían a actuar, por temor a caer en el "activismo" (en una comunidad se les llamó "caminadoras sociales").

Los que partieron con el de Germán Zavala, también se encontraron con dificultades, que detectaron rápidamente, se debían al modelo, e hicieron modificaciones que serán señaladas en el próximo aspecto y que pueden sintetizarse e ilustrarse en la observación que le hizo al equipo un líder campesino y que por su gran enseñanza nos permitimos reproducir:

"...Lo que analizamos aquí, son ideas muy bonitas, así es como vivimos. Pero nosotros los campesinos, somos como el obrero, que si el patrón no le paga, el trabajador no vuelve. Aquí nosotros vemos que el salario de las reuniones es lo que se ve, lo que hace el grupo. Como no se ve nada, los campesinos se están retirando..."

De este autor (Zavala), los grupos han utilizado los instrumentos de trabajo: diario de campo, fichas sin interpretación personal y cédula de campo, entre otros, que han permitido ir sistematizando mejor la experiencia.

Los diferentes grupos han sentido la necesidad de elaborar un esquema metodológico propio, que se adecúe mejor a nuestra realidad, conclusión a la que han arribado después del estudio y aplicación de las diferentes alternativas metodológicas.

2.0 Momentos metodológicos que se siguieron:

Fueron anotados por los grupos los pasos que se siguieron, según el modelo metodológico, los que se enuncian a continuación:

Grupo A:

- a— Investigación,
- b— Pre-diagnóstico,
- c— Objetivos específicos y
- d— Plan de trabajo.

Grupo B:

"...El proceso constó de tres fases, íntimamente relacionadas entre sí:

- a)— Proceso de conocimiento (teoría),
 - b)— Aproximación a la realidad (práctica),
 - c)— Niveles de taller (confrontación de los diferentes niveles de contradicción que se dan en el proceso didáctico teórico-práctico).
- b)— Las aproximaciones a la realidad fueron las siguientes:
- b1)— Investigación sensible: intentando lograr un conocimiento sobre la realidad concreta (área de práctica) a través de los sentidos (conocimiento sensorial); ubicación de los miembros del equipo en tiempo y espacio.
 - b2)— Investigación significativa: pretendiendo profundizar en el conocimiento de la realidad concreta, a través de la sistematización; e iniciar el establecimiento de un contacto y relación más estrecha con el área de práctica y las personas que habitan en ella.
- Ambas aproximaciones corresponden a la fase de conocimiento fenomenológico según el método dialéctico.
- b3)— Teoría I: persigue la confrontación de la teoría y la práctica a través de la sistematización, a fin de enriquecer esa teoría.
 - b4)— Interpretación de las contradicciones, juicios y deducciones, con el objetivo de interpretar las contradicciones detectadas en la realidad, a la vez que los juicios y deducciones emitidos por los miembros del equipo y la comunidad, a fin de llegar a una definición de conceptos.
 - b5)— Diagnóstico: Pretendiendo lograr un primer nivel de diagnóstico (no confundir con pre-diagnóstico) de la realidad, para contar con un punto de partida para la elaboración del plan de acción.
 - b6)— Teoría II: Confrontación de la teoría y la práctica en un segundo nivel de conocimiento a través de la sistematización.
 - b7)— Definición del plan de acción: Contemplando la definición de la estrategia general que orientará todo el proceso y las tácticas correspondientes.
 - b8)— Puesta en marcha: El plan de acción es puesto en marcha a nivel de toda la comunidad y de las organizaciones comunales, a la vez que se incluyen las instituciones de mayor influencia en la zona (Unidad Sanitaria y escuelas)...”

Grupo C:

1ª y 2da. aproximación:

- Investigación sensible,
- Investigación significativa,
- Pre-diagnóstico y

3ra. aproximación, a través del trabajo con grupos de la comunidad.

Grupo D:

Investigación exploratoria:

- a— Delimitación área de trabajo,
- b— Recolección de información y
- c— Contactos informales.

Grupo E:

Nivel exploratorio:

- Reconocimiento del área,
- Delimitación del área,
- Contacto informal con grupos,
- Definición de objetivos específicos,
- Plan de acción,
- Pre-diagnóstico,
- Evaluación del proceso,
- Re-definición de objetivos y
- Modificaciones plan de acción.

Grupo F:

- a— “...BUSCAR: Etapa de investigación y conocimiento histórico, estructural y geográfico; selección del área de trabajo.
- b— IR: Integración del grupo a la comunidad; eliminación de prejuicios para descubrir la realidad que se quiere encontrar en el diálogo. La convivencia, la comunicación y el respeto. Primera aproximación sensorial, para descubrir su vida sin juicios valorativos; participación de los sentidos, pero sin intervención para no variar lo que se quiere conocer.

Investigación científica por medio del diario, fichas y confrontación grupal para evitar lo subjetivo: ocho horas diarias después de sucedido lo observado, se hace un relato detallado, sin ninguna interpretación; luego se sacan las fichas para clasificar el conocimiento recibido y se hace una breve interpretación de cada una.

Se detectan los núdulos de concentración y los centros de aproximación para reconocer las insatisfacciones y enterarse de las aspiraciones. La división en tópicos permite que a partir de las parcialidades se vaya a la totalidad, a la globalidad, para definir, en términos transitorios lo que es la comunidad, según datos recogidos.

- c— LLEGAR: Se trata de ubicarse, convivir para aprender su vocabulario, establecer intercambios en la amistad y la sencillez de una relación horizontal para conocer su pensamiento, ideología, valores, usos, etc.

En esta etapa se rompen las apariencias, se deja conocer con transparencia, para que los pobladores sepan muy bien a qué se va. Se empieza a intervenir cuando los grupos de la comunidad lo pidan, preferiblemente en acciones promovidas por ellos mismos.

Se asiste a las reuniones de los grupos existentes y se elabora con ellos, el diagnóstico preliminar. Se descubren las personas claves y los grupos significativos para elaborar estrategias que nos permitan trabajar con las contradicciones. En el trabajo se hiere al sistema, se tocan los intereses y por consiguiente se fortalece la movilización popular.

- d— VOLVER: El equipo pasa a un puesto secundario en el que no promueve actividades sino que está listo a servir en lo que los grupos le asignen. Si las acciones han sido significativas, aparecen enemigos que quieren hacer marchar al equipo. Este proceso politiza al pueblo y se dinamiza su acción. Le piden al equipo asesoramiento para la formación de cuadros y ayuda para la evaluación del trabajo. El equipo acepta tareas supletorias y da información; sirve de contacto con otros grupos e impide que se parcialice la acción. Ofrece retroalimentación y la recibe; hace síntesis del proceso y divulga la información dentro y fuera de la comunidad...”

Nota: Durante la marcha se hicieron modificaciones de fondo, tomando en cuenta lo siguiente:

- “...a— No podemos llegar al campo con ideas para ser discutidas,
b— No podemos dedicarnos largo tiempo a una investigación, que es contemplación de situaciones que son insoportables para otros.
c— No se puede trabajar en el campo, sin realizar algún trabajo que motive a la gente. A través de la acción y a partir de ella, se puede concientizar, organizar para una verdadera movilización transformante.
d— No se puede aislar al equipo para evaluarse y planificar sin los pobladores, ellos y no nosotros son los que nos pueden enseñar la realidad...”

A partir de lo anterior, hicieron los siguientes cambios:

- a— Elaboración de un diagnóstico preliminar,
b— Inserción de dos pobladores al equipo, para analizar, planificar y evaluar.
c— Inserción real en la comunidad (viviendo varios días a la semana en las casas de los pobladores).
d— Realización de un seminario para teorizar respecto a la metodología.

Grupo G:

- a— Investigación sensible,
b— Investigación significativa,
c— Diagnóstico descriptivo 1º y 2do. nivel,
d— Plan de acción y
e— Puesta en marcha del plan de acción.

Grupo H:

- a— Nivel exploratorio,
b— Intervención planificada.

Grupo I:

- a— Investigación sensible,
b— Investigación significativa —Diagnóstico preliminar e
c— Intervención planificada.

Grupo J:

- a— Primer momento:
— Reconocimiento del área de trabajo,
— Delimitación del área de trabajo,
— Detectación de problemática y
— Esclarecimiento de la función profesional a los habitantes.
b— Segundo momento:
— Intervención planificada y
— Contactos con grupos pre-formados.

Grupo K:

- a— Nivel exploratorio:
— Marco histórico,
— Marco económico,
— Marco político,
— Marco institucional,
— Marco social,
— Problemática detectada y
— Pre-diagnóstico.
b— Intervención planificada.



Grupo L:

- a— Observación preliminar general del área.
- b— Observación del área, tomando en cuenta su división político-administrativa.
- c— Comentarios generales de lo observado en general y comparación preliminar de lo observado en cada sector del área total.
- d— Descodificación inicial de lo observado, reordenando la información bajo los rubros siguientes:
 - Estructura económica,
 - Estructura social,
 - Estructura de poder.
- e— Elaboración de un informe preliminar.
- f— Delimitación del área.
- g— Auto-evaluación del grupo.

De acuerdo con lo expuesto por los diferentes grupos de práctica, podemos apreciar que aún los que tomaron como punto de partida el mismo modelo metodológico, se encuentran en etapas diferentes en el proceso por:

- a— Haberle dado diferente interpretación al mismo,
- b— Particularidades del área de trabajo.
- c— Dificultades en el proceso de integración de algunos grupos, producida por la inseguridad que conlleva todo cambio (temor a la nueva metodología de trabajo; participación en un mismo proyecto de estudiantes de diferentes niveles y cambios en el método de enseñanza). Lo que produjo que algunos grupos le dieran más énfasis al proceso de integración antes que a la tarea. Otros se detuvieron más tiempo en el estudio de la metodología antes de decidirse ir a campo, por la inseguridad mencionada.
- d— Mientras que algunos grupos trataron de seguir simultáneamente, el proceso investigación-acción, otros permanecieron en la etapa de investigación, tratando de ir teorizando sin realizar acciones significativas en las comunidades, por temor en algunos casos de "caer en un activismo" y en otros, por llevar a cabo un trabajo más científico e ir elaborando teoría, pero en un plano bastante abstracto.

Ambas orientaciones confrontaron dificultades, los del primer grupo (investigación-acción), por improvisaciones y los del segundo (investigación-teorización), por un desmedido tecnicismo. En la actualidad se están haciendo esfuerzos por lograr un equilibrio.
- e— Dificultades para la aplicación de la teoría a la práctica y
- f— La mayoría de los proyectos no hicieron una adecuada sistematización de la experiencia.

3.0 Determinar si hay diagnóstico:

De acuerdo con el análisis efectuado, podemos concluir que excepto uno de los grupos, los demás elaboraron un pre-diagnóstico. Algunos de ellos, una vez que detectaron la problemática de la zona, iniciaron la acción (por las exigencias de los pobladores y como medio de insertarse en la comunidad); mientras que otros, actuaron después de su elaboración.

En términos generales, en el pre-diagnóstico, los grupos consideraron los siguientes aspectos:

- Social,
 - Papel de la mujer en la comunidad,
 - Papel del hombre en la comunidad,
 - Papel del joven en la comunidad,
- Económico,
- Religioso,
- Cultural,
- Recreativo,
- Político y
- Servicios (salud, educación, vivienda, otras instituciones, etc.)...

El 83.3% de los pre-diagnósticos fue descriptivo y el 16.7% fue interpretativo.

3.1 Técnicas para la recolección de datos:

Los grupos utilizaron para la recolección de datos, las técnicas de investigación tradicionales: observación participante y no participante; entrevista estructurada y no estructurada; visitas domiciliarias; fuentes documentales primarias y secundarias y encuestas. Pocos de ellos hicieron uso de otras técnicas, como por ejemplo: fichas para sistematizar conocimientos, células de contradicciones y parámetros predictivos y/o expresivos.

Las primeras en su mayoría, fueron utilizadas con una orientación diferente a la tradicional, respondiendo a la concepción actual del Trabajo Social. En algunos proyectos por ejemplo, se inició la incorporación de los pobladores al proceso, en la etapa de recolección de datos.

3.2 Utilización de recursos teóricos para la elaboración del diagnóstico:

Seis de los grupos respondieron que no establecieron un marco de referencia teórico ni que ayudara a establecer un diagnóstico preliminar; los otros cinco señalaron que consultaron algunos autores y teorías. Entre los primeros citaron a: Natalio Kisnerman, Paulo Freire, Germán Zavala, Marta Harneker, Le Bret, Rodolfo Stavengaven,

Mao Tse Tung, Karl Marx, Caroline Were, Aníbal Quijano, Ezequiel Ander Egg y Galpin. Entre los textos y documentos consultados citaron: Servicio Social Pueblo: documentos sobre la realidad nacional; teorías sociológicas (marginalidad y dependencia) y Teología de la Liberación, para citar algunos.

Cabe mencionar que dependiendo de los autores y obras consultadas, amén de la ideología que sustenta el supervisor, la orientación de las prácticas ha presentado matices muy diferentes, como fácilmente podrá comprenderse.

En los grupos que consultaron más bibliografía, el diagnóstico preliminar fue analítico, siendo descriptivo en los que hicieron uso limitado de este recurso (todos lo hicieron en alguna medida, a pesar de su respuesta negativa).

3.3 *Tiempo que se demoró en elaborar el diagnóstico sin entrar a realizar acciones:*

En esta pregunta observamos también diferencias en los grupos, las que están en relación con la respuesta a la pregunta N° 1. Algunos grupos demoraron un período largo en la elaboración del diagnóstico, sin decidirse a realizar acciones significativas en las comunidades.

Sólo dos grupos respondieron que iniciaron acciones desde el principio, aún sin haber diagnosticado, como respuesta a las exigencias de los pobladores y como medio de insertarse en la comunidad.

Las respuestas oscilaron entre uno o dos semestres (dos grupos, siendo los que mayor tiempo le dedicaron a esta etapa); en general los grupos dedicaron 7 meses como promedio.

No se demostró que hubiese relación entre la calidad del diagnóstico y el mayor tiempo dedicado a su elaboración.

3.4 *Hubo participación de la comunidad en la confección del diagnóstico?:*

Sólo en una experiencia los pobladores participaron en forma directa, debiéndose en parte, a la existencia de cierto grado de organización en la comunidad y a alguna experiencia de la gente en este tipo de trabajo.

En algunos grupos la participación fue indirecta, pero en la mayoría, el diagnóstico fue elaborado por el equipo (Supervisor y estudiantes).

4.0 *Si la fijación de objetivos fue explícita:*

En todos los grupos se determinaron objetivos en dos niveles:

- a— Docentes (de formación) y
- b— Para el trabajo en las comunidades.

Los objetivos planteados no fueron lo suficientemente concretos y además, difíciles de operacionalizar.

4.1 *Si se utilizó alguna técnica para fijarlos:*

Para la fijación de objetivos los grupos consideraron lo siguiente:

- Por intuición (según necesidades).
- Que fueran concretos; realizables a corto o largo plazo (este criterio privó sólo en un proyecto).
- Según la observación preliminar y expectativas hacia la práctica.
- Que tuvieran relación con los objetivos que pretende la Sección de Práctica y la Escuela.
- Que fueran claros y susceptibles de evaluación.
- Según las necesidades y carencias del campo de trabajo.

Ningún grupo consideró la importancia de que los objetivos fueran coherentes con el diagnóstico.

4.2 *Relación explícita sobre la fijación de objetivos con el diagnóstico:*

En algunos grupos se definieron los objetivos antes de la elaboración del diagnóstico, según las necesidades detectadas.

En uno fueron definidos, pero en la práctica "se olvidaron de ellos".

En la mayoría de los proyectos, los objetivos generales se elaboraron previo al diagnóstico y posterior los específicos.

En algunos no hubo relación entre unos y otros.

Como se anotó en la pregunta anterior, los objetivos en algunos proyectos, no correspondieron al diagnóstico.

4.3 *Participación de la comunidad en la elaboración de los objetivos:*

Sólo un grupo respondió que hubo participación de los pobladores en la fijación de objetivos.

En la mayoría, la comunidad participó indirectamente, dando elementos para su determinación.

En otros grupos, los objetivos fueron fijados en un plano de abstracción.

5.0 *Planificación de acciones:*

En siete proyectos las acciones fueron planificadas; en tres, se realizaron de acuerdo con las necesidades que surgieron. Uno de los grupos no respondió.

5.1 Correspondencia entre las acciones planificadas y objetivos:

Tres respondieron que hubo correspondencia entre las acciones planificadas y los objetivos.

En la mayoría de los proyectos, las acciones fueron improvisadas, espontáneas.

Otros no respondieron a la pregunta.

5.2 Participación de la comunidad en las acciones:

En ocho de los proyectos, los pobladores participaron en alguna medida en las acciones realizadas, aunque con variaciones en el grado de participación.

Uno de los grupos respondió negativamente y dos se abstuvieron.

6.0 Evaluación:

De los 11 grupos, 9 han realizado evaluaciones periódicas, pero en su mayoría, se hicieron en función del proceso de grupo y evaluación de la tarea en menor grado, debido en parte a las exigencias académicas, que aunque también incluyen la tarea, le dan más énfasis al desarrollo de habilidades del estudiante.

En dos proyectos que se iniciaron este año, no se ha hecho evaluación.

6.1 Correspondencia entre objetivos logrados y objetivos planificados:

Cinco proyectos respondieron que hubo correspondencia. Otros contestaron negativamente y algunos no dieron respuesta.

6.2 Revisión de los pasos metodológicos:

En términos generales los grupos han hecho revisión de los pasos metodológicos completados, pero no en una forma sistemática.

Al revisar la metodología aplicada, uno de los grupos comprobó que en parte, ésta era la causa de no poder lograr los objetivos propuestos e hicieron las modificaciones pertinentes.

6.3 Criterios para variar la línea de trabajo (objetivos, estrategias y tácticas):

Uno de los grupos concretó objetivos y varió su línea de acción en base a los siguientes criterios:

- Necesidad de insertarse el grupo en la comunidad,
- División del trabajo, para que cada miembro del grupo asumiera su responsabilidad en una forma más plena.

Seis de los grupos no respondieron a la pregunta; dos respondieron afirmativamente, pero sin dar a conocer los criterios y dos contestaron que no habían variado su línea de acción.

6.4 Participación de la comunidad en la evaluación:

Dos proyectos respondieron que la comunidad había participado en la evaluación. En uno se hizo al finalizar el segundo semestre, en forma parcial, sin criterios muy definidos, anotando además que la participación de la comunidad fue limitada.

En dos proyectos hubo evaluación parcial; cuatro respondieron negativamente y otros no contestaron.

7.0 Criterios de selección:

Los centros de práctica fueron seleccionados por el Consejo de Supervisores, en base a los siguientes criterios:

- a— Atención de la población urbana con problemas de marginalidad.
- b— Atención de población campesina.
- c— Interés de grupos de estudiantes de continuar con el proyecto del año anterior, previo estudio que determinara su conveniencia.

Dentro de las áreas seleccionadas, cada grupo escogió su campo de trabajo, después del reconocimiento de la misma y en base a diversos criterios, entre los que señalaron los siguientes:

- a— Concentración de mayor problemática (especialmente con problemas de marginalidad).
- b— Interés del grupo de trabajar con población campesina.
- c— Facilidad de acceso.
- d— Concentración de patología social.
- e— Existencia de recursos (humanos y materiales).
- f— Estudios previos del área.
- g— Que no hubiese sido tomado en otra oportunidad como centro de práctica.

8.0 Determinar características de los grupos:

En la comunidad:

En los diferentes proyectos de práctica se trabaja con adultos, jóvenes, campesinos y un grupo con alcoholicos.

Algunos grupos trabajan simultáneamente con varios sectores.

Estudiantes:

El número de estudiantes por proyecto es variable, dependiendo del tiempo que labora el profesor. El mayor es de 20 alumnos y el menor de 6. Se pretende en un futuro próximo, que los grupos no sean mayores de 10 estudiantes. En cada proyecto participan alumnos de tres niveles (3ro., 4º y 5º año). Cada uno está a cargo de un supervisor.

CONCLUSIONES

1—El grupo de profesores que ha tenido a su cargo los proyectos prácticos, consideró necesaria una capacitación permanente.

La Escuela, como respuesta y al estar consciente de esta necesidad, inició cursos de capacitación para docentes y en el presente, ciertas carencias metodológicas han sido superadas. Es conveniente señalar, que no sólo la capacitación teórica es suficiente, sino que también la experiencia práctica es esencial, para ir adquiriendo una formación integral.

2—A través de la experiencia de este período, se confirmó la importancia de establecer una diferenciación por niveles de estudiantes, en cuanto a objetivos y funciones de cada uno de ellos a fin de favorecer el proceso de aprendizaje en todos sus aspectos.

3—A pesar de que se definió un marco de referencia y teórico común, la diferente formación y posición ideológica de estudiantes y profesores, orientó la acción en diferentes sentidos. Algunos proyectos operaron dentro de un marco funcionalista y otros estructuralista.

A pesar de estas divergencias, a través del proceso, estudiantes y profesores han logrado elevar su nivel de conciencia y adquirir un conocimiento crítico de la realidad, que los ha llevado a tener una visión y posición diferente frente a esa realidad, mediante la utilización de mejores instrumentos de análisis de ésta.

4—Como resultado de la experiencia de estos tres semestres se reafirmó que la coordinación con las instituciones no es suficiente, sino que éstas deben considerarse como centros de práctica y en especial, para los estudiantes del último año, como medio de enfrentarlos con la realidad institucional, que será su campo de trabajo profesional.

5—La experiencia ha venido a demostrar la necesidad de la incorporación real de los supervisores a los proyectos, que en esta etapa no fue posible lograr por limitaciones presupuestarias, que no permiten que todos los profesores de práctica, dediquen un medio tiempo como mínimo a ella.

6—Una de las grandes limitaciones que se han presentado, es el tiempo que los estudiantes dedican a la práctica. La estructura del plan de estudios y el trabajo remunerado que realizan los estudiantes, limitan sus posibilidades de dedicar un mayor tiempo a la práctica, incidiendo negativamente en el proceso de aprendizaje y en la acción propia del Trabajo Social.

7—La carencia de recursos económicos de la Universidad, ha dificultado la atención de los centros alejados en forma adecuada, pues ésta no provee los recursos para satisfacer las necesidades que la práctica demanda, tales como: transporte, alojamiento y alimentación, viéndose obligados los estudiantes y profesores a emplear sus propios medios.

8—En base a la experiencia, se ha hecho evidente la necesidad de establecer criterios más rigurosos para la selección de centros de práctica y la determinación de grupos estratégicos en función de una práctica que tienda a la transformación social.

9—La utilización como referencia de los modelos metodológicos aplicados en los países del Sur, es válida siempre y cuando su aplicación responda a las características de nuestro medio y que no sustituya la búsqueda de un modelo metodológico propio. Las diferentes interpretaciones de los esquemas y las diferencias de cada realidad, condujeron a orientaciones diversas.

10—En términos generales, también pudimos apreciar que los equipos de práctica confrontaron dificultades para la sistematización de la experiencia, porque no se tenía conocimientos suficientes acerca de ésta, falta también de instrumentos adecuados para llevarla a cabo y tampoco la práctica fue diseñada para ser sistematizada. Lo anterior impidió elaborar teoría a partir de la práctica.

11—De acuerdo con el tiempo promedio (7 meses), destinado a la elaboración del diagnóstico, podemos concluir que hubo una preocupación mayor por recoger elementos para establecerlo, desatendiendo las acciones pertinentes en las comunidades. No se observó relación entre la calidad del diagnóstico y el mayor tiempo dedicado a su elaboración. Algunos grupos comprobaron que al haber completado el diagnóstico, no pudieron planificar acciones acordes con éste, ya que por el dinamismo de la realidad se habían operado cambios y la situación era diferente.

- 12—Por las respuestas se comprobó que los objetivos no fueron coherentes con el diagnóstico, lo cual se debió a:
- Conocimientos insuficientes,
 - Su elaboración fue anterior a la definición del diagnóstico, y de la visita a la comunidad,
 - Diagnóstico desactualizado cuando se concretaron los objetivos.
- Otro problema en este sentido, es el no haberse relacionado los objetivos generales y los específicos. Tampoco una participación real de los pobladores en su determinación.
- 13—De igual manera que en los objetivos, la correspondencia entre el diagnóstico y las acciones no fue total. En algunos proyectos se realizaron con alto grado de espontaneidad e improvisación, lo que limitó en parte lograr los objetivos propuestos.
- 14—Al no haberse definido claramente los objetivos, se dificultó también la evaluación de éstos y por lo tanto sólo pudo evaluarse el proceso de grupo y no la tarea.
- Esto impidió en la mayoría de los proyectos un verdadero replanteamiento de objetivos y proceso metodológico.
- Otra limitante para la evaluación, la constituyó el hecho de no contar con instrumentos que facilitaran la sistematización del proceso metodológico.
- 15—Se concluyó también que en el 95% de los proyectos, la comunidad no participó activamente en todo el proceso y por lo tanto este aspecto no podría considerarse en la evaluación.
- 16—De acuerdo con la guía de sistematización empleada, pudimos determinar la existencia de diferencias en: esquemas metodológicos, orientaciones ideológicas y modelos enseñanza-aprendizaje. Lo anterior ha incidido directamente en el proceso de evaluación de la experiencia profesional porque limita la definición de un modelo de evaluación aplicable a los diferentes proyectos.

EL ABORTO

Gilda María Ortiz Vaglio

Estudiante de Derecho

Trabajo presentado a la Cátedra de Métodos
de Investigación Jurídica - 1973

12—Por las respuestas se comprobó que los objetivos no fueron coherentes con el diagnóstico, lo cual se debió a:

— Conocimientos insuficientes,

— Su elaboración fue anterior a la definición del diagnóstico, y de la visita a la comunidad,

— Diagnóstico desactualizado cuando se concretaron los objetivos. Otro problema en este sentido, es el no haberse relacionado los objetivos generales y los específicos. Tampoco una participación real de los pobladores en su determinación.

13—De igual manera que en los objetivos, la correspondencia entre el diagnóstico y las acciones no fue total. En algunos proyectos se realizaron con alto grado de espontaneidad e improvisación, lo que limitó en parte lograr los objetivos propuestos.

14—Al no haberse definido claramente los objetivos, se dificultó también la evaluación de éstos y por lo tanto sólo pudo evaluarse el proceso de grupo y no la tarea.

Esto impidió en la mayoría de los proyectos un verdadero replanteamiento de objetivos y proceso metodológico.

Otra limitante para la evaluación, la constituyó el hecho de no contar con instrumentos que facilitaran la sistematización del proceso metodológico.

15—Se concluyó también que en el 95% de los proyectos, la comunidad no participó activamente en todo el proceso y por lo tanto este aspecto no podría considerarse en la evaluación.

16—De acuerdo con la guía de sistematización empleada, pudimos determinar la existencia de diferencias en: esquemas metodológicos, orientaciones ideológicas y modelos enseñanza-aprendizaje. Lo anterior ha incidido directamente en el proceso de evaluación de la experiencia profesional porque limita la definición de un modelo de evaluación aplicable a los diferentes proyectos.

EL ABORTO

Gilda María Ortiz Vaglio

Estudiante de Derecho

Trabajo presentado a la Cátedra de Métodos
de Investigación Jurídica - 1973

INTRODUCCIÓN

SUMARIO: Introducción. — Capítulo I "El objeto del Estudio". — Capítulo II: "El Aborto y la Mujer en la Historia". — Capítulo III: "El Aborto y la Ley". — Capítulo IV: "Estudios sobre el Aborto". — Capítulo V: "Justificación del Aborto". — Conclusión. — Bibliografía.—

INTRODUCCION

Al hacer un análisis de nuestra legislación actual encontramos leyes obsoletas, leyes no funcionales y lo que es peor, leyes que conllevan discriminaciones sociales.

Dentro de esto hay una situación concreta, y es nuestra legislación sobre el aborto.

Algo que considero un deber desde mi posición de estudiante de derecho, de mujer y de costarricense es analizar esto que planteo en mi trabajo de investigación.

Oscar Saborío Castro cita en su tesis de grado de Licenciado en Derecho, unas palabras que expresan lo que creo debería ser el sentir de todo estudiante consciente:

“Desde las aulas de la Universidad hasta hoy no he podido aquietar mi espíritu que se sofoca ante las poses de los pseudomoralistas que todas las cosas las miran a través del opaco cristal de su ignorancia”.⁽¹⁾

(1) Saborío Castro, Oscar. *“El delito del aborto su fundamento sociológico y su penalidad en la legislación Iberoamericana”*. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. 1956, pág. 4.

CAPITULO I

"EL OBJETO DE ESTUDIO"

A.—CONCEPTO

B.—CLASIFICACION

C.—MEDIOS

A.—Concepto de aborto.

La palabra aborto proviene del latín abortus, ab = privación y ortus = nacimiento o sea, sin nacimiento. Generalmente se dice de lo que no ha podido llegar a su perfecta madurez. (2)

El jurista lo define comúnmente así: "debe entenderse por aborto la destrucción o aniquilamiento del fruto de la concepción en cualquiera de los momentos anteriores a la terminación de la preñez". (3)

La más corriente definición médica nos la da el doctor Hernán Collado de la siguiente manera: "aborto es toda interrupción del embarazo antes de la viabilidad". (4)

La Iglesia en el Código Canónico define el aborto de la siguiente manera: "El aborto consiste en la expulsión del claustro materno del feto que está vivo y no puede seguir viviendo fuera de él."

(2) Cabanellas, Guillermo. "Diccionario de Derecho Usual". Bibliografía Omeba, Buenos Aires, 1968, pág. 20.

(3) Cuello Calón, Eugenio, "Derecho Penal". Casa Editorial Bosch, Barcelona 1948, pg. 524.

(4) Collado Martínez, Dr. Hernán. "El Aborto". Mesa Redonda efectuada en el Hospital México, San José, 1973.

Esto ocurre cuando la expulsión se verifique ciento ochenta días antes de la gestación. El expulsarlo después de este período pero antes de los nueve meses es lo que se llama aceleración del parto. (5)

La Iglesia considera el aborto como un crimen que no se justifica nunca.

B.—Clasificación del aborto.

El médico divide el aborto en espontáneo e inducido. El aborto inducido puede ser terapéutico o eugenésico.

a) *Aborto espontáneo*: es aquel que se produce por causas patológicas, es decir, por una enfermedad ya sea del feto mismo o de la madre, o bien por un accidente casual, que tenga como consecuencia el desprendimiento del huevo de su base en la cavidad interior. O sea, aquellas enfermedades que se originan en el organismo materno como: a) enfermedades infecciosas (pulmonía, escarlatina, rubeola, etc.) b) enfermedades renales, que son graves durante el período del embarazo. También enfermedades del corazón, pulmones, sífilis, tuberculosis, etc. c) por formación de tumores que provocan la expulsión del feto.

El aborto espontáneo puede ser: 1. accidental o causado por casual desgracia. 8. Habitual: el repetido en embarazos sucesivos, cuya causa más frecuente es la sífilis. 3. Espontáneo: el que ocurre naturalmente por causas fisiológicas. (6)

b) *Aborto Terapéutico*: por aborto terapéutico se entiende la interrupción del embarazo cuando así lo exige la ciencia, porque la mujer es incapaz de dar a luz un hijo sin poner en peligro su vida o su salud. En estas condiciones el aborto es no sólo permitido, sino que constituye una indicación justificada para que el médico proceda en bien de la mujer embarazada. (7)

c) *Aborto Eugenésico*: antes de hablar de este aborto vamos a definir la palabra "eugenesia". Eugenesia proviene de dos voces griegas: eu que significa bueno y genesia derivado de genes, que ha dado nacimiento al verbo engendrar. Eugenesia es por lo tanto engendrar bien.

Francisco Galton la define así: "El estudio de los agentes bajo control social que pueden mejorar o empobrecer las cualidades raciales de las futuras generaciones ya fuere física o mentalmente". (8)

(5) "Código de Derecho Canónico". Editorial Católica S.A., Madrid, 1969, pág. 869.
(6) Acosta Guzmán, Dr. Alfonso "Medicina Legal y Toxicología". Universidad de Costa Rica, 1961, pág. 336.

(7) Acosta Guzmán, Alfonso Op. cit., pág. 341.

(8) Galton, Francisco. Citado en Jiménez de Asúa, Luis "Libertad de Amar y Derecho a Morir". Editorial Losada S.A. Buenos Aires, 1946, pág. 23.

Aborto eugenésico es el que se hace con el fin de evitar la transmisión de taras. No es recomendable el aborto eugenésico sino, más bien la esterilización de uno de los cónyuges. (9)

Tenemos también una clasificación médica del aborto según el peso del feto al salir del vientre materno:

- 0 a 359 grms — aborto
- 360 a 999 grms — parto inmaduro
- 1000 a 2499 grms — parto prematuro
- 2500 a infinito — parto término. (10)

Cabanellas nos da una clasificación en base al tiempo que lleva el embarazo antes del aborto:

- a) ovular - en el primer mes
- b) embrionario - del primero a los tres meses
- c) fetal - de los tres meses en adelante.

Cabanellas contempla 4 definiciones de aborto:

- a) *aborto en general*: hay aborto siempre que el producto de la concepción sea expelido del útero antes de la época determinada por la naturaleza.
- b) *aborto médico*: la expulsión del feto antes de que sea viable o la muerte del feto dentro del cuerpo de la madre.
- c) *aborto espontáneo*: la expulsión del feto, no viable, por causas fisiológicas.
- d) *aborto delictivo*: la interrupción maliciosa del producto de la concepción.

Por su causa el aborto puede dividirse en:

- a) *Accidental*: el producido por casual desgracia.
- b) *Artificial*: el que es provocado.
- c) *Criminal*: el provocado y no necesariamente para fines terapéuticos.
- d) *Spontáneo*: el que ocurre naturalmente.
- e) *Habitual*: el repetido en embarazos sucesivos cuya causa más frecuente es la sífilis.
- f) *Terapéutico*: provocado para salvar la vida de la madre, cuando ésta está en peligro, o se produzca por indicación del médico competente. (11)

(9) Acosta Guzmán, Dr. Alfonso Op. Cit., pág. 345.

(10) Collado Martínez, Dr. Hernán "La Legalización del Aborto". Mesa redonda efectuada en el Hospital México, San José, 1973.

(11) Cabanellas, Guillermo. Op. Cit., pág. 20.

Vemos que aquí Cabanellas no contempla el aborto eugenésico.

Cuello Calón nos dice que la ley establece tres diversas modalidades del aborto (esto por supuesto en las legislaciones donde el aborto está contemplado como delito).

- A El causado sobre una mujer.
- B El realizado sobre sí misma por la mujer abortante.
- C El causado por facultativos o por otra persona en posesión de título sanitario. (No contempla el aborto terapéutico. Todo aborto es delito sin excepciones). (12)

C.—Medios para producir el aborto.

Hay varios medios para producir el aborto. Raymundo del Río nos los presenta clasificados en tres ramas.

a) *Preparatorios*: baños calientes, sinapismos, sangrías, compresiones de estómago, ejercicios violentos, y aun los medios meramente síquicos, como la provocación de procesos sensoriales o emocionales de entera y notoria ponderación.

b) *Químicos*: el uso de determinadas sustancias por vía oral o de inyecciones. De ellas las más conocidas son: yoduro de potasio, sulfuro de carbono, cornizuelo de centeno, sabrina, ergotina y algunos productos fosforados, arsenicados o mercuriales. Estos productos producen contracciones en el útero que terminan arrojando el feto.

c) *Mecánicos*: vibraciones violentas del útero, fricciones violentas sobre el vientre de la madre, introducción de cuerpos irritantes en la vagina de la mujer, duchas vaginales y uterinas, desprendimiento del embrión por medio de sondas, punción del saco embriionario y aplicaciones de fuerzas eléctricas en el útero. (13)

(12) Cuello Calón, Eugenio. Op. cit., pág. 526.

(13) Del Río, Raymundo citado en Arauz Bonilla, Rodrigo "Abortos" Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1964. págs. 15-16.

CAPITULO II

"EL ABORTO Y LA MUJER EN LA HISTORIA"

A.—HISTORIA DEL ABORTO

B.—POSICION DE LA MUJER A TRAVES DE LA HISTORIA

C.—POSICION BIOLOGICA DE LA MUJER

A.—Historia del aborto.

El aborto se inicia con la misma humanidad. En algunos pueblos es aceptable, en otros se toma como delito.

En la India existía una facultad tácita en el aborto por cuanto no estaba penado por la ley.

En Roma, como en la mayoría de los países de la antigüedad, tuvieron en principio el aborto permitido. Se consideraba al feto como "partio vicerum matris", así que si la mujer abortaba no hacía más que disponer libremente de su cuerpo.

El uso de sustancias abortivas (pocula abortionis) muchas veces se castigó con las penas señaladas para el uso de venenos. Esto principalmente fundamentado en que era peligroso el uso de sustancias abortivas.

En Roma se consideraba a los padres con poder sobre la vida y la muerte de sus hijos, y en tal concepto se fundó la permisión a los padres a colaborar con el aborto de sus hijas, y a éstas hacerlo sin aquella ayuda.

En Lacedemonia se apartaron los hombres del concepto de la moral, y únicamente reprimieron el aborto, para que el pueblo tuviera el mayor número de atletas y guerreros.

Aristóteles se oponía al aborto, pero en su libro "La Política" señala que el aborto procede cuando es excesivo el número de ciudadanos siempre y cuando se realice antes de la animación del feto. Igual concepto tuvo Platón.

Hipócrates en su juramento encaró el problema del aborto. Su código pletórico de simbolismos, que aún siguen los médicos como un código de moral, dice "No darle a mujer preñada medicamento alguno que pueda hacerla abortar". Se refiere al aborto siempre y cuando el feto estuviere animado.

En tiempos de Severo y Antonio el aborto fue penado "extra ordinem", fundándose en la penalidad de la ofensa al marido.

En el antiguo Derecho Español abundan las disposiciones encaminadas a la represión del aborto. Los fueros españoles lo condenaban ya, pero no fue sino el Fuero Juzgo el que claramente enfocó el problema del aborto.

Trataba de los que dan abortivos, de las mujeres que los toman, de los que hieren a las mujeres embarazadas haciéndolas abortar, etc. Ahí se señalaban penas de diversas clases como azote, ceguera, multa, confiscación, prisión y muerte. Esto se debió a la posición de la Iglesia y a la influencia que ésta ejercía sobre el poder español. Otra razón era que agravaba la disminución de la natalidad, ya que necesitaban impulsar el crecimiento de la población diezmada por las guerras de la reconquista.

En las Partidas aparece la curiosa distinción, proveniente del Derecho Canónico, entre la muerte del feto vivo, con alma, en cuyo caso se imponía la pena de muerte, y la del feto no animado, castigándose entonces con el destierro a una isla.

Según la Biblia y las doctrinas de Aristóteles y Plinio, aceptadas por los escritores eclesiásticos, y por las colecciones canónicas era preciso cierto tiempo después de la concepción para que el semen derramado en el útero se formase como cuerpo para recibir el alma convirtiéndose en feto animado; se creía que esto tenía lugar cuarenta días después de la concepción para los varones y ochenta para las mujeres. (14)

B.—Posición de la mujer a través de la historia.

La mujer no ha tenido un papel muy brillante a través de la historia, podríamos decir que siempre ha estado bajo el tacón del zapato del hombre.

Esta situación de inferioridad social, no real, la vemos reflejada hasta en la ley. Encontramos leyes, no funcionales, y discrimi-

(14) Cuello Calón, Eugenio. "Derecho Penal". Editorial Bosch, Barcelona, 1948. citado en Arauz Bonilla, Rodrigo. "Abortos". Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1964, págs. 5-8.

natorias que, aunque afectan a la sociedad entera, es a la mujer a la que hacen víctima de su imperfección.

Vamos a hacer un breve análisis de esta posición que ha ocupado la mujer desde la antigüedad.

Entre los hebreos les estaba vedado jurar a la mujer, por cuanto se consideraba que no tenía palabra. Su palabra debía según Moisés, estar respaldadas por la palabra de su marido o de su padre.

En la India estaba obligada a reverenciar a su marido como a un Dios, aunque éste se entregara a desenfundados libertinajes, y una vez muerto, pasaba ella al imperio de los hijos.

Entre los mongoles de Oriente y del centro de Asia, las mujeres pertenecían a los hombres por medias docenas, y siendo sus esclavas aquellos tenían la costumbre, como una muestra de exquisita cortesía, de ofrecer a sus huéspedes a la esposa, o a falta de ella a las hijas.

La situación de la mujer egipcia, era análoga a la de la mujer hindú, después de servir la mesa del esposo debía aguardar sumisa la orden de sentarse y sufría, al igual que la mujer musulmana, todos los envilecimientos del harem siendo su educación absolutamente nula por desconocerse las escuelas para mujeres y, como un símbolo de la sociedad, mientras en el serallo era obligada a los mayores desenfundos debía salir a la vía pública castamente velado el rostro.

En Persia la mujer sólo era útil para la satisfacción carnal del amo, y para la propagación de la especie.

En Arabia el desprecio por la mujer llegaba hasta el crimen de enterrar a la recién nacida.

En Grecia, Licurgo, el Espartano, dignificaba a su manera, a la "máquina gestadora de soldados" y la obligaba a practicar en unión del hombre, el pugilato, vestida con el deshogado traje de una untura de aceite.

Roma, aunque todavía considerando a la mujer como un error de la naturaleza, marca un paso en pro de la dignidad de la mujer al permitirle que salga a la calle con el rostro descubierto, y que pueda sentarse en la misma mesa del marido con el que comparte las tareas domésticas.

Todavía en el siglo VI de la era cristiana se debatía acaloradamente si las mujeres eran algo más que incubadoras humanas. Ellas deben mostrarse gratas a los santos Padres que llevaron tan arduo problema a un concilio y les concedieron, si no por unanimidad, por lo menos por mayoría, a semejanza del hombre, un alma.

En la Edad Media la mujer sirvió de pregón a los caballeros y a los poetas. "Amor al bello sexo" era el grito de los combatientes. pero si hemos de creer algo a las leyendas históricas de esos tiempos, dudaremos de la lealtad de tan elegante grito, pues parece que los combatientes, no dándole mucho crédito al honor que pregonaban, lo velaban medioevalmente, con el denigrante "cinturón de castidad".

Y así, por obra del hombre, la degeneración de la mujer ha hecho su carrera triunfal a través de las sociedades. (15)

C.—Posición biológica de la mujer.

La mujer estará unida siempre a una posición biológica especial que puede ser muy bella en determinado momento, pero significa un desagradable sacrificio en otro. Esta situación es la de tener la capacidad de engendrar un nuevo ser en sus entrañas.

Queremos citar aquí al Licenciado Oscar Saborío Castro:

“El parto es una verdadera catástrofe biológica. No queremos en modo alguno hacer una antipropaganda a la maternidad, ni condenarla así porque sí, en conjunto y groseramente; el espectáculo más emocionante de la vida humana es cuando la mujer da a luz a un niño. Aquí caben todos los elogios o aplausos, junto al más grande sentimiento de respeto y de religiosidad verdadera. Por de pronto la maternidad es uno de los instintos básicos, no sólo humanos sino vegetales y animales, en éstos en lo tocante a reproducción”. (16)

Nace aquí una interrogante. Si como vemos el parto y la maternidad son tan importantes para la mujer, tanto en lo biológico como en lo emocional, tenemos que concederle el carácter de algo muy personal, que atañe sólo a la mujer que va a ser el principal sujeto a esa situación. Como entonces no dejarla decidir sobre sí misma, cómo no dejarla escoger entre llevar a término su embarazo o no permitir que dé su fruto? Es ella, y no los que estamos ajenos a ese fenómeno, la que debe decidir sobre un asunto tan trascendental para su vida entera.

El doctor mexicano Luis Sánchez Vargas nos habla de las características biológicas de la mujer: “Empero la tragedia biológica de la mujer no es la de mera manufactura humana, creada por el hombre en las épocas de la barbarie humana, por más que la barbarie se haya prolongado contra ella por muchos siglos, y aun podemos diariamente, palpar sus dolorosas reminiscencias; la verdadera naturaleza femenina es la que radica en su propia naturaleza, la que en la pubertad de la mujer sienta sobre su organismo, para martirizarla por mucho tiempo, sus tiernas rojas; es la tragedia biológica que leva anclas muy tarde cuando ya ha destrozado, cruelmente, las entrañas de la mujer.

Ella no sólo es víctima, como el hombre de la ilusión sexual que tiende a su paso la Naturaleza, sino que, tiene además, que me-

(15) Saborío Castro, Oscar. Op. cit., págs. 6-9.

(16) Saborío Castro, Oscar. Op. cit., págs. 9-10.

tamorfosear ese momento de placer en una nueva realidad humana, mediante una completa transformación y reconstrucción de su organismo verdaderamente crueles.

Todo hombre debe comprender y sentir profundamente que lo que para él es un momento de placer sencillo, significa para la mujer el principio de complicados procesos que van a modificar atrozmente su organismo y a los que debe ofrendar todas sus aspiraciones y energías vitales”. (17)

Si la naturaleza ha puesto este complicado mecanismo en el ser de la mujer, no podemos nosotros castigarla por ese accidente, sino darle la libertad de decidir cuándo lo pone en acción y cuándo no.

(17) Sánchez Vargas, Dr. Luis, citado en Saborío Castro, Oscar. Op. cit., pág. 11.

CAPITULO III

"EL ABORTO Y LA LEY"

A.—POSICION DE LA IGLESIA.

B.—EL ABORTO Y LA LEY PENAL.

C.—EL ABORTO Y LA LEY EN COSTA RICA.

D.—EL ABORTO HONORIS CAUSA.

A.—El aborto y la Iglesia.

La Iglesia ha mantenido siempre una posición muy radical frente al acto del aborto, que define como un crimen. No se puede matar a un feto en ningún caso, ya que se considera que la vida pertenece a Dios y ningún hombre tiene derecho sobre su propia vida, menos sobre la de otro.

En su Código de Derecho Canónico lo define y dice que para que exista el delito de aborto es necesario:

"a) que se realice una acción capaz de suyo de producir el aborto.

"b) que la acción se realice con el fin directo de hacer abortar y

"c) que de hecho se produzca el aborto".⁽¹⁸⁾

La Iglesia pena este delito como uno de los más graves.

(18) 'Código de Derecho Canónico'. Op. cit., pág. 869.

* "Los que procuran el aborto incluso la madre, incurren si el aborto se verifica en excomunión latae sententiae reservada al ordinario; y si son clérigos deben además ser depuestos". (19)

Otra característica que encontramos es la de considerar el acto sexual como una fornicación que está contemplada como pecado mortal en la Tabla de los Diez Mandamientos. Ante esta posición que consideramos errada, no es difícil de entender este concepto: "Para ocultar una fornicación no es lícito suprimir una naturaleza humana, que ha sido engendrada por Divina Providencia, provocando el aborto con empleo de drogas abortivas a fin de destruir completamente el embrión y con él el amor de Dios". (20)

La Iglesia no permite el aborto terapéutico, o sea, el que se lleva a cabo para salvar la vida de la madre. No entendemos ni comprendemos esto. Es un valor mucho más importante una madre que se debe a un esposo, a unos hijos o a si misma, que un ser que todavía no ha nacido, que sólo es una esperanza y no una certeza. No podemos sacrificar la realidad de esa madre ante la esperanza de ese hijo. Este problema está contemplado en la encíclica Castie Connubii, que fue escrita en 1930 y la Iglesia cuarenta años después no ha cambiado su punto de vista. Esta Encíclica condenó toda intervención que origine la muerte del feto. El fin de salvar a la madre no puede justificar su destrucción que constituye una violación al precepto "No matarás". (21)

B.—El aborto y la Ley Penal.

El aborto como todo delito es contemplado de una manera exhaustiva dentro de la ley penal. Ahí se determinan el hecho de aborto, los sujetos que lo llevan a cabo y cometen el delito, las consecuencias que traen estos hechos, etc. Eugenio Cuello Calón hace un examen completo del delito de aborto, que vamos a citar:

A.—Aborto causado sobre una mujer:

en el caso de aborto sin consentimiento de la mujer sujeto activo del delito puede ser cualquiera, con excepción de aquella; en el causado con el consentimiento de la mujer, también ésta es sujeto activo del delito.

Los elementos esenciales de este delito son:

1—Un hecho de aborto— hay aborto en sentido legal cuando se causa la destrucción o aniquilamiento del fruto de

(19) "Código de Derecho Canónico". Opt. cit., pág. 868.

(20) Zalba, M. "El Aborto en la Doctrina Tradicional de la Iglesia". Revista Folia Humanística N° 122, 1973.

(21) Papa Pío XI "Castie Connubii", 1930. Citado en Cuello Calón Eugenio. Op. cit., pág. 533.

la concepción en cualquiera de los momentos anteriores a la terminación de la preñez. Existe este delito no sólo cuando se ejecutan los hechos productores de la muerte del feto, sino también cuando se coopera en su realización. Una actitud pasiva de no oposición no integra este delito. Las manipulaciones han de tener por fin el provocar el aborto.

2—El elemento de este delito está constituido por la creencia de que la mujer está encinta, y por el propósito de realizar el aborto, es decir por el ánimo de causar la muerte del feto.

Es indiferente el móvil del delito. En el aborto causado con consentimiento de la mujer es necesario también como elemento tercero, que la mujer sea capaz de consentir. La mujer idiota, privada del sentido, demente, menor de edad, etc. no puede consentir.

B.—El aborto producido o consentido por la mujer:

Comete este delito la mujer que causare su aborto o consintiere que otro se lo cause. Se presentan entonces dos casos:

- a) que la mujer cause un aborto, debe producirlo libremente. Ha de concurrir la intención de causar la muerte al feto o
- b) que la mujer consienta que o tro cause s uaborto; debe haber verdadero consentimiento.

Un caso especial de aborto con consentimiento es cuando la mujer causare su aborto o consintiere que otra persona se lo causare por ocultar su deshonor o cuando los padres con el mismo fin y con el consentimiento de su hija produzcan o cooperen a la realización del aborto de ésta. Este es el aborto Honoris Causa. Hay dos hechos diversos en este tipo de aborto:

- a) que la mujer cause su aborto o que lo consienta; sujeto de este delito es sólo la mujer abortante. Son elementos de este delito:

1—Un hecho de procuración de aborto o de consentimiento para el mismo.

2—Voluntad de destruir el fruto de la concepción por el único móvil de ocultar la deshonor.

- b) que los padres produzcan o cooperen en el aborto de su hija; sujeto de este delito son únicamente los padres de la mujer (ni hermanos, ni abuelos, ni marido, etc.)

Elementos de este delito son:

1—Un hecho de producción o cooperación en el aborto de la hija que ha de tener lugar con el consentimiento de la hija.

C—Abortos agravados:

1—aborto causado por facultativo. Sujetos de este delito sólo pueden ser facultativos. Comprende a médicos, matronas, practicantes y personas en posesión de títulos sanitarios. Se presentan dos hechos:

- a) causar el aborto a una mujer: los elementos de este delito son un hecho de aborto, y voluntad criminal, integrada por la creencia de hallarse la mujer en estado de embarazo, y por la voluntad de destruir el fruto de la concepción.
- b) cooperar con el aborto de una mujer, no es preciso que se cause el aborto, basta que el facultativo haga algo encaminado directamente a la provocación del aborto, o a la muerte del feto.

En ambos casos son indiferentes los móviles del delito.

2—Abortos causados por abortadores habituales que no se hallen en posesión de título sanitario. Este precepto es aplicable al causado con o sin el consentimiento de la mujer. La habitualidad es elemento integrante de este delito.

D—Consumación del delito de aborto:

El aborto se consuma cuando se produce la muerte del fruto de la concepción.

En caso de expulsión prematura con ánimo feticida es menester que el producto de la concepción no sea viable, si fuera viable y viviera existiría un aborto frustrado. Si se produce la expulsión de un feto viable y después se le da muerte, se comete el delito de infanticidio. Autores, cómplices no son sólo los que realizan las labores abortivas, sino cuantos cooperan directamente y de común acuerdo a la provocación del aborto.

E—Aborto no intencional causado violentamente:

Comete este delito el que ocasionare violentamente el aborto a sabiendas del embarazo de la mujer, cuando no haya propósito de causarlo.

Elementos de este delito son:

- 1—que el agente no tenga propósito de causarlo.
- 2—que tenga conocimiento del embarazo de la mujer ofendida.
- 3—que el agente realice voluntariamente contra la embarazada cualquier acto de violencia.
- 4—que la violencia empleada sea causa determinante del aborto.

F—Hechos que facilitan o favorecen el aborto:

- a) los cometidos por farmacéuticos o sus dependientes que sin la debida prescripción médica expendieren un abortivo. Sujetos de este delito no son sólo los farmacéuticos sino también los dependientes.
- b) los cometidos por personas en posesión de títulos facultativos o sanitarios: los que en función de título facultativo o sanitario meramente indicaran medicamentos, aparatos, medios o procedimientos capaces de provocar el aborto.
- c) los cometidos por los fabricantes y negociantes en aparatos ginecológicos: los fabricantes y negociantes en medicamentos, sustancias, aparatos, instrumentos u objetos capaces de provocar o facilitar el aborto, que los vendieran a personas no pertenecientes al cuerpo médico o a comerciantes no autorizados para su venta. Sujetos de este delito son sólo los fabricantes y negociantes en los medicamentos, sujetos u objetos mencionados.
- d) ofrecimiento en venta de sustancias u objetos capaces de producir el aborto. El que ofreciere en venta, vendiere, expidiere, suministrare o anunciare en cualquier forma medicamentos, sustancias, instrumentos, objetos o procedimientos capaces de provocar el aborto. Sujeto de este delito puede ser cualquiera. ⁽²²⁾

C.—El aborto y la ley penal en Costa Rica.

Después de haberles dado un vistazo a varias legislaciones sobre el aborto en América Latina (Argentina, Bolivia, México, Brasil, Colombia, Cuba, Chile, República Dominicana, Ecuador, etc.) nos damos cuenta de que poseen características similares. Casi todas las legislaciones prohíben en general el aborto; en todas ellas está aceptado el aborto terapéutico; son varias las que contemplan el aborto por violación y estupro; unas pocas aceptan el aborto eugenésico; en general el aborto Honoris Causa es un caso especial que disminuye o desaparece la pena. ⁽²³⁾

Considero que la razón por la cual los países más desarrollados del mundo han ido aceptando el aborto, y en Latinoamérica el proceso está siendo muy lento, es la gran influencia que ha tenido

(22) Cuello Calón, Engenio. Op. cit., págs. 526-543.

(23) Saborío Castro, Oscar. Op. cit., págs. 22-50.

la Iglesia en nuestros países. Estas tradiciones religiosas se han reflejado en la ley.

Vamos a ver a continuación la ley al respecto que tiene nuestro país:

Código Penal

"Aborto con o sin consentimiento":

Artículo 118.—El que causare muerte a un feto será reprimido:

1—Con prisión de tres a diez años si obrare sin consentimiento de la mujer o si ésta fuere menor de 15 años. La pena será de dos a ocho años, si el feto no había alcanzado seis meses de vida intrauterina.

2—Con prisión de uno a tres años, si obrase con consentimiento de la mujer. Esta pena será de seis meses a dos años si el feto no había alcanzado seis meses de vida intrauterina.

En los casos anteriores se elevará la pena si del hecho resultare muerta la mujer.

"Aborto procurado".

Artículo 119.—Será reprimido con prisión de uno a tres años la mujer que consintiere o causare su propio aborto. Esa pena será de seis meses a dos años si el feto no había alcanzado seis meses de vida intrauterina.

"Aborto Honoris Causa"

Artículo 120.—Si el aborto hubiere sido cometido para ocultar la deshonra de la mujer sea por ella misma, sea por terceros, con el consentimiento de aquella, la pena será de tres meses a dos años de prisión.

"Aborto Impune"

Artículo 121.—No es punible el aborto provocado con el consentimiento de la mujer por un médico, o por una obstétrica autorizada, cuando no hubiere sido posible la intervención del primero, si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y éste no ha podido ser evitado por otros medios.

"Aborto Culposos"

Artículo 122.—Será penado con sesenta días a ciento veinte días de multa, cualquiera que por culpa causare un aborto.

También encontramos algo al respecto en el Código Civil:

Artículo 13.—La existencia legal de la persona física principia al nacer; pero el feto se reputa nacido para todo lo que le favorezca, y concebido trescientos días antes de su nacimiento. Sin embargo, para que sea capaz de derechos civiles ha de nacer con figura humana y vivir por lo menos veinticuatro horas. ⁽²⁵⁾

D—El aborto Honoris Causa.

Como comentamos anteriormente, una característica de nuestros países es el contemplar el aborto Honoris Causa como un tipo especial de aborto, que merece una pena más liviana que los demás. Nos ha sorprendido el ver que en nuestra sociedad es más importante salvar un honor que morir de hambre por traer un hijo al mundo que no podemos mantener, más importante que traer un hijo al mundo víctima de una enfermedad congénita, más importante que traer un hijo el mundo víctima de una violación.

Podemos citar aquí una palabras de Oscar Saborío Castro:

"Al atenuar la pena para la mujer que aborta con el fin de preservar su honor, ¿qué es lo que la ley está reconociendo? ¿No es una hipocresía social? Los que arguyen que la mujer si en tanto estima su honor, debiera pensar las consecuencias antes de entregarse, hablan con absoluto desconocimiento de las leyes naturales, y quieren imponer a la mujer un sacrificio que, seguramente, ellos jamás se impondrían.

Porque la mujer que al abortar no está constituyendo ningún peligro para la sociedad, puede significarlo si ante el acecho de la maledicencia, tiene que orillarse, estando en tal caso dispuesta a los mayores crímenes para salvar la vida de su hijo, a quien la sociedad bautizó, en la pila de la estupidez, con el nombre de "natural". ⁽²⁶⁾

(24) "Código Penal y Leyes Conexas". Imprenta Trejos Hermanos. San José, Costa Rica, 1972, págs. 91-98.

(25) "Código Civil de la República de Costa Rica". Imprenta Lehmann. San José, Costa Rica, 1972, pág. 9.

(26) Saborío Castro, Osca. Op. cit., págs. 51-52.

CAPITULO IV

X "ESTUDIOS SOBRE EL ABORTO"

A.—COMO PROBLEMA MEDICO.

B.—COMO PROBLEMA SOCIAL.

A.—Como problema médico.

Es difícil estimar la cantidad real de los abortos inducidos que hay en nuestro país, pues sólo contamos con las cifras de los casos que han requerido hospitalización dejando por fuera aquellos que se resuelven sin complicaciones.

En nuestro sistema hospitalario, el aborto ocupa, después del parto y la gastroenteritis, el tercer lugar entre las causas de hospitalización. El legrado uterino por aborto representa el mayor volumen de las intervenciones quirúrgicas practicadas actualmente.¹⁷

En 1968, 6.116 mujeres ingresaron a hospitales por causa de aborto. La cifra conocida de los embarazos que se abortan es del 12%. El 30% de la sangre transferida en los hospitales se destinan a tratamiento del aborto.

El aborto constituye un problema de salud pública en cuanto: a) es evitable, b) causa alta mortalidad y c) su atención demanda fuertes sumas de dinero que podrían ocuparse en otros renglones de la salud.⁽²⁷⁾

Como vemos el problema médico del aborto es muy serio. No podemos pretender que no existe, o que no nos concierne. Su im-

(27) Asís B., Dr. Miguel. "El aborto como problema médico social". Edición mimeografiada, Ministerio de Salubridad Pública, Costa Rica, 1971.

portancia y sus consecuencias son un problema que debe interesar a la sociedad entera.

B.—*Como problema social.*

Encontramos diversos estudios sobre causas del aborto, medio ambiente en que existe, consecuencias, etc.

Dulce María de Carboni nos presenta un estudio hecho a 82 casos de aborto elegidos al azar entre 231 atendidos en el servicio de Ginecología del Hospital Central de la Caja Costarricense del Seguro Social, durante los meses de setiembre, octubre y noviembre de 1967.

Una de las conclusiones fue que se puede notar que a menor nivel educacional mayor es el número de abortos. La gran mayoría de los casos presentan muy bajo ingreso. Al no cubrir el salario las necesidades básicas de la familia, surgen serios problemas, cuyas víctimas principales son las madres en estado de embarazo y los niños mal nutridos.

Respecto a los oficios el nivel más alto lo constituyen mujeres casadas que desempeñan oficios domésticos. (28)

Benjamín Viel también habla de las características del aborto. Dice que en América Latina se puede suponer que el fenómeno del aborto inducido irá aumentando en forma paralela a la mayor proporción de población que vaya habitando las ciudades.

El porcentaje de las mujeres que abortan es mayor en las mujeres casadas que en las solteras. Las mujeres que ya han recurrido al aborto es muy fácil que vuelvan a recurrir a él.

El nivel socioeconómico superior recurre al aborto en menor grado porque dan mayor uso a los métodos anticonceptivos. El nivel económico alto al tomar la decisión de recurrir al aborto busca profesionales técnicamente capacitados para efectuarlo y cancela en general subidos honorarios.

A medida que el nivel económico desciende la mujer recurre a elementos no profesionales, cuya dudosa habilidad disminuye junto a la disminución de los honorarios que cobran y cuyas maniobras generalmente derivan complicaciones. A nivel aún más bajo la mujer se practica a sí misma el aborto, que termina generalmente en hospitalización. (29)

El doctor Miguel Asís B. dice que el problema del aborto se agrava en las clases medias, y disminuye sustancialmente en los

(28) Carboni, Dulce María Molina de, "El problema del aborto y el Servicio Social", Universidad de Costa Rica, Facultad de Servicio Social, 1968. págs. 24-27.

(29) Viel, Benjamín "La explosión demográfica", resumido en "El aborto inducido". Edición mimeografiada del Centro de Orientación Familiar, San José, Costa Rica, 1973.

grupos de mayores recursos económicos, en virtud del conocimiento y uso de métodos anticonceptivos.

Dice que: "la mujer ante la posibilidad de un aborto hace caso omiso de las sanciones morales y penales y no se detiene para llevarlo a cabo. Por otro lado el hombre, por conveniencias económicas o sociales, obliga a la mujer, e incluso se convierte él mismo, en agente provocador del aborto".

Las razones que se aducen para provocar el aborto son en orden de importancia 1) causa económica, 2) muchos hijos, 3) abandono del marido, 4) maltratos del esposo, 5) deseo del esposo, 6) incompatibilidad con el trabajo, 7) hijos muy seguidos, 8) enfermedad, 9) hijo no deseado, 10) obligado, 11) madre soltera, 12) separación.

"En relación al estado civil y en contra de lo que muchos puedan pensar al asociar el aborto provocado con la promiscuidad sexual, y como consecuencia de relaciones sexuales fuera del matrimonio, el aborto provocado es más frecuente entre las mujeres casadas que entre las solteras y de otros estados civiles". (30)

(30) Asís B., Dr. Miguel. "El aborto como problema médico social". Edición mimeografiada del Ministerio de Salubridad, San José, 1971.

CAPITULO V

"JUSTIFICACION DEL ABORTO"

A.—*POR RAZONES SOCIOECONOMICAS.*

B.—*LA POSICION QUE DEBIERA TENER LA LEY.*

A.—*Por razones socioeconómicas.*

Como vimos en el capítulo pasado el fenómeno de aborto inducido tiene varias características, entre ellas: a) que conforme disminuye el nivel educacional, el aborto aumenta y b) depende del nivel de posibilidades económicas también. Es más utilizado por la clase media y baja que por la alta.

La clase alta posee los medios para garantizar una intervención segura realizada por una persona de competencia probada, a alto costo monetario. Además posee una educación superior que le permite el mejor y mayor uso de los anticonceptivos. Estas ventajas no las encontramos en la clase media baja, que además, es la que recibe sobre ella con más fuerza las desventajas e injusticias de la ley en contra del aborto. Es por lo que considero que la delictuosidad del aborto es discriminante en el aspecto social.

También vimos que el aborto es más común en las mujeres casadas que en las solteras, lo que nos dice que no es cierto, como muchos creen, que la legalización del aborto se dirija a salvar el honor de la muchacha soltera. Más bien va dirigido a ayudar a la madre de familia que ya tiene que cargar con la responsabilidad de muchos hijos y no puede tener más.

Se dice que para evitar el aborto se deben difundir los métodos de control demográfico, pero hay que tomar en cuenta el nivel

La represión del aborto protege el interés nacional de prevenir la disminución de la natalidad, nos dice Eugenio Cuello Calón.⁽³¹⁾ cultural de las personas en el caso determinado.

(31) Cuello Calón, Eugenio "Derecho Penal". Editorial Bosch, Barcelona, 1948.

Pero lo que hay que contemplar es que ahora la situación se ha invertido, lo que se necesita es bajar la tasa de crecimiento demográfico, controlar la explosión demográfica.

Hay autores que creen que el único medio para controlar la explosión demográfica es legalizar el aborto. Por ejemplo, Glycon de Paiva, el experto más respetado de Planificación Familiar del Brasil defiende esta tesis. (32)

Vietes afirma que el aborto en caso de miseria, enfermedad, etc. representa un bien para el ser cuyo nacimiento evita. Sostiene que la sociedad protege mediante el Código Penal nada más que derechos existentes, no poseídos por un embrión de problemática vitalidad y afirma que el dar a luz una criatura es un acto personalísimo y la sociedad no puede arrogarse el derecho de imponer a la madre una maternidad. (33)

Estamos de acuerdo completamente con este concepto.

El aborto cuando hay miseria, cuando hay pobreza, etc. es una necesidad social.

"La natalidad no es problema y preocupación sólo para los progenitores sino para la sociedad entera, una sociedad que sea responsable de su destino y que vele por el mejoramiento del grupo". (34)

Voy a citar aquí unas palabras que creo expresan mi punto de vista:

"Decenas de millones de hombres hay hoy sin trabajo, la criminalidad infantil crece enormemente, los asilos, hospitales, reformatorios, cárceles y presidios están atestados de seres, casi todos hijos de padres incapaces de dirigirlos y alimentarlos! ¿Cómo entonces considerar inmoral o criminal a la madre que quizás previniendo este futuro para sus hijos, interrumpe el embarazo? (35)

B.—La posición que debiera tener la ley.

La impunidad del aborto puede defenderse por varias razones. Luis Jiménez de Asúa nos cita las siguientes:

- Basándose en que el feto es parte de la mujer y ésta puede disponer del fruto de la concepción.
- En que el concebido no es un bien jurídico individual sino un interés de la sociedad que sólo en ciertos casos debe ser protegido.

(32) "El Aborto", Revista Visión, junio de 1970.

(33) Vietes, Moisés, citado en Becklse Maxwell, Virginia "Justificación del aborto en caso de violación". Universidad de Costa Rica, San José, 1966, pág. 27.

(34) Arauz Bonilla, Lic. Rodrigo "Abortos". Universidad de Costa Rica, San José, 1964.

(35) Saborío Castro, Oscar. Op. cit., pág. 5.

- En que la pena es impotente para evitar los abortos.
- En que el aborto es una ley de excepción para el proletariado.
- En razones prácticas, es decir, en la necesidad de proteger la vida de numerosas mujeres que se hacen abortar contra el derecho legislado, a todo riesgo. (36)

Todas las razones que hemos dado nos parecen suficientes para justificar la impunidad del aborto.

El aborto ha sido reprobado durante muchísimo tiempo pero eso no tiene necesariamente que seguir así. Radbruch nos dice:

"Sería oportuno pensar si no pesan más que los respetos a lo tradicional, los escrúpulos contra una penalidad, que no sólo se manifiesta impotente en innumerables casos, respecto a los delitos que sancionan, sino que pueden llegar a ser un instrumento de otras infracciones como la estafa y la extorsión". (37)

Creemos que el aborto no debe ser tipificado como delito porque no es una situación que deba ser contemplada por la ley porque el feto no es una persona jurídica.

"Antes del alumbramiento existirá tal vez la vida, pero no existe la personalidad; y desde siempre el derecho es atributo de la persona.

Para ser sujeto de derecho no basta existir en sentido fisiológico, es necesario vivir en estado jurídico; es decir, tener vida de relación. Si no hay vida de relación, no hay vida en sentido sociológico; el derecho es inseparable de la sociedad, como el efecto es inseparable de la causa". (38)

Von Litz nos dice que el delito es un ataque a un bien jurídico. Niega que el feto sea una persona y por lo tanto no es sujeto capaz de ostentar intereses protegidos por el derecho. (39)

Según Irueta Goyena "el jurista se encuentra frente al conflicto de dos valores jurídicos y fisiológicamente desiguales; en el caso del aborto, el menos lo constituye la vida embrionaria y problemática del hijo; el mayor, la vida real y perfecta de la madre; es obvio que el menor se subordine al mayor y se sacrifique al hijo. (40)

Las leyes del aborto en nuestro país no se aplican, sólo uno de cada 100 a 200 casos llega a los tribunales. ¿Para qué sirve una ley que no se aplica, y que al existir obliga a la mujer a jugar con su vida para defender la libertad, felicidad y seguridad?

"Las fallas de una sociedad no pueden repercutir sobre seres inocentes. Si una mujer no desea tener hijos, esa maternidad no le puede ser impuesta a la fuerza". (41)

(36) Jiménez de Asúa, Luis. "Libertad de Amar y Derecho de Morir". Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, 1946, pág. 338.

(37) Radbruch, Gustavo, citado en Jiménez de Asúa, Luis, Op. cit., 339.

(38) Irueta Goyena, José, citado en Jiménez de Asúa, Luis, Op. cit., 339.

(39) Ritter von Litz, citado en Jiménez de Asúa, Luis, Op. cit., pág. 338.

(40) Irueta Goyena, José, citado en Jiménez de Asúa, Luis, Op. cit., pág. 46.

(41) Saborío Castro, Oscar. Op. cit., pág. 56.

Estamos de acuerdo con Margueritte que dice: "Creo que el derecho al aborto es absoluto. En tanto que un ser no haya visto la luz del día, y no exista más que la vida fetal, creo que forma parte de la carne que subviene a sus funciones. ¿Se intentaría restringir los derechos del individuo sobre sí mismo? El derecho del aborto me parece que es uno de los plenos derechos individuales". (42)

Klotz Forest también comparte nuestra opinión: "No hay crimen para la mujer que se desembaraza de un feto que amenaza su felicidad. Sólo ella es juez para saber si debe o no abortar". (43)

CONCLUSION

Hay tres puntos esenciales por los cuales defiendo la impunidad del aborto:

- 1.—Miles de mujeres en nuestro país practican el aborto clandestinamente y no está en nuestras manos el evitarlo. Debemos ser realistas y darnos cuenta de lo grave que es esta situación. La posición que debe tener el Estado es proporcionarles un medio seguro para que lo efectúen y así evitar que jueguen con sus vidas, vidas mucho más valiosas que la de un hijo que todavía no es una realidad, sino sólo una expectativa.
- 2.—El derecho del aborto es un derecho absoluto de la mujer y es ella y nadie más la que debe decidir sobre él.
- 3.—La ley que pena el aborto es una ley de excepción contra el proletariado. La mujer pobre es la que necesita limitar el número de sus hijos por motivos socio-económicos y es ella la que tiene un menor acceso a los medios de control de la natalidad. Por esta razón recurre a cualquier medio para llevar a cabo el aborto sin meditar en lo peligroso que este medio sea. La mujer que tiene recursos económicos encuentra profesionales que cobrando altos honorarios le garantizan un máximo de seguridad. ¿Por qué esta diferencia? ¿Por qué esta injusticia?
"Cierto que la mujer debe ante todo ser madre, por el imperativo mismo que la naturaleza le impone, pero debe serlo voluntariamente, para que detrás de ese nombre tan santo, no se oculte tal cúmulo de injusticias". (44)

(42) Magueritte, Víctor, citado en Cabanellas, Guillermo. "El aborto como problema social, médico y jurídico". Editorial Atalaya, Argentina, 1945, pág. 32.

(43) Forest, Klotz. Citado en Beckles Maxwell, Virginia. Op. cit., pág. 43.

(44) Saborío Castro, Oscar. Op. cit. pág. 5.

BIBLIOGRAFIA

- Arauz Bonilla, Rodrigo "Abortos". Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1964.
- Asís B., Miguel "El aborto como problema médico y social". Edición mimeografiada. Ministerio de Salubridad, 1971.
- Beckles Maxwell, Virginia "Justificación del aborto en caso de violación". Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1966.
- Brenes Jiménez, Lic. Víctor; Cabezas López, Dr. Arturo; Collado Martínez, Dr. Hernán. "El aborto". Mesa Redonda efectuada en el Hospital México en octubre de 1973.
- Cabanellas, Guillermo "Diccionario de Derecho Usual" Bibliografía Omeba, Buenos Aires, 1962.
- Cabanellas, Guillermo "El aborto, su problema social, médico y jurídico". Editorial Atalaya, Argentina, 1945.
- Carboni, Dulce María Molina de. "El problema del aborto y el Servicio Social". Universidad de Costa Rica, Escuela de Servicio Social, 1968.
- Centro de Orientación Familiar "El aborto inducido". Edición mimeografiada, San José, 1973.
- "Código Civil de la República de Costa Rica", Imprenta Lehmann, San José, Costa Rica, 1972.
- "Código de Derecho Canónico", Editorial Católica S.A., Madrid, España, 1969.
- "Código Penal y Leyes Conexas", Imprenta Trejos Hnos. San José, Costa Rica, 1972.
- Cuello Calón, Eugenio "Derecho Penal II", volumen 2. Editorial Bosch, Barcelona, España, 1948 y 1967.
- Gómez B., Miguel. "Informe de la Encuesta de Fecundidad del Area Metropolitana". San José, 1968.
- Jiménez de Asúa, Luis. "Libertad de amar y derecho a morir". Editorial Losada S.A. Buenos Aires, 1946.
- Marx, Paul "El aborto", documental visto en Telecentro Canal 6 en octubre de 1973.
- Porras Paniagua, Bernardo. "El aborto". Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1959.
- Revista Visión. "El aborto". Junio de 1970.
- Rojas Sánchez, Sergio. "El aborto". Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1960.

- Ruano Mariño, Dr. Rafael. "El aborto en Costa Rica". Edición mimeografiada. Ministerio de Salubridad Pública.
- Saborío Castro, Oscar. "El delito del aborto, su fundamento sociológico y su penalidad en la legislación Iberoamericana". Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1956.
- Zalba, M. "El aborto en la doctrina tradicional de la Iglesia". Revista Folia Humanística N° 122. 1973.

LA PROHIBICION DE LA "REFORMATIO IN PEIUS" EN EL CODIGO PROCESAL PENAL

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

LA PROHIBICIÓN DE LA "REFORMATIO
IN PEIUS" EN EL CÓDIGO
PROCESAL PENAL

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

S U M A R I O :

Sección I. — Generalidades

- A - Fundamento de la prohibición de la "*Reformatio in Peius*"
 - 1 - Teoría que deduce la prohibición del principio dispositivo en el proceso penal.
 - 2 - Teoría que explica la prohibición por la cosa juzgada parcial de la sentencia.
 - 3 - Teoría que afirma el carácter político-criminal de la prohibición.

- B - Historia de la prohibición de la "*reformatio in pius*"
 - 1 - En el derecho romano.
 - 2. - En el derecho alemán.
 - 3- En el derecho francés.

Sección II. — *Presupuestos y campo material de aplicación de la prohibición de la reformatio in peius*

- A - Presupuestos de la aplicación de la prohibición.
- B - Campo material de aplicación de la prohibición.

Conclusiones:

Sección I — Generalidades

El nuevo Código Procesal Penal establece la prohibición de la "reformatio in peius" en el artículo 459, según el cual: "cuando hubiere sido recurrida solamente por el imputado o a su favor, la resolución no podrá ser modificada en su perjuicio, en cuanto a la especie o cantidad de la pena ni a los beneficios acordados". El Código procesal penal de 1910 contempló dicha prohibición en su artículo 602. Sin embargo, el campo de validez de la misma fue diferente en la legislación derogada al que tiene en la nueva legislación.

A) Fundamento de la prohibición de la "reformatio in peius"

Por qué no puede el Tribunal de Alzada modificar la resolución impugnada cuando el imputado es el único impugnante? La doctrina ha dado diferentes respuestas, que pueden ser agrupadas en tres grandes teorías, cada una de las cuales saca consecuencias diferentes en cuanto a la "ratio legis" de la prohibición y, por tanto, sobre su campo de validez.

1. Teoría que deduce la prohibición de la "reformatio in peius del principio dispositivo en el proceso penal.

Esta teoría parte de la afirmación de que en el proceso penal reina en cierta medida, el principio dispositivo, que produce una limitación de las facultades de conocimiento y decisión del juez de la impugnación. El recurso tiene por finalidad el juicio bajo propuesta, que se expresa en el interés de la parte, que es el punto de partida y causa de todo recurso. Por tanto, conociendo el Tribunal de Alzada únicamente por impugnación del imputado, no puede modificar la resolución en su perjuicio; es decir, contra el interés del imputado. (1)

(1) Siguen esta teoría, entre otros, G. Foschini, "Studi sulle Impugnazioni Penali", Milano Giuffrè, 1955, pág. 108. O. Vannini, *Manuale di Diritto Processuale Pe-*

A esta teoría puede objetarse que confunde el fin del impugnante —obtener un mejor tratamiento del Tribunal de Alzada— con el fin e interés de la impugnación, que es realizar, aunque sea valiéndose del interés y actividad de las partes, una mayor precisión de la justicia (2). Hay autores que niegan que el interés del imputado pueda ser tomado en cuenta en el proceso penal porque —dicen (3)— el interés del imputado a un correcto proceso, en el que haya certera aplicación de la ley, es al mismo tiempo el interés del Estado; el interés del imputado a ser castigado con la menor pena posible, solamente puede encontrar acogida dentro del interés más alto de castigar con la pena legal toda lesión al ordenamiento jurídico. Por último, si se justifica el derecho del acusado a ser castigado con una pena menor, debe justificarse el interés del Ministerio Público —si no se le quiere dejar en una situación de inferioridad— a que la pena, dentro de lo establecido por la ley, sea lo más grave posible.

Pero, además, la teoría en mención no se adecúa a los conceptos de efecto devolutivo y de principio dispositivo que consagra, inspirado en el Código italiano, nuestro Código procesal. En éste existe el principio dispositivo, pero limitado y no pleno como lo supone la teoría. La facultad de las partes de limitar (por medio de la determinación de los "motivos" (art. 459, Cpp.), el conocimiento del juez de la impugnación es actuación del principio dispositivo. Manifestación de éste es el hecho de que las partes pueden establecer y dar entrada al procedimiento de impugnación y hacerlo cesar con el desistimiento (art. 457 Cpp). Las partes, en uso de su poder dispositivo, pueden indicar los puntos de la resolución sobre los que debe caer sobre el poder de Contralor del Tribunal de Alzada (4). Fuera de estos casos no existe en nuestro código procesal penal el prin-

cipio dispositivo: las partes no tienen iniciativa en cuanto a la recolección de pruebas ni pueden determinar el contenido de la resolución (4a).

En materia civil, por el contrario, el juez no puede, a consecuencia del poder dispositivo de las partes, dictar resoluciones de mérito sin petición de los interesados. De ahí que sea la voluntad individual la que determina el objeto de la resolución, en tanto que debe haber una correspondencia entre lo pedido y lo pronunciado ("sententia debet esse conformis lebelli ne eat iudex ultra petita partum").

En materia procesal penal la parte limita los poderes de conocimiento y decisión del juez o Tribunal de Alzada, por medio de la indicación de los "puntos" de la decisión sobre los que debe recaer el examen del juez o tribunal de la impugnación. El efecto devolutivo —esto es, el efecto propio de la actividad procesal, producto de la impugnación, que atribuye el juez superior el poder —deber de examinar la resolución impugnada—, está determinado por el impugnante en cuanto a su extensión, en tanto que determina los límites y el objeto del conocimiento del juez de la impugnación. Pero las partes que condicionan y limitan el objeto de conocimiento del juez de la impugnación, no le vinculan el concreto ejercicio de su poder de decisión (5). Para decidir sobre el punto impugnado, el juez deriva su poder directamente de la ley y es ésta, la que, estableciendo la limitación de reformar en perjuicio cuando el único impugnante sea el imputado, limita sus poderes. Si el "punto" relativo a la pena es impugnado, el juez de la impugnación puede decidir libremente al respecto. No hay ninguna prohibición en el sistema procesal que le impida aumentar la pena. De ahí que el legislador, si quiere prohibir este resultado, debe establecer una disposición que prohíba la "reformatio in peius".

2 Teoría que explica la prohibición por la cosa juzgada parcial de la sentencia

De acuerdo con esta doctrina lo que fundamenta la prohibición de la "reformatio in peius" es la entrada parcial en cosa juzgada de la sentencia. Tal fue la tesis de R. Seuffert (6), de Emmanuel Ullmann (7) y de Fr. von Holssendorff (8). Esta visión del problema parte

- (4a) La facultad de las partes de proponer diligencias, que consagra el artículo 196 Cpp.; que el juez puede acoger no implica iniciativa de las partes en la recolección de las pruebas en el sentido en que esta iniciativa existe en el proceso civil.
- (5) Ferrante, Op. cit., pág. 52.
- (6) R. Seuffert *Die reformation in peius im neuerem inbesondere bayr. Strafprozessers*. Dissertation, 1861, pág. 762.
- (7) Emmanuel Ullmann, *Lehrbuch des österreichischen Strafprozessrechts*, 2. Edition, Innsbruck, 1881, pág. 762.
- (8) Fr. von Carl Habel, Berlin, 1879, tomo II, pág. 286. Este autor llama a la prohibición de la reformatio in peius, prohibición de la "reformatio in durius".

nale Italiano", Uten, Torino, 1952, pág. 300; Víctor Fairén Guillén, *Doctrina General de los Medios de Impugnación y Parte del Derecho Procesal*, en "Estudios de Derecho Procesal" Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, págs. 361 y 362); Ferdinand Ehrhardt, "L'interdiction de la reformatio in peius", en *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Sirey, Paris, 1939, pág. 470.

- (2) En este sentido, Humberto Ferrante, *L'effett devolutivo delle impugnazioni penali*, Milano Giuffrè, pág. 62.
- (3) Hans Gerber "Das Verbot der reformatio in peius im Reichsstrafprozess", Breslau, 1913, págs. 83-84.
- (4) Sobre el poder dispositivo de la parte en el proceso penal, F. Más "Il Principio dispositivo nel processo penale", en *Riv. Ital. di Dire Proc. Pen.*, 1961, pág. 351; M. Pisani, "Fiflessioni sull principio dispositivo nel processo penale di 2 grado", *Ri. Ital. di Dir. Processo, Pen.*, 1959, pág. 892; Ferrante, Op. Cit., pág. 62; Ferdinand Ehrhardt, Op. cit., pág. 249.

del Digesto (Dig. L. 45 § 1.), "de re iudicat", y es el punto de partida del Consejo de Estado francés, en su "avis" de 12 de nov. de 1806, para prohibir la "reformatio in peius": Seuffert explica su posición de la siguiente manera (Op. cit., Loc. cit.): "Cuando es excluyente parcialmente la fuerza legal de una sentencia, por medio de la interposición de un recurso, porque sólo contra una parte de la misma está dirigido, con tal que la división de la sentencia sea posible, las partes no aludidas por el recurso quedan firmes ("rechtskräftig"). En relación con éstas no ha sido autorizada la actividad del tribunal superior, y, por ello, éste no puede, aún cuando encuentre que con relación a esas partes el impugnante debería ser más severamente penado, dictar una resolución desventajosa en su contra". De los autores franceses partidarios de esta tesis, es Hélie (9) quien más claramente fundamenta esta posición. Hélie niega que en la apelación pueda el Tribunal de Alzada conocer de todos los puntos "... car il y a chose jugée sur tous le points que l'appel na attaqués, et l'appel du prévenu ne peut attaques que les points qui lui préjudicent...".

Esta teoría llega al mismo resultado que la teoría que deduce la prohibición del principio dispositivo en el proceso penal, pero por caminos diferentes. En la teoría de la cosa juzgada parcial de la sentencia, el juez de la impugnación no puede reformar la resolución en contra del imputado, único impugnante, porque éste no tiene interés procesal para impugnar lo que favorece su situación, sino únicamente lo que le perjudica; en la otra teoría, el juez de la impugnación no puede formar la resolución contra el imputado por el principio general de que los medios impugnativos son concedidos a favor del impugnante y no contra sus intereses.

Contra la teoría de la cosa juzgada parcial de la sentencia se ha dicho que ella supone la posibilidad de divisibilidad de la sentencia, que, como lógica construcción que es, es indivisible. La determinación del tipo legal aplicable, la subsumción de la conducta en la ley, la determinación de la pena y del modo de cumplimiento, forman una sola cadena, cuyos miembros se aseguran entre sí (10).

Siendo esto cierto, la existencia y la necesidad lógica de los miembros de la sentencia, no impiden que la misma pueda dividirse en partes. (11).

La teoría de la entrada parcial en cosa juzgada de la relación es bastante lógica y mejor fundamentada que la anterior, pero con relación a nuestro código no funciona. En el actual Código procesal penal no es cierto que adquieran autoridad de cosa juzgada las partes no impugnadas de la sentencia. El artículo 459 Cpp., da competencia al Tribunal de Alzada para "modificar o revocar la resolución aún a favor del imputado", cuando conozca de un recurso interpuesto

por el Ministerio Público. Es también posible, en cualquier instancia o grado del procedimiento, declarar la inexistencia del delito o la prescripción de la acción penal o de la pena. Por último, la existencia de nulidades absolutas declarables de oficio "...en cualquier estado y grado del procedimiento" (art. 146 Cpp), imposibilita la aceptación de dicha teoría por el actual código procesal.

5 Teoría que afirma el carácter político criminal de prohibición

Una gran parte de la doctrina piensa que la prohibición de la "reformatio in peius" se justifica en razones de política criminal y de carácter humanitario ("favor defensionis", "lex favoris"). De no existir la prohibición, el acusado que se cree injusta o severamente juzgado, omitiría el uso de cualquier medio jurídico de impugnación si hubiera la posibilidad de verse más severamente penado por el Tribunal de Alzada. Para evitar ese resultado, el legislador establece la prohibición de la reformatio in peius y con ella protege la libertad del imputado para establecer o no el recurso (12). La prohibición de la reformatio in peius pertenece, entonces, al grupo de disposiciones que protegen la posición y derechos del acusado en el proceso y le aseguran una "par conditio" en relación con el órgano de la acusación. Por consiguiente, ella está en contradicción con el verdadero fin del proceso, que es la investigación de la verdad material. Por esta razón hay autores contrarios a la prohibición de la "reformatio in peius". (14).

(12) En este sentido Wolfgang Frisch "Drei Grundprobleme des Verschterungsverbot", en Monatsschrift für deutsches Recht, 1973, pág. 718; Heinz Zipf, "Strafprozessrecht", W. de Gruyter, editor, Berlin 1972, pág. 201; Eduard Kern Claus Roxin, "Strafverfahrensrecht", Beck sche, München, 1974, pág. 163; Peter Gerhardt, "Das Verbot der reformatio in peius bei den Nebenstrafen, Nebenfolgen und Massregeln der Sicherung und Besserung des Strafgesetzbuches". Dissertation, München, 1970, págs. 1-2. Albert Murith, "De la "Reformatio in Peius" en Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht-Revue Pénale Suisse, 1953 (Bern. Stampfli & Cie.) pág. 228. Este autor fundamenta la reformatio in peius además de en razones de política criminal y de carácter liberal en la razón de derecho sin la cual, si no hay interés, no hay acción y por tanto, no se puede modificar una sentencia si no hay interés a su modificación. Eberhardt Schmidt, "Lehrkommentar zur Strafprozessordnung", Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1957, teil II, págs. 954; Ernst Beling, en Juristische Wochenschrift, 1935, 2332 zu Nr. 3, quien ilustra el fin de la prohibición diciendo que con ella el legislador garantiza al imputado criterio recurrente que "...él no saldrá del fango para caer en el arroyo..." (...Lo ber nicht regen in diejskommtrufe...").

Nicolla Carulli, "L'interesse ad impugnare del seminfermo di mente e il divieto de la reformatio in pius", en Riv., Ital. di Dir. e Proc. Pen., 1961, pág. 226; Ferrante, op. cit., pág. 139.

(13) En tal sentido, Bernd Peter Gerhardt, op. cit., págs. 90-91; Gerber, op. cit., pag. 144.

(14) Tal es la posición, entre otros, de Rudolf Lauckner *uur Geschichte und Dogmatik del reformatio in peius*, Strafrechtliche Abhandlung. Helf, 171, Bleslau,

(9) F. Hélie, citado por Gerber, op. cit., pág. 77.

(10) Gerber, Op. cit., págs. 92-93.

(11) Ferrante, Op. cit., pág. 162.

Siendo éste el fundamento de la prohibición, parte de la doctrina afirma que la misma no tiene lugar cuando el imputado renuncia a su protección⁽¹⁵⁾. No parece acertada esta deducción, porque si la prohibición de la *reformatio in peius* no refleja el principio dispositivo del proceso penal, el imputado no puede renunciar a ella. Pensamos que la prohibición de la *reformatio in peius* es un principio liberal cuyo fin es realizar la "par conditio" en el derecho procesal penal; es decir, la igualdad de posición de las partes en el proceso. La existencia de disposiciones que aseguren la defensa (material y técnica) de el proceso penal, son legalmente necesarias para establecer la antítesis de la acusación del Ministerio Público. Estas disposiciones contrabalanceadoras son necesarias porque mientras el Ministerio Público está dotado de preparación técnica y desenvuelve su función en condiciones que le aseguran eficacia plena en la contradicción, el imputado, normalmente inexperto en derecho y fatigado por el ansia de su propia suerte en el proceso, no puede, sin la existencia de reglas que aseguren jurídicamente su defensa, tutelar eficazmente su derecho a la propia inocencia o su interés a un tratamiento penal más favorable.⁽¹⁶⁾

B) Historia de la prohibición de la "reformatio in peius"

La historia de la prohibición de la "reformatio in peius", tiene diferentes puntos de partida. Dos países se disputan la paternidad de la institución: Francia y Alemania. Pero la doctrina de ambos países, de uno u otro modo, se inspiró en el derecho romano.

1 En el derecho romano

Muy a menudo se hace derivar la prohibición de *reformatio in peius* del siguiente pasaje de Ulpiano (D-49-1-1§).

1913; Alexander Graf zu Dohna, *Das Strafprozeßrecht*, 3ª ed. Carl Hemanns Verlag, 1929, pág. 188, Erick Fischer *Das Verbot der reformatio in peius in der Reichsstrafprozeßordnung*. Dissertation, Halle, 1934, pág. 26; Heinrich Henkel, *Das deutsche Strafverfahren*, Hawseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1943, pág. 422.

Afirma Karl Peters ("*Strafprozeß*" "*Ein Lehrbuch*", 2, aulf, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1966, págs. 62 y 63) que en tiempos del nacionalsocialismo se desató en Alemania una ola legislativa que tendía fundamentalmente a derogar los principios liberales, entre ellos, el de la *reformatio in peius*.

(15) En tal sentido, Kern-Roxin, op. cit., pág. 263; Claus Seibert, *Uum Verbot der Schlechterstellung* (331, 358, 373 StPO, wn *Monatsschrift für Deutsches Recht*", 1954, pág. 341).

(16) En tal orientación, Antonio Cristiani *Difensore* en "*Novissimo Digesto Italiano*", Unione Tipografico-Editrice Torinese, T. V., págs. 610-611.

"Appellandi usus quam sit fresquens, quamque necessarius, nemo est qui nesciat, quippe sum iniquitatem iudicantium vel imperitiam recorraat: licet nonnunquam bene latas sententias in peius reformet, neque enim utique melius pronuntiat qui novissimus sententiam laturus est".

Se ha dicho que la intención de Ulpiano en el párrafo citado era señalar, de manera satírica, que el valor de una sentencia no puede medirse por el grado de la instancia que decida y que es posible que una buena sentencia sea desmejorada en la instancia de apelación. El "ius in peius reformare" se refiere al valor de la decisión y no a la situación de imputado⁽¹⁷⁾. Paul Ranser⁽¹⁸⁾ vincula el origen de la prohibición al derecho romano y concretamente al Digesto L. 39- C 7, 62, Nov. 49. Leyser, por el contrario, en sus "*Meditationes ad Pandectas*" funda la prohibición de la *reformatio in peius* en la L. 45 § 1, "de re iudicat", del Digesto⁽¹⁹⁾.

El empleo de la expresión se generalizó en Europa en los siglos XVIII y XIX, a consecuencia del prestigio de que gozaba en aquella época el derecho romano y la cita de expresiones latinas. Pero lo cierto es que promoviendo la expresión del derecho romano, la institución como tal no fue conocida en éste.

2 En el derecho alemán

Algunos autores alemanes como Gerber⁽²⁰⁾, sitúan el nacimiento de la institución en Alemania a principios del siglo XVIII. La doctrina de la prohibición de la *reformatio in peius* nació como consecuencia de que se prohibía a las Facultades de Derecho, a las que los Tribunales solían mandar casos para que los resolvieran, apartarse de las actas del expediente que recibían. Para otros la expresión fue por primera vez utilizaba con el sentido que hoy tiene por Gönner en su "*Handbuch des deutschen gemeinen Prozess*".⁽²¹⁾ Según Gerber⁽²²⁾ la construcción doctrinal de la prohibición de la *reformatio in peius* fue hecha por Quistorp y Stübel.

En Alemania la prohibición de la *reformatio in peius* fue consagrada legislativamente por primera vez en el "*Strafprozeß-Ordnung*" de 13 de agosto de 1855 (art. 351). Posteriormente el artículo 413 de la "*Oldenburger Strafprozeß-Ordnung*" de 2 de Nov. de 1857 consagra también la prohibición.

(17) Gerhardt, Op. cit., págs. 5-6.

(18) Paul Ranser, "*Strafgerichtsverfallung und das Strafverfahren des deutschen Reichs*". Ferdinand Schöningh, Paderborn, 1879, pág. 177.

(19) Citado por Gerber, Op. cit., pág. 115.

(20) Gerber, Op. cit., pág. 114.

(21) En tal sentido, Reimer Heinz, "*Für und wider der reformatio in peius im Strafprozeß*". Dissertation. Hamburg, 1948, pág. 7; R. Lauckne (22) Gerber, op. cit., pág. 3; Gerhardt, op. cit., pág. 6.

3 En el derecho francés

El Código de Instrucción Criminal francés de 1808 no estableció la prohibición. Tampoco lo hicieron el Código Procesal de 8 de Brumario del año IV ni la Ordenanza de Luis XIV de 1670. Punto de arranque de la prohibición de la *reformatio in peius* en el derecho francés fue un "avis du Conseil d'État" de 12 de noviembre de 1806, referente a la interpretación de la ley⁽²³⁾. En la especie resuelta por el Consejo del Estado se trataba de saber si en apelación en materia correccional establecida por la parte civil, la Corte criminal puede conocer del "bien o mal jugé" de toda la sentencia y reformar las disposiciones contrarias a la ley no impugnadas. Para responder, el Consejo de Estado toma como punto de partida dos principios, propios del derecho procesal civil:

- 1) Que un tribunal de apelación solamente puede reformar una sentencia en tanto que haya apelación. En consecuencia, si sólo hay apelación de una disposición (parte de la resolución), el Tribunal no puede reformar las otras, las cuales ni siquiera puede discutir, puesto que respecto a ellas no ha sido "saisi".
- 2) Que un tribunal, sea de apelación o de primer instancia, no puede adjudicar lo que no se pide, pues en tal caso se pronunciaría "ultra petita" y toda sentencia que se pronuncie de ultra petita está viciada esencialmente.

Formalmente el 'avis' del Consejo de Estado de 1806 no se refiere al problema penal. Pero la doctrina y la jurisprudencia lo extienden al campo penal. Ese "avis" tiene en el derecho francés fuerza de ley y vale para todos los casos de apelación⁽²⁴⁾.

La prohibición de la *reformatio in peius* en Francia es esencialmente jurisprudencial. El nuevo Código de Procedimientos Penales francés establece la prohibición en su artículo 515.⁽²⁵⁾

Sección II Presupuestos y campo material de aplicación de la *Reformatio in Peius*

De acuerdo con el artículo 459 Cpp., son dos los presupuestos de la prohibición de la *reformatio in peius*: la existencia de un recurso y que éste sea establecido solamente por el imputado o a su fa-

(23) Roger Houin, "Les pouvoirs de la juridiction de renvoi après cassation en matière Criminelle" en *Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé*, Sirey, París 1941, pág. 121.

(24) Ferdinand Ehrhard, Op. cit., pág. 470.

(25) Roger Merle et André Vitu, "Traité de Droit Criminel", ed. Cuyas, 1967, pág. 1176.

vor. Campo material de aplicación de la prohibición son, según el mismo artículo, las penas en cuanto a su especie o cantidad y los beneficios concedidos por la resolución que se impugna.

A) Presupuesto de la aplicación de la prohibición

Presupuesto esencial para la aplicación de la prohibición es que la resolución "...hubiere sido recurrida solamente por el imputado o a su favor...".

Recursos a favor del imputado pueden establecerlos el Ministerio Público (art. 448 Cpp), su defensor (art. 449 Cpp), quien ejerza la patria potestad, guardador o tutor, cuando el imputado fuere menor de edad (art. 449 Cpp.), los coimputados (art. 455 Cpp), pues en el caso de que haya varios inculcados, el recurso establecido por uno de ellos favorece también a los demás, a menos que dicho recurso se base en motivos estrictamente personales.

Sin embargo escriben Lohsing y Serini⁽²⁶⁾ que cuando uno solo de los imputados impugne la sentencia, solamente respecto a éste y no a los otros rige la prohibición.

La prohibición existe cuando el recurso ha sido establecido por el Ministerio Público únicamente, en favor del imputado. Desde luego, en tal caso pierde el Ministerio Público la facultad establecida en el artículo 453 Cpp.⁽²⁷⁾

La facultad concedida en el artículo 453 Cpp., al que *tenga derecho a recurrir*, de adherirse al recurso establecido por la otra

(26) Ernst Lohsing —Eugen Serini, "Österreichisches Strafprozessrecht", Verlag der österreichischen Staatsdruckerei, Wien, 1952, pág. 529.

(27) Obsérvese que el párrafo 2 del art. 459 Cpp. es pleonástico. Parece evidente que el juez de la impugnación, que conozca por impugnación del Ministerio Público, puede, sin necesidad de ley que lo diga, rebajar la pena o absolver, cuando el delito no se ha cometido. En Francia esta es la posición de la jurisprudencia, que parte de la idea de que la impugnación del Ministerio Público, produce un efecto devolutivo total, que permite, en el caso de la apelación, al juez de la apelación reformar a favor del inculcado la resolución. Quizás la razón de ser del 2do. párrafo del artículo 459 Cpp. sea el que el legislador, que expresamente prohíbe una *reformatio in peius* cuando el único impugnante sea el imputado o la impugnación sea establecida a su favor, quiere establecer lo más claramente posible que no se prohíbe lo contrario, la *reformatio in melius*, cuando el único impugnante sea el Ministerio Público. Según Hermann Roeder, "System des Österreichischen Strafverfahrensrechtes", Universitäts-Verlag Wagner, Innsbruck, 1951, pág. 361, nota 1) el legislador austriaco estableció un artículo (§ 290. Abs. 1, 477 Abs. 1), parecido al segundo párrafo de nuestro art. 459 Cpp., con el objeto de terminar con las discusiones que había en la práctica sobre la prohibición de la *reformatio in melius*.

parte, supone, desde luego, la existencia efectiva de ese derecho. Para que funcione esa facultad es necesario en el caso de la apelación, que el recurso sea dado a la parte que se adhiere. Suele ocurrir en el nuevo Código que el recurso de apelación se dé a una sola de las partes. Cuando el adherente es el Ministerio Público —que es el caso que ahora interesa— tiene que expresar los motivos en que funda su impugnación (art. 453 Cpp.), y fundamentar el recurso (art. 464 Cpp).

Ciertamente, es poco importante el problema con relación a la apelación, porque el problema de la *reformatio in peius* no puede plantearse.

El Ministerio Público para adherirse al recurso de Casación interpuesto por la otra parte debe, desde luego, cumplir con las formalidades propias del recurso extraordinario, y además, encontrarse en alguno de los casos del artículo 473 Cpp.

La referencia concreta del artículo 453 Cpp., a los “motivos” en que el adherente funda su impugnación revela que éste debe tener un “interés” para adherirse. En consecuencia de este “interés” del adherente, la adhesión al recurso no es admisible. (La sanción procesal que el artículo 45' Cpp. establece para la no indicación —y a fortiori— para la no existencia de motivos es la “inadmisibilidad”). De ahí que es posible que el recurso del Ministerio, como impugnante directo o como adherente al recurso, no sea admitido. En tal caso rige la prohibición de la *reformatio in peius* (28). La misma solución es aplicable cuando el Ministerio Público desiste, conforme al artículo 457 Cpp., del recurso por él establecido.

El segundo presupuesto, conforme al artículo 459 Cpp., es la existencia de un recurso. El artículo precitado colocado en las dis-

(28) En tal sentido, Gerhardt, Op. cit., pág. 12; Erich Fischer, Op. cit., pág. 15. La solución de la jurisprudencia francesa a este respecto es bastante particular. Si los jueces cuya decisión fue causada y renviada, resolvían en primera instancia, el juez de renvío puede agravar la pena, aún en el caso de sólo el imputado haya establecida recurso (en otras palabras, se admite la *reformatio in peius*). Pero si el juez de renvío conoce de una resolución casada, pero que había sido dictada por el Tribunal de Apelación, la jurisprudencia distingue según que en el proceso el Ministerio Público haya establecido o no apelación ante el Tribunal que dictó la sentencia. Si el Ministerio Público apeló y su apelación fue admitida, puede “recurrir” (adherirse) en Casación, aunque él no haya establecido recurso y en ese caso, los jueces de renvío pueden agravar la pena. Esta jurisprudencia severa para el imputado fue atenuada por una sentencia de Casación. (Cass. Crim. 13 oct. 1859-D-1859-1-477), que asimiló la no apelación del Ministerio Público al caso de que, habiendo apelado, su recurso hubiera sido rechazado. En tal caso, los jueces de renvío no podían agravar la pena al imputado, único recurrente en Casación. Posteriormente la Casación Francesa estableció que la prohibición de la *reformatio in peius* no era aplicable en la jurisdicción de renvío, lo que implicó una derogatoria de la jurisprudencia citada (Houin, Op. cit., pág. 148).

posiciones generales sobre los recursos, vale para todos ellos, siempre y cuando por la naturaleza del recurso o por la resolución que impugna pueda causarse en perjuicio al imputado “...en cuanto a la especie o cantidad de la pena o a los beneficios acordados”.

De los recursos establecidos por el Código, dos no se relacionan con el problema de la prohibición de la *reformatio in peius*: el recurso de queja que no se relaciona con delitos y penas— y el de revisión —que es concedido únicamente a favor del inculpado, contra una sentencia que posee autoridad de cosa juzgada—. La consulta, llamada por el código procesal derogado recurso—, no es tal sino un simple trámite. Este trámite procesal subsiste en el nuevo Código procesal, arts. 310, 311, 323 y 518); el mismo atribuye al Tribunal de Alzada un pleno efecto devolutivo y por ello mismo, aunque la resolución tenga apelación y ésta sea establecida únicamente por el imputado, no rige la prohibición de la *reformatio in peius*.

El problema de la prohibición de la *reformatio in peius*, en consecuencia solamente se presenta en el recurso de Casación.

La prohibición de la “*reformatio in peius*” no rige en la apelación. Esta se entiende claramente cuando se observa la transformación que este recurso sufrió en el nuevo Código Procesal. A grandes rasgos puede delinearse esta transformación como sigue:

- a) El artículo 463 Cpp., establece que el recurso de apelación procederá contra las resoluciones de los jueces encargados de la instrucción, “...siempre que sean expresamente declaradas apelables o que causen gravamen irreparable”.

Este artículo establece un sistema contrario al del Código procesal de 1910, en el cual el principio era: apelación de toda resolución, excepto disposición en contrario. Además, al hablar el artículo 463 Cpp. únicamente de la llamada apelación instructoria, quiere indicar a las claras que la sentencia no tiene apelación. Ello porque no es cierto que la apelación proceda únicamente contra las resoluciones de los jueces encargados de la instrucción, puesto que pueden apelarse otras resoluciones como las que resuelven el incidente de excarcelación (art. 309 Cpp), que puede ser acordada en cualquier estado del proceso (art. 305 Cpp.) o la resolución que resuelve el incidente de libertad condicional, que dicta el juez de ejecución de la pena (art. 515 Cpp.). La supresión de la apelación de la sentencia obedece a la supresión del doble grado de jurisdicción (29).

(29) Puesto que la Constitución Política prohíbe que un mismo juez pueda serlo en diferentes instancias, pareciera que nuestro Constituyente se inclinó por el sistema del doble grado de jurisdicción en el procedimiento común (es decir), no en procedimientos especiales como el de menores, ni en procedimientos privilegiados, como el de injurias por la prensa). Desde este punto de vista, la validez de la reforma desde el punto de vista constitucional es dudosa.

La fórmula que usa el artículo 463 Cpp., según la cual la apelación sólo procede cuando la resolución es "expresamente declarada apelable" o "causa gravamen irreparable" es sumamente infeliz, pues la determinación de cuáles son las resoluciones que causen un gravamen irreparable, a falta de otro criterio, deberá ser determinado por la jurisprudencia. Siendo la apelación un medio defensa, esa situación es contraria a la seguridad jurídica (30).

b) Característica común a la apelación y a la Casación en el nuevo Código Procesal es, según el artículo 452, la proposición del recurso "...con específica indicación de los puntos de la decisión que fueren impugnados". El significado de "punto" en este artículo es esencial en la determinación de la extensión del efecto devolutivo atribuido al Juez de la impugnación. Y puesto que de acuerdo con el artículo 459 Cpp., el recurso atribuye al Tribunal de Alzada el conocimiento de los puntos de la resolución a que se refieren los agravios, y objeto de anulación, reforma o renovación solamente puede ser el dispositivo de la resolución en su totalidad o en parte, *puntos* son las particulares manifestaciones de voluntad del juez de las cuales el dispositivo de la resolución consta (31). La Corte de Casación Italiana, que hubo de interpretar un artículo exactamente igual al nuestro art. 459 Cpp., entendió por "punto" toda determinación (statuzioni) sobre cada argumento separadamente examinado por el juez en hecho y en derecho" (32).

c) Aunque el artículo 464 Cpp establece únicamente la obligación para el Ministerio Público de fundamentar el recurso —"a contrario sensu", esa obligación no existe para el imputado—, no es permitida en el nuevo Código una impugnación como simple manifestación de voluntad dirigida a provocar la intervención de otro juez so-

(30) Expresamente son declaradas apelables las siguientes resoluciones: exclusión del actor civil mal admitido (art. 65), el auto de procesamiento y de falta de mérito (art. 290), al auto que resuelve sobre el incidente de apelación (art. 310), el auto de sobreseimiento (art. 322), los autos que resuelven las excepciones (art. 337), el auto de elevación a juicio (art. 345) y la resolución que resuelve el incidente de libertad condicional (art. 515).

Otros autos, de suma gravedad, no tienen apelación expresa. Quizás sean en el futuro declarados apelables por la jurisprudencia. Entre ellos cabe mencionar el auto que declara la suspensión del trámite por enfermedad mental sobreviniente (art. 49), el auto que decreta la incomunicación (art. 291), el auto que ordena la prisión preventiva del imputado a dictarse el procesamiento (art. 291), el auto que declara algunas medidas preventivas restrictivas de la libertad (art. 295), el auto que decreta el internamiento provisional en un establecimiento especial, por presunción de enfermedad mental al momento del hecho (art. 296).

(31) En tal sentido, Ferrante, Op. cit., pág. 48.

(32) Sez. IV de 1º de set. 1959, Giustizia Penale, Giuffrè, 1959 III, pág. 740; Sez. II. 19 de oct. 1955, Giust. Pen. 1956, II 242, 236.

bre la misma materia, como fue el sistema del Código derogado. No permite el nuevo Código —y esto se deduce del sistema de los medios impugnativos—, una impugnación sin motivos; es decir, sin la indicación de los puntos y de los vicios que provocan la censura de la resolución.

La doctrina italiana, con normas semejantes a las del nuevo Código procesal, ha excluido la prohibición de reformatio in peius en la apelación de las resoluciones del juez de instrucción (33). Tres razones dan para ello: el carácter excepcional de la prohibición de la reformatio in peius, la referencia expresa en un artículo del Código Procesal italiano, igual a nuestro artículo 459 Cpp., a la pena y a los beneficios concedidos y la idea de que en la apelación instructoria el juez de la apelación adquiere un total conocimiento de la resolución impugnada (pleno efecto devolutivo). (33a).

En el nuevo Código de procedimientos penales no rige la prohibición de la reformatio in peius en la apelación instructoria. Aparte de las razones doctrinales dadas, el Código establece expresamente un total efecto devolutivo en todas ellas, directamente a través del trámite de consulta. Así ocurre con los autos de procesamiento y de falta de mérito, que "podrán ser revocados y reformados de oficio durante la instrucción" (art. 290 Cpp). El auto de sobreseimiento que el Código llama sentencia es apelable por el imputado en cuanto le imponga una medida de seguridad —respecto a las medidas de seguridad no rige la prohibición de la reformatio in peius— o "cuando por no haberse observado el orden que establece el artículo 320 se le pueda causar perjuicio (art. 322). No rige respecto al mismo la prohibición de la reformatio in peius, porque tiene consulta (art. 323 Cpp). El auto de elevación a juicio, apelable "únicamente por el defensor del imputado" (art. 345 Cpp), no se refiere a penas ni a beneficios concedidos. En lo que respecta a la calificación jurídica del delito —como veremos luego en este campo no rige la prohibición de la reformatio in peius— el artículo 397 Cpp. da al Tribunal expresamente el poder de modificarla en perjuicio del imputado.

Otras elevaciones como las que resuelve la exclusión del actor civil mal admitido (art. 65), no se relacionan con el problema de penas ni beneficios concedidos. Por tanto, tampoco con el problema de la prohibición de la reformatio in peius.

(33) En tal sentido, P. Tolomei, "Sulla Reformatio in peius nel periodo istruttorio". Scuola Positiva, 1940, Giuffrè, pág. 206; Foschini, Op. cit., pág. 237.

(33a) Ferrante (Op. cit., pág. 161) cree que esa tesis no es válida, pues estando la disposición que obliga a indicar los "puntos" de la resolución que se apela (nuestro artículo 459 Cpp) en las disposiciones generales sobre los recursos, nada impide en el Código Procesal italiano una limitación de los puntos de la resolución instructoria que se apela, de parte del impugnante. La Casación italiana, sin embargo, ha afirmado (Sez. I 27 de nov. 1959, Giust. Pen., 1960, pág. 324) que en la apelación instructoria tal limitación no es posible.

Conclusiones semejantes pueden sacarse en lo relativo a la vigencia de la prohibición de la reformatio in peius en la apelación de incidentes. Los principales incidentes admitidos en el Código de procedimientos penales son el de excarcelación (art. 297 ss.), el que resuelve la excepciones (art. 332 Cpp), el de libertad condicional (art. 515 Cpp.) y el incidente de nulidad (art. 148 Cpp.).

El incidente de nulidad no tiene apelación, y aunque la tuviera nada tiene que ver con la prohibición de la reformatio in peius, puesto que no se refiere a penas ni a beneficios concedidos⁽³⁴⁾. Tampoco rige la prohibición de la reformatio in peius en la apelación del auto que resuelve sobre la excarcelación (puede ser apelado por el imputado aún cuando conceda la excarcelación, por el motivo, por ejemplo, de que la garantía fijada es muy alta, etc.) porque de acuerdo con el artículo 312 Cpp. dicho auto "...será reformable y revocable de oficio" y porque los autos que resuelven con lugar excarcelaciones para delitos de cierta gravedad tienen consulta (art. 310 Cpp.). El auto que resuelve las excepciones tiene apelación, pero en tal caso no rige la prohibición de la reformatio in peius, porque tratándose de excepciones perentorias la declaratoria con lugar de la excepción conlleva a un sobreseimiento y el imputado no tiene interés" —en ausencia de un perjuicio— para impugnarlo (en la especie no puede imponerse una medida de seguridad y no rige el artículo 322 Cpp) y porque tratándose de excepciones dilatorias, tampoco tendría "interés" el imputado en impugnar el auto.

Por último, tampoco juega la prohibición de la reformatio in peius con la apelación del auto que resuelve el incidente de libertad

(34) Particularmente discutido ha sido la relación entre la prohibición de la reformatio in peius y la nulidad proveniente de una incompetencia, sobre todo cuando la misma ha sido declarada en Casación. La incompetencia por razón de la materia puede ser declarada aún de oficio en cualquier estado del proceso (art. 15) y configura una nulidad insubsanable, que produce la apertura del recurso de Casación por la forma (art. 471 inc. 2). Reclamada la incompetencia nada impide que el Tribunal de Alzada, recalificando el delito, anule y declare que el asunto es de conocimiento de un tribunal que conoce de delitos más graves que aquél que dictó la resolución y que puede, por tanto, dictar penas más severas. La jurisprudencia francesa ha dicho, con relación a la apelación, que la jurisdicción de segunda instancia puede declarar la incompetencia, pero que dicha declaratoria no puede acarrear una agravación de la pena del imputado (Ehrhardt, Op. cit., pág. 477). Ullmann (Op. cit., págs. 781, 782) y Lohsing y Serini (Op. cit. pág. 568) piensan que, cuando la nulidad se declare después que una sentencia haya sido pronunciada, no puede reformarse la pena en perjuicio del imputado, único impugnante. Tal tesis en nuestro derecho implicaría que cuando la nulidad haya sido declarada en Casación, la prohibición de la reformatio in peius tiene vigencia. Esta última solución, por lo demás, es seguida en el derecho suizo, que establece la prohibición de la reformatio in peius en el artículo 227 del Código Procesal, que se refiere al recurso de Casación planteado por razones de forma. En tal sentido, Albert Murith Op. cit., pág. 229.

condicional (art. 515 Cpp), pues el mismo tiene consulta, la resolución tiene consulta no vale la prohibición de la reformatio in peius, porque no constituye perjuicio en el sentido de la reformatio in peius la circunstancia de que el Tribunal de Alzada agregue una consecuencia jurídica que posteriormente pueda ser pronunciada en el mismo proceso o fuera de todo proceso⁽³⁵⁾. La protección de la prohibición de la reformatio in peius tiende a proteger al acusado de un probable desmejoramiento de su situación en una instancia superior. De acuerdo con la "ratio legis" de la institución no hay ninguna razón para la protección del imputado que sabe que posteriormente puede recibir la desmejora. Así la jurisprudencia alemana ha decidido, por ejemplo, que una medida de seguridad de carácter no impuesta, puede serlo por el Tribunal de Alzada, cuando la misma puede ser también impuesta, administrativamente y fuera de juicio.⁽³⁶⁾ La misma solución ha dado el "Reichsgericht" para el retiro del permiso de conducir y la prohibición de ejercer una profesión como pena secundaria.

En nuestro derecho la consulta produce el efecto de otorgar al Tribunal Superior el conocimiento total de la resolución, aún fuera de toda impugnación (arts. 323, 309, 310 y 518 Cpp). Por consiguiente puede reformar en perjuicio o en beneficio.

La prohibición de la "reformatio in peius", rige únicamente en el recurso de Casación. Este es un recurso extraordinario, cuyo establecimiento supone la existencia de motivos de apertura, legalmente establecidos por ley. Por otro lado, existen limitaciones para plantear el recurso en cuanto la cantidad y especie de la pena impuesta, o en cuanto a la medida de seguridad establecida o en cuanto a las resoluciones que pueden impugnarse.

Siendo posible el recurso de Casación por el fondo y por la forma (art. 471 incs. 1 y 2) una parte importante de la doctrina sostiene que no rige la prohibición de la reformatio in peius cuando el Tribunal anula, por recurso del imputado únicamente, la resolución impugnada (art. 483 Cpp). El argumento de fondo es que no pudiéndose mantener, en virtud de la anulación los actos que llevan lógicamente a la resolución, menos podrá mantenerse la pena, punto culminante de aquélla (al respecto, véase infra nota 34).

Lo que en adelante diremos sobre la prohibición de la reformatio in peius, se entiende, entonces, referido al recurso de Casación.

(35) En tal sentido, Joachim Ganske, "Der Begriff des Nachteils bei de strafprozessualen Verschärfungsverboten", en Nuen Kölner Rechtswissenschaftliche des Abhandlungen, Heft 15, Berlin, 1960, págs. 7 y 104; Wolfgang Frisch, Op. cit., pág. 719.

(36) En tal sentido, Frisch, Op. cit., loc. cit.; Gerhardt, Op. cit., pág. 41; Ganske, Op. cit., págs. 77 y 78.

B Campo material de aplicación de la prohibición

El artículo 459 Cpp prohíbe la modificación de la resolución impugnada únicamente por el imputado a su favor "...en cuanto a la especie o cantidad de la pena ni a los beneficios acordados", en perjuicio del imputado.

El texto del artículo 459 Cpp. habla de "especie y cantidad" de la pena. Podría pensarse, entonces, que el concepto de pena en el artículo mencionado excluye otras consecuencias del delito, diferentes de las penas, que son: medidas de seguridad, penas accesorias y las llamadas por el Código penal consecuencias civiles del hecho punible. La duda se presenta en todo caso porque el Código procesal no ha constituido una especial clasificación de penas para la aplicación de la prohibición de la reformatio in peius. El Código procesal se contenta con la contenida en el Código penal. Y éste solamente denomina penas a la prisión, al extrañamiento, a la multa, a la inhabilitación (penas principales, y a la ~~accessorias~~ inhabilitación especial). Una consecuencia jurídica del hecho punible que el Código penal no clasifica ni como pena principal ni como accesoria, ni como medida de seguridad, ni como consecuencia civil del hecho punible es la contemplada por el artículo 155 Cpp. La publicación del pronunciamiento de la sentencia condenatoria en los delitos contra el honor a petición del ofendido. La naturaleza de esa medida, creemos, es la de ser pena accesoria, aplicable a petición de parte. Otro problema que presenta la aplicación de la prohibición de la reformatio in peius en nuestro Código, es que el legislador no reglamente las relaciones entre las penas, conforme su gravedad. El único criterio de comparación entre las penas es el del artículo 56 Cód. Pen., que reglamenta las relaciones entre la pena de prisión y la pena de multa. Este criterio es inaplicable al problema de la reformatio in peius porque "a priori" la pena de multa es más favorable que la de prisión⁽³⁷⁾.

La doctrina alemana interpretando el término "Strafe" (pena), que aparecía en el Código procesal alemán, concluyó que el mismo cubría penas, medidas de seguridad, accesorias de ley ("Nebenstrafe") y consecuencias secundarias del hecho punible ("Nebenfolge"), para efectos de la prohibición de la reformatio in peius. A tal criterio, se atiende, por lo demás, la jurisprudencia alemana, que aplica la prohibición de la reformatio in peius incluso al derecho de menores.⁽³⁸⁾ Primero la jurisprudencia y la doctrina hicieron la salvedad de que la prohibición de la reformatio in peius no valía en las

(37) En tal sentido, Ganske, Op. cit., pág. 56; Gerhardt, Op. cit., pág. 35.

(38) En tal sentido., entre otros, R. Maurach, Anm. Urteil des B. G. H. v. 25, 10 1972-2 Str. 422 72, en Juristische Rundschau, Jahrgang, 1973, pág. 163; Hangs-Jürgen Bruns, "Sicherungsmaßnahmen und Verschlechterungsverbot", en Juristenzeitung, 1954, pág. 733; Kern-Roxin, Op. cit., pág. 264; Gerhardt, Op. cit., págs. 3 y 22; Seibert, Op. cit., pág. 340; W. Frisch, Op. cit., pág. 715.

medidas de seguridad tales como el depósito en una casa de salud o de cuidado, el internamiento en un sanatorio para alcohólicos o en un establecimiento de educación. Tal limitación a la prohibición fue establecida a partir de la "ratio legis" de estas medidas, que son benéficas y no perjudiciales para el imputado. Pero la prohibición tenía total validez en aquellas medidas de seguridad en las que no se encontrara esta "ratio legis". Posteriormente el § 358 fue modificado y el legislador alemán estableció que la prohibición de la reformatio in peius se aplica a las medidas de seguridad, pero no a la orden de internamiento en un hospital psiquiátrico o casa de corrección. En enero de 1978 entrará en vigencia el siguiente agregado a dicho párrafo: "o en establecimiento socialterapéutico según el parágrafo 65, inciso 3 del Código Penal" ("...oder einer sozialtherapeutischen anstalt nach § 65 Bbs. 3 des Strafgesetzbuches").

Solución similar a la alemana, esto, es, introducción del término "Strafe" en un sentido amplio, comprensivo de medidas de seguridad, penas accesorias y otras consecuencias del hecho punible, ha sido la de la doctrina y jurisprudencia austriacas⁽³⁹⁾. La doctrina italiana interpretó, con un texto igual al nuestro, en una primera época que la prohibición de la reformatio in peius se refería a la pena en sentido propio, pero no a las medidas de seguridad ni a las penas accesorias⁽⁴⁰⁾. La exclusión de las penas accesorias fue justificada por la doctrina, afirmando que, por derivar "ope legis", las mismas no son impuestas por el juez, sino que sigan de pleno derecho, a consecuencia de la aplicación de la pena principal.

La Corte de Casación italiana, cambiando su anterior jurisprudencia, estableció que la prohibición de la reformatio in peius se aplica también a las medidas de seguridad⁽⁴¹⁾. La nueva solución juris-

En cuanto a la aplicación de la prohibición de la reformatio in peius al derecho de menores, Helmut Petersen, "Die reformatio in peius im Jugendstrafrecht", en Neue Juristische Wochenschrift, 1961, págs. 249 y 349; Gerhardt Potrikus, "Jugendstrafrechtliche weifelsfragen", en Neue Wochenschrift, 1967, pág. 185; del mismo autor y en la misma revista, "Das Verbot der reformatio in peius und das Jugendstrafrecht", N JW, 1955, págs. 929-930 y "Aussetzung des Jugendarrestes trotz § 87 Abs. I. I. G. G.", n N. J. W., 1961, pág. 863. Friedrich Schaffstein, "Jugendstrafrecht", Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 1966, págs. 139-40, quien expresa que la aplicación de la prohibición de la reformatio in peius al derecho de menores ha causado y causa enormes dificultades a causa de que en esta rama del derecho las consecuencias del punible son, sobre todo, medidas de corrección y educación.

(39) En tal sentido, Lohsing-Serini, Op. cit., pág. 569.

(40) En tal sentido, Ferrante, Op. cit., pág. 146; Vannini, Op. cit. pág. 300; Vincenzo Manzini, "Manuale di Diritto Processuale Penale italiano", 5a. Ed. Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1956, tomo III, pág. 585.

(41) En tal sentido, Cas. Ital. Sez. III, 7 dic. 1957, Guist Pen., 1958, III, pág. 290; Sez. I del 16 de giugno 1959, Giust Pen. 1960, III, pág. 160.

prudencial ha sido aprobada por la doctrina, que ve en ella un paso adelante en la unificación de penas y medidas de seguridad ⁽⁴²⁾.

23 En nuestro derecho la prohibición de la reformatio in peius vale únicamente para penas, sean principales o accesorias. Las accesorias son también penas (art. 50 Cód. Pen.), distinguibles en especies (inhabilitación absoluta y especial), susceptibles de cuantificadas, puesto que tienen un mínimo y un máximo (arts. 57, 58 del Cód. Pen.) ⁽⁴³⁾. Por consiguiente, están comprendidas en el concepto del art. 459 Cpp.

La prohibición de la reformatio in peius existe también en nuestro derecho para las llamadas por el Código Penal consecuencias civiles del hecho punible (art. 103 Cód. Pen.) y para la publicación reparatoria del dispositivo de la sentencia, que el legislador permite al ofendido solicitar (art. 155 Cód. Pen.) ⁽⁴⁴⁾. Independientemente del hecho de que esas consecuencias del hecho punible puedan ser consideradas penas en el sentido que usa la expresión en el artículo 459 Cpp., lo cierto es que su naturaleza de consecuencia civil implica, respecto a la reformatio in peius, la aplicación del principio civilístico "sententia debet esse conformis libello; ne eat iudex ultra petita partum".

Pero el artículo 459 Cpp., al hablar de pena no involucra a las medidas de seguridad. El legislador no distingue, como si lo hace en otros artículos (art. 518, 474, inc. 3, 322 Cpp.), entre penas y medidas de seguridad, en el artículo 459 Cpp. Debe aplicarse, por tanto, el viejo adagio interpretativo "Ubi lex non distinguit, nec no distiguere

⁽⁴²⁾ En tal sentido, F. Marucci, "Pene e misure di sicurezza, ancora un passo avanti", en *Giust. Pen.*, 1958, III, pág. 481.

⁽⁴³⁾ En nuestro derecho de inhabilitación absoluta, como pena accesoria no existe, por un descuido del legislador, que la suprimió. Solamente el artículo 456 Cód. Pen. faculta al juez para imponer inhabilitación absoluta o especial cuando se trate de delitos contra la autoridad pública, contra la Administración de Justicia o contra los deberes de función pública, si el delincuente es funcionario público.

La inhabilitación especial existe en algunos artículos del Código Penal (por ejemplo arts. 117 Cód. Penal y 128 Cód. Pen.), aunque en estos casos más cabría hablar de medidas de seguridad ni enumeradas e ni la parte general del Código.

⁽⁴⁴⁾ En cuanto se refiere a la publicación reparatoria del artículo 155 Cód. Pen., el problema de la prohibición de la reformatio in peius tiene poca importancia, porque el mismo solamente puede plantearse en el recurso de Casación. El artículo 474 Cód. Pen. condiciona el recurso de Casación del imputado en los delitos sancionados con días-multa a que el Tribunal de Juicio o el Jue Penal imponga una pena de 180 días-multa o más, cantidad a la que ninguno de los delitos contra el honor, sancionados con multa, llega. Puede darse el caso de que dicha suma alcance por aplicación de las reglas del concurso real o ideal (arts. 75 y 76 Cd. Pen.) en una sentencia que condene por delitos contra el honor. Planteando recurso de Casación únicamente el imputado o alguien a favor de éste, rige la prohibición de la reformatio in peius.

debemus". Que la prohibición de la reformatio in peius no rige para criterio un poco simplicista de nuestra jurisprudencia, aplicado para las medidas de seguridad, es una conclusión que está apoyada por el resolver el conflicto de leyes en el tiempo, según el cual, las medidas de seguridad son, por definición, menos severas que las penas, pues se suponen establecidas ~~establecidas~~ en beneficio del imputado.

Para determinar cuál pena es más severa, para efectos de la prohibición de la reformatio in peius, el juzgador debe abstenerse a un criterio objetivo ⁽⁴⁵⁾. Pena más o menos severa es un concepto que no depende de criterios subjetivos como el gusto del imputado, la observación de la vida común o el criterio discrecional del juez ⁽⁴⁶⁾. La gravedad del perjuicio en cuanto a la especie de la pena se mide con relación al bien jurídico atacado por la misma: las penas que atacan la libertad personal (pena de prisión) o de tránsito (pena de extrañamiento) son más graves, la de multa, que ataca la propiedad, es la menos grave, mientras son intermediarias las penas de inhabilitación, que atacan o el honor o la libertad de ejercicio de una profesión o actividad. ⁽⁴⁷⁾.

Para preservar al imputado de perjuicios adicionales (sobre todo de penas accesorias) supone W. Frisch ⁽⁴⁸⁾ que las penas sean valoradas entre sí conforme a un modo de observación comparativo ("vergleichende Betrachtungsweise"). Según este criterio, el Tribunal de Alzada debe medir en qué situación (peor, mejor o igual) se encontraría el imputado si no hubiera planteado la impugnación de la resolución. No cabe duda, sin embargo, que este criterio es difícil llevar a la práctica, porque el mismo ve las relaciones entre penas como una cuestión de hecho, mientras que un criterio válido para la gravedad de las penas solamente puede ser normativo. ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁵⁾ En tal sentido, Heinrich Jagusch, "über die Strafaussetzung zur Bewährung §§ 23-25 StGB", en *Juristenzeitung*, 1953, pág. 689; R. Murach, Op. cit., pág. 163; Bruns, Op. cit., pág. 743; R. Lauckner cree, al contrario, que el problema de la resolución en perjuicio debe verse subjetivamente, caso por caso.

La doctrina francesa remite al Cód. Penal (arts. 7 a 9 y 464), que fija la gravedad de las penas (Ehrhardt, Op. cit., pág. 474).

⁽⁴⁶⁾ Jagusch Op. cit., 689, 690) cree que la opinión del inculcado puede decidir si las condiciones de suspensión de la pena, por ejemplo, son más gravosas que el cumplimiento de ésta.

⁽⁴⁷⁾ Gerhardt, Op. cit., págs. 26 y 31; Eb Schmidt, Op. cit., pág. 949.

Este criterio no puede ser, sin embargo, absoluto en nuestro derecho. Supóngase que, bajo una impugnación del imputado, el Tribunal de Alzada cambie una pena de un mes de prisión en 100 días multa. Que tal modificación sea en beneficio del reo, cuando éste no puede pagar la multa, es de dudar en vista de los artículos 56 y 69 del Cod. Penal.

⁽⁴⁸⁾ W. Frisch, Op. cit., 719.

⁽⁴⁹⁾ La doctrina que admite que la prohibición de la reformatio in peius vale también para las medidas de seguridad, topa con la dificultad de encontrar respecto a ellas un criterio objetivo, similar al de las penas. La

En tratándose de un solo delito, la prohibición de la reformatio in peius vale para la pena base, pero no para aquella que en definitiva haya sido impuesta por el primer juez después del cómputo de los aumentos y disminuciones. Por ello el Tribunal de Alzada que conceda atenuantes o excluya agravantes no está obligado a disminuir la pena ⁽⁵⁰⁾. Pero cuando se trata de una pena impuesta por un concurso de delitos o por un delito continuado, la situación cambia: si la pena impuesta por la sentencia impugnada es el resultado de un cúmulo de delitos, el Tribunal de Alzada que eliminara uno de ellos, de la precedente pena compleja ⁽⁵¹⁾. En nuestro derecho, empero, esta no podría aumentar la pena para los otros, aún dentro de los límites de la afirmación es cierta en la medida en que la presencia del delito que suprime el Tribunal de Alzada, haya influido en la oposición de la pena total de los delitos en concurso o en continuación. ⁽⁵²⁾.

dificultad estriba en que las medidas de seguridad no se dejan descomponer en unidades de tiempo o de valor (Jagusch, Op. cit., pág. 690). Tal descomposición es necesaria para poder aplicar un criterio objetivo que debe ser general y abstracto. Por ello, la doctrina alemana ha ensayado, sin éxito, una clasificación de las medidas por su gravedad conforme a un criterio objetivo. Gerhardt (Op. cit., págs. 86 y 87) intenta una clasificación de las medidas por su gravedad, según el bien jurídico que ellas ttaquen, pero falla en su intento, porque las medidas de seguridad restrictivas de la libertad, de carácter educativo no ecajan en su sistema (Maurach, Op. cit., pág. 163). A nuestro entender no es posible encontrar un criterio objetivo para clasificar las medidas de seguridad conforme a su gravedad. Ello porque el único criterio válido es el valorativo, que consiste en preguntarse qué ventaja tiene la medida de seguridad con relación a la susceptibilidad del imputado para la misma. Por consiguiente, el problema se desplaza hacia el efecto de la medida sobre el imputado y esto solamente puede resolverse por medio de la prognosis criminal, que siendo un pronóstico sobre el caso concreto, no puede determinarse en abstracto (Maurach, Op. cit., págs. 163, 14).

- (50) Ferrante, Op. cit., pág. 147.
(51) En tal sentido, Ferrante, Op. cit., pág. 145; Vannini, Op. cit., pág. 302; Graf zu Dohna, Op. cit., pág. 188; Ehrhardt, Op. cit., pág. 476.
(52) Ello porque conforme a los artículos 75, 76 y 77 del Cód. Pen., las penas que castigan el concurso ideal, real y delito continuado no siempre son la suma de las penas de los delitos particulares que entran en concurso o en continuación. Por ejemplo, la sentencia impugnada declaraba la existencia de un concurso ideal y el Tribunal de Alzada, estableciendo un concurso aparte de normas (art. 23 Cód. Pen.), determina la existencia de un único delito. El Tribunal de Alzada solamente debe modificar la pena para no violar la prohibición de la reformatio in peius en la medida el delito más grave sea el suprimido o en que, siendo el delito menos grave el suprimido, el primer juez o Tribunal haya acordado, a consecuencia del concurso ideal, un aumento de pena (véase art. 75 Cód. Pen.).
Similares consideraciones valen para el concurso real y para el delito continuado. En el caso del concurso real, por ejemplo, cuando cuatro delitos, cada uno castigado con una pena de un año de prisión, sean juzgados y condenados por una sola sentencia, al pena no puede ser mayor del triple de la mayor (art. 76 Cód. Pen.). La supresión de uno de los delitos por el Tribunal de Alzada, conociendo de una impugnación planteada únicamente por el imputado o a su favor, no le obliga a modificar la pena.

El artículo 459 Cpp. prohíbe la modificación de la resolución, conocida por el Tribunal de Alzada bajo impugnación únicamente planteada por el imputado o a su favor, en perjuicio de aquél, en cuanto a "los beneficios acordados..."

El Código Procesal Penal no enumera cuáles son estos beneficios. El Código penal enumera en el artículo 96, los siguientes beneficios: amnistía, indulto, rehabilitación, perdón judicial, condena de ejecución condicional y la libertad condicional. Esta enumeración, hecha por el legislador penal con el objeto de establecer que esos beneficios no afectan la responsabilidad civil ni el comiso, es incompleta. A ello hay que agregar otros beneficios que el legislador permite. Tales son la conmutación (art. 69 Cód. Pen.) y la excarcelación (art. 297 y sigtes. Cpp.), son también beneficio, que no se puede revocar bajo única impugnación del imputado o a su favor, las circunstancias atenuantes concedidas por el primer juez o tribunal, aún en el caso de que haya sido erróneamente concedidas ⁽⁵³⁾.

Con la prohibición de la reformatio in peius no se relacionan la amnistía concedida por la Asamblea Legislativa (art. 89 Cód. Pen.), ni el indulto, que concede el Consejo de Gobierno (art. 90 Cód. Pen.). Tampoco vale la prohibición para libertad condicional (artículos 64, 65, 66 y 67 Código Penal), beneficio que concede el juez de aplicación de la pena, pues la resolución que lo concede tiene consulta (art. 518 Cód. Proc. Pen.). Tampoco la excarcelación porque el auto de excarcelación es reformable y revocable de oficio (art. 312 Cpp.). No se plantea el problema de la prohibición de la reformatio in peius en la rehabilitación (art. 70 Cód. Pen.) que le concede al Juez o Tribunal que "ejecutó" (impuso) la inhabilitación absoluta o relativa (art. 520 Cpp.). El auto que resuelve la petición —la concede o la deniega— es apelable ante el Tribunal de Apelaciones (art. 522 Cpp.). Si la concede no puede ser apelante el imputado, pues carece de interés jurídico —perjuicio personal— para apelar.

Los otros beneficios, conmutación, perdón judicial, condena de ejecución condicional y circunstancias atenuantes) son concedidos en sentencia. Por consiguiente, solamente puede plantearse el problema de la prohibición de la reformatio in peius en la medida en que la sentencia que los concede tenga recurso de Casación (arts. 474, inc. 1 y 2 Cpp.).

Solamente con apelación a cambios o modificaciones de la resolución en perjuicio del imputado en cuanto "especie o cantidad prohibición de la reformatio in peius. Fuera de estos dos campos el de la pena" o a "los beneficios concedidos" (art. 459 Cpp.) vale la juez de la impugnación (en nuestro caso, Casación) puede hacer los

(53) Tal ha sido la tesis reiterada de la jurisprudencia francesa. En tal sentido Ehrhardt, Op. cit., pág. 477.

cambios que la conformidad a derecho de resolución impugnada exija. Particularmente los siguientes:

- a) Cambios en la calificación jurídica de los hechos. La doctrina y la jurisprudencia de varios países han establecido que no se viola la prohibición de la reformatio in peius cuando el Tribunal de la impugnación da a los hechos una calificación más grave ^(53a), a condición de que la pena o los beneficios concedidos no sean modificados en perjuicio del imputado. Al hablar de "perjuicio" en la prohibición de la reformatio in peius, el legislador entiende por tal no un concepto jurídico por ejemplo, calificación más grave), sino de hecho. Una resolución que condena por hurto, puede ser transformada en una resolución que condena por robo, sin violación de la prohibición; igualmente puede cambiarse la calificación del hecho de delito tentado en delito consumado, mientras la pena no sea aumentada ni sean suprimidos beneficios.
- b) No existe ninguna dificultad ni prohibición en agravar la culpabilidad del imputado, mientras la pena no sea aumentada ni beneficios sean suprimidos. Generalmente, un cambio de calificación en perjuicio del acusado implica una agravación de la culpabilidad, pero no siempre (por ejemplo, se reconoce una circunstancia agravante no impuesta por el primer juez). Tal aumento de la culpabilidad es válido, aún el caso de que produzca al inculpado un perjuicio indirecto, como puede ser que haga valer su culpa más grave para el resarcamiento del daño ⁽⁵⁴⁾.
- c) La prohibición de la reformatio in peius vale solamente "rebus sic stantibus"; es decir, solamente bajo la condición de que el imputado tenga solamente la carga de uno o va-

^(53a) En tal sentido, en la doctrina alemana, Seibert, Op. cit., pág. 340; Gerhardt, págs. 55-56; Kern-Roxin, Op. cit., pág. 263; H. Zipr, Op. cit., pág. 201; E. Schmidt, Op. cit., pág. 947, entre otros, Ferrante, Op. cit., pág. 109. En la doctrina francesa, Houin, Op. cit., pág. 147; Ehrhardt, Op. cit., pág. 476. En la doctrina suiza —ha sido también la tesis de la jurisprudencia suiza— Murith, Op. cit., pág. 234.

⁽⁵⁴⁾ En tal sentido Mazini, Op. cit., pág. 581; Ulurich Stock, "Strafprozebrecht". I.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1952, pág. 167. Karl Jeters (Op. cit., pág. 586) admite en principio. Pero advierte que un cambio de calificación puede violar la prohibición de la reformatio in peius, porque "El significado de la pena es definido a menudo a través de la decisión sobre la culpabilidad. Por ejemplo, dice, las contravenciones tienen un carácter diferente a los delitos, por lo que la misma pena de multa para un delito y para una contravención no tienen el mismo significado. Según el mismo autor, no es permitido un cambio de lesiones corporales en robo, porque ambos delitos tienen diferente contenido y producen diferentes efectos sobre la reincidencia.

rios hechos y del mismo o los mismos hechos ⁽⁵⁵⁾. Por ello la prohibición no vale cuando aparezcan nuevos no castigados en el mismo proceso.

- d) Por último, tampoco rige la prohibición de la reformatio in peius cuando se corrige la pena impuesta, en cuyo cómputo hubo un simple error de cálculo. ⁽⁵⁶⁾. Tal principio establece, por lo demás, expresamente el legislador en el artículo 484 Cpp.

⁽⁵⁵⁾ Lohsing-Serini, Op. cit., 571.

⁽⁵⁶⁾ Seibert, Op. cit., pág. 341).

CONCLUSION

Como conclusiones de lo dicho anteriormente podemos sacar las siguientes:

- a) El nuevo Código procesal restringe, de hecho, la prohibición de la reformatio in peius, al suprimir la apelación de la sentencia. También los autos que tienen apelación, y en los que podría plantearse el problema, o pertenecen a la instrucción (pleno efectivo devolutivo) o tienen consulta pleno efecto devolutivo) o son revocables de oficio. Si a esto se agrega que, conforme a la letra del artículo 459 Cpp. y al espíritu del Código Penal la prohibición de la reformatio in peius no existe en tratándose de medidas de seguridad, debe comprobarse un claro retroceso de la prohibición en el Nuevo Código Procesal, con relación al Código Procesal de 1910. La teoría de la prohibición de la reformatio in peius ha pertenecido, tradicionalmente, a la doctrina sobre la apelación. Sólo tardíamente dicha teoría fue extendida a los otros medios impugnativos.
- b) La prohibición de la reformatio in peius solamente puede darse en el recurso de Casación. Ello implica que, por la índole extraordinaria de este recurso, la prohibición juega únicamente con relación a algunas sentencias, aquéllas que tienen Casación. El respeto de la prohibición quedará confiado a la buena voluntad de nuestro Tribunal de Casación, pues el particular no tiene posibilidad de reclamar contra la violación.
- c) Siendo ésta la situación, parece innecesario el artículo 453 Cpp., ideado originalmente por el legislador italiano como un medio preventivo contra los efectos de la prohibición de la reformatio in peius, en un sistema en el que hay apelación de la sentencia. En nuestro Código procesal, pierde sentido, porque el legislador suprimió la apelación de la sentencia —supresión que es, como dijimos, inconstitucional—, porque ese derecho de adhesión, tratándose del recurso de Casación, debe ser restrictivamente interpretado y porque la facultad de adhesión no sirve para nada al imputado, pues cuando el Ministerio Público impugne la sentencia, al artículo 459 Cpp. permite al tribunal de la impugnación, modificar o revocar la resolución a favor del imputado.

LA ACUMULACION DE ACCIONES Y DE AUTOS EN LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA

Dr. Enrique Rojas Franco

TESINA

Tesina presentada por el Dr. Enrique Rojas Franco, como culminación del curso de Ciencia Administrativa, impartido por el Instituto de Derecho Público de la Universidad de Roma, Italia, en 1974.

DIRECTOR:

Doctor Ricardo Chiappa. Presidente de Sesión del Consejo de Estado de la República de Italia.
Encargado del Curso: "Giustizia Amministrativa".

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

SUMARIO

Introducción

- Capítulo I. *La Acumulación de Acciones y de Autos en el Código Procesal Civil de Costa Rica.*
- Sección I. *El carácter supletorio de las normas procesales Civiles.*
 - Sección II. *La Acumulación de Acciones o pretensiones en el Código Procesal de Costa Rica.*
 - Sección III. *Límites y Forma de la Acumulación de Autos en el proceso civil costarricense.*
- Capítulo II. *En contenido y los límites de aplicación de las normas procesales comunes, civiles y administrativas.*
- Sección I. *Relación de las Normas Procesales Administrativas con el Derecho Administrativo*
 - Sección II. *Relación de las normas procesales con las normas procesales de Iderecho común.*
 - Sección III. *Relación de las Normas Procesales Administrativas con las Normas del Derecho Procesal Civil.*
- Capítulo III. *Teoría General de la Conexidad entre Actos y Disposiciones Administrativos.*
- Sección I. *Acto Simple y Acto Colegial*
 - Sección II. *Actos Colectivos o Contestuales.*
 - Sección III. *Actos Plurimi.*
 - Sección IV. *Actos Compuestos, Continuativos o Reiterativos.*
 - Sección V. *Actos Complejos.*
 - Sección VI. *Actos Generales.*
 - Sección VII. *Actos "su procedimiento".*
 - Sección VIII. *Conclusiones considerativas sobre la conexidad de los actos preparatorios y presupuestos.*
- Subsección A. *La inimpunidad de los actos preparatorios y presupuestos.*
- Capítulo IV. *La Conexidad de los Recursos Contencioso Administrativos.*

- Sección I. Recurso Simple.
 Sección II. Recurso Subjetivamente Complejo.
 Sección III. Recurso Objetivamente Complejo o Acumulación de Recursos.
 Sección IV. La Conexidad de Recursos en la L. R. J. C. A.
 Sección V. Terminología en sus efectos de impugnativa de los actos administrativos en la L. R. J. C. A.
 Subsección A. Actos definitivos, reproductivos y confirmativos.
 A) Acto Reproductivo o Confirmativo.
 B) Actos Ejecutivos o otros actos o de disposiciones Administrativos.
 C) Teoría italiana de la conexidad directa entre Actos Administrativos.
 Sección VI. La Acumulación por Ampliación en la L. R. J. C. A.
- Capítulo V. La Acumulación de Proceso o Acumulación Sucesiva
- Capítulo VI. La Conexidad entre Acciones Administrativas.
 Sección I. La Identificación de las Acciones Procesales.
 Subsección A. Las Partes en la L. R. J. C. A.
 Subsección B. El Objeto del Proceso Administrativo.
 Subsección C. La Cause petendi o título de la acción contencioso Administrativa.
- Capítulo VII. La Modificación de la Competencia por razón de Conexión.
 Sección a) La Conexión por Accesoriedad.
 Sección b) La Conexión por Garantía.
 Sección c) La Conexión por Prejudiciabilidad.
 Sección d) La Conexión por Compensación.
 Sección e) Conexión por Reconvención.
 Sección f) La Hipótesis de la Litispendencia y la continencia de la Causa.
 Sección g) Criterio determinante de la modificación de la competencia en razón de causas conexas.
- Capítulo VIII. Reglamento de Competencia de Causas por razón de conexión.

ABREVIATURAS IMPORTANTES:

- C. R.: Costa Rica
 C. P. C.: Código Procesal Civil
 L. R. J. C. A.: Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Costa Rica
 C. Pol.: Constitución Política de Costa Rica
 Amm.: Administrativo

INTRODUCCION:

La actual ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa costarricense es de reciente creación; su límite se enmarca en la tutela jurisdiccional de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados. El contencioso de legitimidad y de pleno contencioso (recurso de mérito), se encuentran reunificados en lo que la ley denomina "jurisdicción contencioso administrativo y civil de Hacienda y es ejercida por los Tribunales pertenecientes al Poder Judicial. (1). Sus antecedentes histórico-legales se encuentran en los textos españoles siguientes: ley de 1894, estatuto del 8 de marzo de 1924 y ley del 31 de octubre de 1935, todos reunificados en ley del 27 de diciembre de 1956.

(1) Art. 49. Constitución Política de Costa Rica.

"Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda la entidad de derecho público. La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos. La ley protegerá, al menos los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados".

CAPITULO PRIMERO

LA ACUMULACION DE ACCIONES Y DE AUTOS EN EL CODIGO PROCESAL CIVIL DE COSTA RICA

Sección I. El carácter supletorio de las normas procesales civiles.

En el silencio de norma procesal administrativa aplicable el artículo 103 de la LRJCA establece la aplicación supletoria de las normas del Código del Poder Judicial. Esta solución fijada por el artículo indicado opera en modo permanente en numerosas legislaciones extranjeras con el objeto evidente de llenar lagunas procesales recurriendo a las fuentes del proceso civil, más elaborado y coherente. Sin embargo la praxis y gran parte de la doctrina administrativa, han limitado el ámbito de aplicación de tal principio supletivo o integrativo por razones de contenido y de fin diverso que separa las normas procesales de las procesales administrativas.

Sección II. La acumulación de acciones o de pretensiones

Encuétrase regulada por el artículo 5° del C. P. C. Se admite cuando sea procedente la acumulación de autos o recursos en acciones que no se excluyen entre sí de suerte que el ejercicio de una no impida el de la otra u otras. Es decir, dos pretensiones pueden acumularse en un solo proceso y ser conexión que depende del grado de inclusión que alguna pueda operar sobre la otra, haciendo por ello su ejercicio en modo conjunto acumulado. Esta primera condición de interdependencia funcional entre acciones, encuentra otro límite más expreso y concreto, la denominada acumulación de autos. Este instituto procesal es procedente cuando los procesos tienen de los elementos clásicos de la acción (sujeto, objeto y causa) al menos dos comunes o cuando de tener uno solo éste sea al causa petendi. Artículos 124, 125 y 126 C. P. C.

Sección II. Límites y Forma de la Acumulación de autos en el proceso civil costarricense

El artículo 127 establece la libertad de solicitar la acumulación a las partes legítimas y en cualquier estado en que se encuentre

el proceso icoado, limitándose en los casos siguientes: a) *Improcendencia*, cuando los dos procesos acumulables se encuentren en diferentes instancias. b) En procesos ordinarios de mayor cuantía (estimación de las pretensiones del actor superiores a ₡ 3.000.00) en donde se haya dictado procedimiento de citación de partes para dictar la sentencia o bien estén los autos inconclusos para dictarla (ordinarios de menor cuantía). c) Sólo puede accederse una vez que hayan sido resueltos definitivamente las excepciones dilatorias o transcurrido el término legal para su proposición. y d) Que el proceso nuevo haya sido establecido antes de vencer el término para proponer las pruebas de los hechos en el proceso más antiguo.

El mecanismo de la acumulación es sencillo: la parte legítima (el juez no puede acordarla de oficio), solicita por escrito su admisión; con ese objeto debe indicar el objeto de los procesos (petitum), la acción ejercitada en aquellos, las partes y los fundamentos legales que sustentan la acumulación. El Tribunal debe dar de inmediato audiencia las partes interesadas por el término de tres días, vencido el mismo resuelve, sea rechazando de plano (no se ajusta a los requisitos prescriptos por el artículo 127) o no se funda en causa legal, por ejemplo no existen dos elementos comunes de la acción procesal: o bien no se haya alegado como único el elemento causa, (arts. 129, 130 y 132 C. P. C. La solicitud es considerada una incidencia que se tramita en legajo separado y no interrumpe el curso normal de los procesos (Art. 136). La interrupción se produce si el Tribunal acuerda la acumulación, en ese caso debe paralizarse el proceso que esté más próximo a su conclusión con el objeto de que el nuevo llegue al mismo estado procesal. (Art. 138). Una vez que se haya ordenado la acumulación y que los procesos se encuentren en un mismo estado procesal, se produce la acumulación material, es decir, se tramitan en un sólo expediente o legajo, a fin de que sean resueltos en una misma sentencia (Art. 137).

Las limitaciones que nos impone el desarrollo del presente trabajo, nos impide analizar a fondo el contenido de las normas procesales supracitadas. Sin embargo formularemos una conclusión válida para el proceso civil costarricense y revelante para el examen que nos concierne de la acumulación de acciones y de autos en la LRJCA, en estos términos:

La acumulación de acciones o de pretensiones en el proceso civil costarricense es procedente, por regla general, siempre y cuando proceda el de autos. Posteriormente estableceremos que en el proceso contencioso administrativo de Costa Rica, el sistema es inverso:

Es procedente la acumulación de autos si existe la de acciones. Artículos 25-1 en relación con el 27 inciso 3º LRJCA.

CAPITULO SEGUNDO

El contenido y los límites de aplicación de las normas procesales comunes, civiles y administrativas

Sección 1. Relación de las normas procesales administrativas con el Derecho Administrativo

Es casi unánime en la doctrina administrativa que la estructura del proceso contencioso administrativo no se ha solidificado en términos tales de poder constituir una verdadera ciencia ⁽¹⁾. De la fórmula derecho procesal a la fórmula procedimiento administrativo (proceso jurisdiccional) hay todavía un gran trecho a recorrer. A pesar de esa limitación innegable, es indudable que el derecho procesal administrativo ha construido sus propias instituciones partiendo de su relación o conexidad con el derecho sustancial administrativo o con otras ramas del derecho procesal. Así, es un instrumento del derecho administrativo sustancial en la medida en que realiza intereses tutelados por ese conjunto normativo no en cuanto al ejercicio de la función jurisdiccional sino en el ejercicio por parte del Estado de la función administrativa. Tal colaboración se concreta en una amplia gama de normas que limitan externamente la esfera jurídica de la Pública Administración, su contenido y los reportes que puedan establecer en sus relaciones con otros sujetos jurídicos. No obstante el ámbito de integración normativa no puede ser en forma absoluta pues la calidad de los dos tipos de normas —sustancial y procesal— es diverso. Por ello la interferencia integrativa debe ser indicativa, directiva, de mera interpretación histórica a un contexto estructural.

(1) "Pertanto, no avendo gli altri sttori del diritto procesuale sofferto analoghi ritardi, é indubbio che la scienza processuale amministrativa, malgrado el fervore che "animata negli ultimi tempi, ha potuto soltanto accorciare sensibilmente le distanze che la dividevano dalla scienza del proceso civile e del proceso penale, senza riuscire a ricuperare l'intero distacco. Conseguentemente, lo studio di qualsiasi istituto del proceso amministrativo non può che essere, nei limiti consentiti delle caratteristiche pecuiali di tale processo, il grado di elaborazione raggiunto dallo stesso isti nelle altre branche de ldiritto processuale". Il Mario di Renzo, *L'Eccezione nel Processo Amministrativo*. N° 25. Pubblicazioni della facoltà Giuridica dell'Università di Bari. Editore Jovene. 1968. pág. 19.

ral simplemente diverso. Esta es en resumen la opinión de los autores publicistas italianos. (2).

Sección II. Relación de las normas del Derecho Procesal Administrativo con las Normas Procesales del Derecho Común.

Con respecto a la relación del derecho procesal administrativo con otras ramas procesales, débese partir de una limitación específica entre normas ordinarias y normas especiales, a una rama procesal determinada. Las primeras forman parte del sistema procesal común (trátase de las normas civiles, penales, laborales, administrativas que forman parte de un sistema) y las segundas son las propias a cada rama específica, no trasportables y limitadas a una esfera jurídica autónoma. Estas últimas por su concepción y contenido son ajenas al derecho procesal administrativo, las otras lo son de un modo indirecto. Ocurre lo anterior cuando el juzgador las integra al proceso administrativo por motivos de analogía o haciendo uso de la interpretación evolutiva por contituir parte de un conjunto unido al cual pertenecen todas las normas ordinarias del derecho procesal común. Por ejemplo el procedimiento escrito, oral o mixto, que un determinado adopte para la resolución de sus conflictos jurisdiccionales.

Sección III. Relación de las Normas Procesales Administrativas con las Normas del Derecho Procesal Civil

Mención aparte merece la relación (nexos e interferencias) entre las normas procesales administrativas con las que forman parte del sistema procesal civil. En primer término debe ser descartada la concepción que denomina a las normas procesales administrativas como excepcionales. El concepto de norma excepcional es aquel que establece la colisión entre una norma y los principios fundamentales de un determinado ordenamiento jurídico al cual pertenece y en la circunstancia de no poder ser atribuidas a un principio superior lo que la rinde con fuerza de aplicación unitaria, autónoma, es decir, exclusiva. Evidentemente la anterior definición no encaja en el criterio de norma procesal administrativa por contener soluciones idénticas a cualquier tipo de proceso. Si alguna vez propone soluciones diversas ello obedece a la índole de las relaciones que regula, no a ninguna incompatibilidad con los principios generales a las cuales se refiere. En todo caso la solución diferente de problemas idénticos solamente permitiría calificarla de norma especial y no de excepcional a reglas generales.

(2) Nigro: *L'Appello nel processo Amministrativo*. I. Editore Giuffrè. 1960., págs. 46-47.

Benvenuti, *L'istruzione nel proceso amm.* Padova. 1953., pág. 16.

Por razones de política legislativa existen normas procesales civiles aplicables al proceso administrativo. Su integración debe hacerse partiendo de criterios empíricos, de eficacia de una norma en el ámbito de un sistema procesal diferente, pero adaptable. Por ejemplo el art. 38 inciso 1º LRJCA: dispone:

Las notificaciones y publicaciones deberán reunir los requisitos ordenados por las leyes sober procedimiento administrativo, o, en su defecto, por las del procedimiento civil...".

Otra solución aún más libre debe establecerse con aquel tipo de normas civiles que en defecto de referencia legislativa se hacen adaptables al proceso contencioso administrativo. En esta situación aquellas normas tienen vigencia dentro de un diverso sistema por la potestad integradora del juzgador. Así por ejemplo la acumulación de autos y de acciones de la LRJCA constituye un conjunto propio al sistema procesal contencioso administrativo, pese a ello, las normas procesales civiles pueden ser adaptables en la medida en que coadyuven a la labor integrativa de la institución, no en cuanto pudieran pretender desnaturalizar la diversidad de contenido estructural y sustancial de la acumulación procesal administrativa. Por lo demás tal tipo de normas han sido admitidas implícitamente por el legislador aún en forma general (art. 203 LRJCA) y deben tener aplicación como principios generales del derecho procesal común.

En conclusión, el proceso contencioso administrativo tiene capacidad de resolver en la esfera de sus normas procesales los problemas que la función administrativa conlleva. Si bien se acepta en determinados supuestos lógicos la referencia a otras normas procesales, éstas constituyen parte del sistema procesal común, es decir aplicables a todo tipo de proceso de un sistema jurídico determinado, el cual obedece a los principios generales procesales aún cuando se encuentren inscritos en un determinado Código o Ley Especial.

CAPITULO TERCERO

TEORIA GENERAL DE LA CONEXIDAD ENTRE ACTOS Y DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS

Es necesario recurrir a la doctrina del Derecho Administrativo General con el objeto de clarificar la conexidad que puede existir entre los actos o disposiciones dictados por la Administración Pública. El sujeto es difícil y no existe una concepción unitaria por parte de la doctrina administrativa. (1). Sin embargo trataremos de arribar a su concretización de un modo general partiendo de supuestos formles.

Sección I. Acto Simple y Acto Colegial:

Los actos administrativos pueden ser clasificados desde el punto de vista de los sujetos que concurren a su formación o integración plena. Así, cuando el poder de dictarlo pertenece a un solo sujeto o ente, el acto es denominado simple. Este tipo se mantiene aún cuando el ente está compuesto de una pluralidad de personas físicas, siempre que todos concurren a su producción con un mismo título. En esta hipótesis el acto simple recibe el nombre de acto colegial, varias voluntades concurren a su creación. Ejemplos de este último tipo son: deliberación de los miembros de una municipalidad, de una junta directiva de una institución Autónoma, etc.

Sección II: Actos Colectivos o Contestuales:

Por su parte, cuando convergen las voluntades de varios sujetos estamos en presencia del denominado acto colectivo, el cual se caracteriza por el hecho de que las múltiples manifestaciones de voluntad pueden encontrarse ligadas entre ellas por un nexo exterior —acto único— capaz de aglutinarlos en unidad formal. Sus características son: a) Resulta de la voluntad de varios entes; b) Se dirige a destinatarios diferentes; y c) tiene un mismo contenido y se expresa en un sólo documento. De tales características se desprende que el acto colectivo es el resultado no de la fusión de varias voluntades en una sola (acto colectivo), sino de la suma de varias. Ello comporta

(1) Enrico Guicciardi. "Studi di Giustizia Amm". Torino. 1967. pág. 224.

que el vicio inherente a un elemento necesario de cada acto necesario (p. ej. la falta de un aviso obligatorio) ataca el entero acto. Los vicios de los elementos no esenciales pueden influenciarlo solamente parcialmente. Caso típico de acto colectivo es la circular de servicio dirigida a varios ministerios, si en uno de ellos un Vice-ministro la firma sin tener delegación expresa, el acto es inválido respecto al Ministerio que representa, para los otros ministerios en donde la firma lo ha sido del Ministro o de persona competente. Ello obedece a que este tipo de actos aún cuando forman parte de un acto unitario conservan su autonomía funcional. (1).

Sección III Actos Plurimi:

Formando parte de la categoría de los actos colectivos, el acto plurimi es definido como aquel acto único proveniente de una misma autoridad que se dirige a sujetos diversos. Por ejemplo: el nombramiento por parte del Consejo de Gobierno de los miembros de las Instituciones Autónomas. (2).

Los actos descritos pueden ser de dos clases: si se presentan bajo una única forma varios actos emanados de un único agente, cada uno, con contenido diverso, se habla de acto o contenido plurimi; p. e. un cuerpo consultivo que se esprime con una sola deliberación afirmativa con respecto a varias cuestiones que se le han demandado. Una segunda clase corresponde a aquellos actos en los cuales bajo una sola forma se comprenden otros actos con contenido idéntico pero con diverso objeto: actos a objeto plurimi como así se les clasifica son por ejemplo el acto único de nominación de vencedores de un concurso a un empleo público. (3).

(1) Aldo Sandulli; denomina este tipo de actos: Contestuales. "L'atto Amm. collettivo nel quadro dell'aspetto quantitativo degli atti giur. Jus. 1943 (obra scritti giur per el centenario della Casa ad Jovene. Napoli. 1954).

(2) "é tale l'atto in cui in un'unica dichiarazione si raccolgono atti omogenei rivolti a più figure soggettive. Essi sono frequenti nella materia dell'impiego pubblico; es. decreto li omnia dei vincitori un concorso per pi posti, promozioni di più dependenti a posti vacanti di gradi superiori, fatte con unico atto. Gli atti plurimi derivano da un medesimo procedimento amministrativo, e sono insieme al procedimento medesimo-idealmente e materialmente scomponibili in una pluralità di atti, uno per ciascuna delle figure soggettive. Talche in ordine alla realizzazione, l'atto plurimo subisce vicende separate per ciascuna delle figure soggettive a cui si riferisce. Così fra le nomine di vincitori de concorso ve ne possono essere alcune che sono invalide (onde possono essere impugnate senza diverso impugnate l'intero atto plurima)..."
Massimo Severo Giannini. Diritto Amministrativo. Vol. I. Editore Giuffrè. 1970. pág. 598.

(3) "In case de tal genere ciascuno degli atti contestuali conserva la propria individualità e non lega necessariamente alla propria sorte gli altri (como invece avviene negli atti composti); onde l'invalidità di uno o più degli atti contestuali non tocca gli altri".

Aldo M. Sandulli. "Manuale di Diritto Amm." T. I. Ed. Jovene. 1973. pág. 386.

Sección IV. Los Actos Compuestos. Actos Continuativos o Reiterativos

Corresponde a la hipótesis en la cual varios actos formalmente diferentes, cooperan ligándose o preordenándose a un único fin inmediato. Ello implica un ligamen estrecho o íntimo necesario para conseguir el objeto del acto; por esta circunstancia se les considera unidos en un solo acto aún cuando esté compuesto por varios. El ligamen siendo diverso da lugar a varios tipos de actos compuestos:

- A) Actos continuativos o Reiterativos: Según si los sujetos de donde emanan son iguales o diversos. En este tipo la producción del efecto se logra a través de más de una manifestación de voluntad por parte de un mismo ente público, es decir momentos sucesivos de expresión de voluntad por parte de un mismo ente. Por ejemplo la orden verbal de disolución de una manifestación pública ilícita deberá ser precedida por un número de formales intimidaciones de parte del jefe de la fuerza pública. O, la aprobación de una ley debe ser el objeto de tres debates en días diferentes para su aprobación final.

Sección V. Actos Complejos

Son los que resultan de actos emanados de agentes diferentes pero teniendo un mismo contenido e inspirados por intereses que aunque no homogéneos tienden al cumplimiento de una misma función. (1).

El ejemplo de este tipo de acto se encuentra en el decreto firmado por el Presidente de la República, en el cual a su voluntad de producción se agrega la del Ministerio cofirmante. (2).

Sección VI. Los Actos Generales:

Los actos generales si bien se dirigen a una pluralidad de sujetos, no se está en presencia de una combinación de actos, sino más bien de un único acto, el cual tiene una pluralidad indeterminada de

(1) "... Mentre però nel contratto si incontrano interessi oggettivamente contrapposti nell'atto complesso convergono e si uniscono interessi coordinati in atteggiamento di cooperazione...". Aldo Sandulli. Manuale de Diritto Amm. ob cit., págs. 384 y 385.

(2) Art. 146 Constitución Política de Costa Rica. "Los decretos, acuerdos, resoluciones y órdenes del Poder Ejecutivo, requieren para su validez las firmas del Presidente de la República y del Ministro del ramo...".

destinatarios de ahí su carácter "general". En consecuencia, cualquier vicio afecta el acto en su unidad por ser sólo acto. (1).

Sección VII) Actos "Su Procedimiento"

Existe un grupo de actos que aún determinándose compuesto, no pertenecen en grado estricto a la enunciación que se ha hecho referencia en los párrafos anteriores. Son los denominados por la doctrina italiana "Actos su Procedimiento", los cuales resultan del concurso de varias voluntades, es decir los actos singulares o simples que lo forman pertenecen a funciones diversas y tienen una naturaleza heterogénea. Entre ellos se encuentran los llamados de "deseo" e "iniciativa" (propuestas, investigaciones, solicitudes); los de "conocimiento" o "información" (introducción del procedimiento administrativo); finalmente los de "juicio". Todos se dirigen a recoger el material necesario a la formación de la decisión administrativa, el modo y el tiempo de su producción, con base en el establecimiento de actos, hechos o situaciones necesarias a la cognocitividad de la actividad administrativa. Se encuadran en este tipo de actos aquellos que suministran al órgano decisorio los elementos directivos a la actividad futura de la Administración Pública (actos consultivos) o bien los actos que tienden a examinar la actividad desarrollada con el fin de verificar si se han observado los vínculos a la cual una determinada actividad administrativa debe conformarse (actos de control). La noción de "atti su procedimento" se ha establecido con base en la noción y consiguiente definición del proceso jurisdiccional. Es decir, resultan de la confluencia de varios actos simples conexos entre sí para la producción de un mismo resultado jurídico. Sus características las define el Mortati como "el resultare de una di atti parziali, aventi relavenza esterna (quelli mearmente interni non facendo parte del procedimento emanati da una pluralità di soggetti o orgai, e che (pur avendo ciascuno natura diversa de quella degli altri) sono collegati fra loro dal fine comune di rendere possibile la formazione dell'atto finale, produttivo dell'effetto cui il procedimento é indirizzato". (1).

Desarrollando la noción de tal tipo de actos debemos formular una premisa fundamental: la confluencia de varios actos de un procedimiento administrativo no corta sino más bien mantiene la au-

(1) "Gli atti generali sono invece effettivamente ad effetti plurisoggettivi: sono tali quelli che si rivolgono a gruppi indeterminati di figure soggettive, in quanto titolari di situazioni soggettive che l'amministrazione vuol regolare con efficacia generale. I provvedimenti determinativi di prexi d'impero o che impongono agli imprenditori di un ramo abblighi di comportamento-chisura estiva dei negozi).

Constantino Mortati. *Instituzioni di Diritto Pubblico*. Tomo primo. Cedam Padova. pag. 254.

nomía de cada acto o grupo de actos que lo forman. Su límite y naturaleza delineada da lugar a varios problemas no aún resueltos por la doctrina, como por ejemplo: la influencia que puede tener el vicio en la formación de un acto parcial y su incidencia posible sobre los otros; o bien los límites dentro de los cuales es posible admitir la impugnatividad separada contra una fase constitutiva del procedimiento o bien la forma y el modo de la revocabilidad de los actos pertenecientes a una de las fases del procedimiento administrativo antes de su conclusión. A todas las preguntas esbozadas concluiremos con Mortati que "si deve renunciare a prospettare per ora le soluzioni a tutte le varie questioni prima ricordate, anche perche per alcuna di esse (come quelle indicate sub b, c, d) marca ancora un accordo circa la loro essatta valutazione sotto un punto de vista generale". Es de creer asimismo que una respuesta es solamente determinable a través de la inserción de cada acto parcial en el procedimiento administrativo concluso, es decir, de acuerdo con su colegamento en la fase introductiva, instructoria o deliberativa, o en todo caso en la actividad de control en la deliberación del ente. Considero que el colegamento implica un nexo a considerar en el control ejercido por el órgano administrativo o jurisdiccional, respecto a la validez de todo acto final.

Finalmente debemos indicar a la serie de actos en los cuales se establece un colegamento o nexo, que tal condición la puede tener el colegamento que podría establecerse entre los procedimientos administrativos, cada uno en sí completo, pero que son concatenados a otros procedimientos dando por resultado un procedimiento decisorio que los define o les da vida. En este tipo se debe establecer la interdependencia de cada uno a los fines de su impugnabilidad autónoma, es decir, el recurso administrativo o jurisdiccional es dirigido contra cada procedimiento separado aún cuando el procedimiento conclusivo no se ha establecido. Igual razón en su trato deben sufrir los actos que por sí solos son eficaces a producir jurídicos provisionales mientras no se produzca la ratificación competente.

Sección VII) Conclusiones considerativas sobre la conexidad de los Actos Administrativos

Evidentemente de la enumeración y desarrollo de los diversos tipos de actos administrativos se desprende una conclusión natural: los actos administrativos se encuentran relacionados o coordinados hacia el logro de finalidades propias a la actividad de la Administración Pública. Esta coordinación puede ser entre actos o bien entre procedimientos. Las diferentes relaciones pueden ser de "supraordenación" (uniformidad de un procedimiento a las directivas de otro), de programación "imperativa" (hacer, no hacer, consignar, delimitar etc) o relaciones dichas de "presuposición o subordinación" (un acto administrativo se encuentra respecto a otro en posición condicionan-

te. Toda esa serie de actos o finalidades comunes da lugar lógicamente a vicios de ilegitimidad parcial o total, según que el vicio ataque elementos necesarios o innecesarios del propio acto; por ejemplo: la adopción de un determinado acto en ausencia de actos necesariamente presupuestos. A pesar de todas las posibilidades hasta ahora mencionadas la uniformidad de solución no es aceptada en doctrina procesal administrativa; la impugnabilidad de los actos administrativos formados por ligámenes que los hacen conexos no es formulable a priori de un modo exacto e ineluctable. Pareciera que únicamente los actos colectivos o contestuales, así como los plurimi, son fácilmente detectables en su coordinación a un acto en el cual el conjunto de actos conserva su plena autonomía y eficacia, pudiendo por ello ser impugnados independientemente del acto final. Puede decirse lo mismo con respecto a los actos: "su procedimiento". Pero aún en estos casos la doctrina no es unánime y deberá ser la praxis jurisprudencial quien delimitará en cada especie la conexidad entre actos y disposiciones administrativas. Quede la exposición efectuada en el presente trabajo como referencia doctrinal sin pretensión de agotar la problemática indicada.

Subsección A. La inimpugnabilidad de los Actos Preparatorios y Presupuestos

Como se dijo en la Sección anterior la doctrina y jurisprudencia universal, han establecido la posibilidad de establecer un único recurso, autónomo o separado, contra los denominados actos preparatorios y presupuestos definidos como aquel tipo pertenecientes a la categoría de "actos su procedimiento", que se coordinan a la producción de un acto final que los presupone, ello impide que puedan producir alguna lesión a intereses jurídicos subjetivas de un modo autónomo, sino a través del acto final el cual le han servido como "presupuesto" ⁽¹⁾. Se encuentran en la fase preparatoria del acto concluso. La razón de su exclusión obedece a la circunstancia de que el interés a postular en un proceso administrativo, debe ser directo y actual; de tal modo el interesado recurrente esperará la conclusión del acto final con el objeto de impugnar el acto en su unidad y no en sus elementos preparatorios. Pese a ello se admite que la impugnabilidad pueda ser ejercitada en relación con vicios de

actos que aún siendo presupuesto de otros no son meramente preparatorios de aquellos sino dictados en función propia. Por ejemplo reglamentos en el cual el procedimiento lesivo sea su mera aplicación; ⁽²⁾, o bien los actos de nombramiento de la autoridad que había dictado el acto o disposición administrativo. Se hace la salvedad que la legitimidad del acto presupuesto no puede ser atacado hasta tanto no se adopte el procedimiento al cual ha servido de presupuesto o antecedente. Lo anterior por la misma razón expresada supra, falta de interés actual del posible recurrente. Por consiguiente una vez dictado el acto conclusivo el procedimiento presupuesto puede ser atacado acto conclusivo el procedimiento presupuesto puede ser atacado autónomamente o bien junto al otro, (reunión de pretensiones de actos conexos), pudiéndose lograr no solamente el anulamiento de procedimiento presupuesto sino también la del procedimiento al cual ha servido en esa condición.

En lo referente a los actos de control existe duda de parte de la doctrina sobre la posibilidad de su impugnabilidad autónoma (independencia con el acto controlado) o si deben ser impugnados conjuntamente (acto de control actor controlado). El art. 343 del texto único de la ley comunal y provincial italiana establece que la aprobación de la autoridad controlante forma un solo acto a los efectos de su impugnabilidad con el acto aprobado; por su parte el acto con el cual viene negada la aprobación puede ser objeto de una impugnatividad autónoma. ⁽²⁾.

(1) En general los efectos de los actos preparatorios producen incidencia en la esfera jurídica del mismo sujeto que los pone en estado, sin incidir en la esfera de otros sujetos. Sus efectos se concluyen con la conclusión del acto final al cual han preparado dentro del ámbito interno de la Administración Pública. La jurisprudencia italiana ha admitido que los actos preparatorios pueden ser impugnados cuando ostenten el carácter meramente provisorio o cautelar del procedimiento. Ver Consejo de Estado Italiano. Sesión IV. 10 marzo 1950. (D'Avino) Foro Amm. 1950. I. 1, 250. Y Ses. V. 8 febrero 1952 (Lugo) R. C. St. 1952. 175.

(1) Quando un determinato effetto giuridico si produce quale risultato di una serie continua di atti amministrativi interdipendenti, ciascuno dei quali costituisce il presupposto per l'atto successivo e trova il proprio presupposto in quello che lo ha preceduto, cosicché ciascuno di essi produce degli effetti prodromici e parziali rispetto all'effetto giuridico finale — come avviene tipicamente nel procedimento dei concorsi a pubblici uffici tali sono impugnabili soltanto nel loro insieme, dopo che si è prodotti l'effetto giuridico finale, e non separatamente e prima che il procedimento si sia concluso. Soltanto all'atto con cui il concorso viene bandito, e a quello con cui un candidato venga incluso dalla partecipazioni al concorso, la giurisprudenza riconosce un'individualità ed un'autonomia sufficienti a giustificare una separata impugnativa". Enrico Guicciardi. La Giustizia Amministrativa. Padova 1957. pág. 196.

(2) Cons. de Estado. Sex. IV 24 junio 1950 (Bozzi). Foro Amm. 1950. I. 2, 357. La LRJCA da una misma solución en su artículo 11 inciso 2- a) y b).

CAPITULO CUARTO

LA CONEXIDAD DE LOS RECURSOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Sección I. Recurso Simple

Con ^{el} objeto de un recurso contencioso administrativo es simple cuando se pretenda la anulación de un acto o disposición general de la Administración Pública. Ello obedece a que la pretensión del recurrente se dirige a un solo acto administrativo definitivo (no susceptible de ulterior recurso en vía administrativa) y eficaz (produce todos sus efectos jurídicos) (1). La gran mayoría de los procesos contenciosos administrativos tiene como objeto la impugnación de un solo acto o disposición por parte de una sola parte (administrado) y su correlativa demandada (Administración Pública); ello se traduce en la afirmación de una sola pretensión, nulidad del acto o disposición, o bien la anulabilidad del acto y la consecuente restitución de la situación subjetiva vulnerada por la norma ilegal.

Sección II. Recurso Subjetivamente Complejo:

Existe recurso complejo cuando varias personas tienen interés en impugnar o defender un acto o disposición administrativo por motivos al menos en parte comunes o impugnen varios procedimientos administrativos idénticos de una misma autoridad. Cuando los elementos descritos se encuentran presentes, los interesados recurrentes pueden establecerse su demanda jurisdiccional con una única demanda, firmada por todos o bien por medio de apoderados judiciales. Este instituto procesal es conocido como recurso colectivo en contraposición al recurso subjetivamente simple descrito supra.

(1) Art. 18-1 LRJCA:

"La acción será admisible en relación con las disposiciones y actos de la Administración que no sean susceptibles de ulterior recurso en vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite; y en cuanto a estos últimos, si deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de tal modo que pongan término a aquella vía o hagan imposible o suspendan su continuación.

Sección III. Recursos Objetivamente Complejo o Acumulativo de Recursos (*Ricorsi cumulativo*)

Existe recurso objetivamente complejo cuando un recurrente o varios con un único recurso impugna diversos actos o disposiciones administrativos, los cuales no solamente por referirse a la misma persona, por los hechos en que se funda, por los motivos que lo justifican o bien por la relación de interdependencia en que se encuentran presentan entre ellos una estrecha conexión. Es el caso de procedimientos interdependientes, colegados, u análogos). En el caso de varios concurrentes contra varios actos se habla de litispendencia porque en esta situación se procede a la reunión de recursos (o de autos o procedimientos), dando lugar a un recurso subjetivamente complejo, es decir, con pluralidad de recurrentes. El tipo de litisconsorcio es activo el cual tiene siempre el carácter de un litisconsorcio voluntario dado que la voluntad de uno sólo de los recurrentes es suficiente a provocar el ejercicio de la voluntad del juez; éste puede aplicar la acumulación y pronunciar sentencia a la iniciativa de uno sólo de los recurrentes, aún cuando todos los otros, siendo cointerésados a la impugnabilidad, no han participado.

Sección IV. La Conexidad de Recursos en la LRJCA

A los esquemas descritos anteriormente corresponde las normas contenidas en el Capítulo Tercero de la LRJCA, artículos 25, 26 y 27 y denominado simplemente "acumulación". Ensayaremos desarrollar su contenido precisando su integración al esquema general teóricamente esbozado.

De acuerdo con el artículo 25-1, son acumulables en un proceso contencioso administrativo, las pretensiones que no sean incompatibles entre sí y que se deduzcan en relación con un mismo acto o disposición. En resumen, varias pretensiones son deducidas por una parte contra un acto o disposición administrativo. En este caso existe un cúmulo de petitum y el recurso es simple. Tal hipótesis está en relación con la norma 25 de la LRJCA, en el capítulo que enmarca los límites de las pretensiones de las partes en el proceso), y que establece: "la parte demandante que pretende la declaración de ilegalidad y la consiguiente anulación de actos y disposiciones administrativos, podrá asimismo demandar el reconocimiento de su situación jurídica individual, y su restablecimiento por medio de medidas pertinentes (p. e. indemnización de los daños y perjuicios). Evidentemente tal tipo de acumulación es procedente solamente en el caso de vulnerar la norma administrativa del derecho subjetivo del administrado, pues si como causa petendi se invoca un interés legítimo de su parte, el petitum se concretará a la anulación del acto o disposición. La solución extraña al sistema francés e italiano, se opera por la unificación de la jurisdicción contencioso administrativo y el civil de hacienda (contencioso de

legitimidad y pleno contencioso; o, legitimidad y mérito). Por ejemplo, en el caso de que se demande la nulidad del acto adjudicatario de una licitación pública el actor no podría pretender que se le adjudique automáticamente el concurso; el tribunal debe limitarse a anularlo debiendo proveerse por medio del ente público interesado a un nuevo procedimiento adjudicatorio. Ejemplo típico de acumulación de pretensiones en el pleno contencioso, se produce cuando se anula el acto administrativo que destituye un miembro de un ente autónomo; en este caso no sólo se anulará el acto sino que se acordará la indemnización de daños y perjuicios a título indemnizatorio. Ello siempre y cuando se hubieren demandado en la parte petitoria de la acción a fin de no atentar contra el principio de congruencia que informa el proceso jurisdiccional administrativo. (1).

La segunda hipótesis que prevee la LRJCA, se refiere a la necesidad de que las pretensiones deben deducirse en relación con un mismo acto o disposición. Evidentemente la norma indicada supra limita la aplicación a "un solo acto o disposición administrativo"; sin embargo en sentido estricto lo que hace es simplemente formular un requisito que se sobreentiende pues no habría proceso o más correctamente la pretensión o pretensiones del recurrente deben ser dirigidas a un acto o disposición. Por ello creemos que el inciso segundo del artículo 25 debería redactarse en otra forma, es decir, establecer de un modo unitario y lógico que "las pretensiones pueden ser reducidas en relación con uno o varios actos o disposiciones administrativas, cuando unos sean la reproducción o confirmación o la ejecución de otros o exista entre ellos cualquier conexión directa" —En esta forma el inciso segundo desaparece y el artículo 25 debe quedar redactado como uno solo, luego de la adición del antiguo inciso segundo.

Sección V. Terminología en sus efectos de impugnativa de los actos administrativos en la LRJCA

El inciso segundo del artículo 25 citado en la sección anterior es objeto de análisis más profundo. En primer término debemos remitirnos al Título Tercero de la LRJCA que establece el objeto del proceso contencioso administrativo y civil de hacienda, capítulo primero de los actos impugnables. En el artículo 21 inciso 1º se declara como improcedente la acción impugnativa contra los actos que sean reproducción de otros anteriores ya definitivos o firmes y los confirmativos de los consentidos. Esta relación normativa obedece a la circunstancia de que la acumulación de pretensiones es procedente cuando los pretensiones se refieren a 'varios actos o disposiciones cuando unos sean

(1) Artículo 24-1: "La jurisdicción Contencioso Administrativa juzgará dentro de los límites de las pretensiones formuladas por las partes y de las alegaciones deducidas para fundamentar la acción y la oposición".

reproducción, confirmación o ejecución de otros o exista entre ellos cualquier conexión directa". Es necesario deslindar conceptualmente los dos supuestos procesales.

Subsección A. Actos Definitivos Reproductivos y Confirmativos

Se admite en doctrina y jurisprudencia, que ciertos actos jurídicos bien que sometidos al derecho administrativo no son susceptibles de control por parte de la jurisdicción contencioso administrativa. En otros términos, existen actos o disposiciones dictados por la Administración Pública que por razones prácticas y de seguridad jurídica escapan a todo control jurisdiccional aún cuando gocen de todos los atributos inherentes a los actos objeto de impugnación jurisdiccional. En esa calidad se encuentran los actos que no han sido atacados en el tiempo legal o bien no se han hecho uso en forma correcta de las formas necesarias para lograr su impugnación en sede administrativa. El administrado es notificado de un acto individual que le produce perjuicio o en el caso de la publicación de disposiciones generales, debe de inmediato impugnar en sede administrativa dicho acto o disposición. Pero si sucede que deja pasar un lapso de tiempo irreparable o dirige su pretensión erróneamente a una autoridad no competente o sin llenar las formalidades prescritas de un texto legal o práctica administrativa, la ley establece ipso jure la firmeza del acto o disposición. Esta regla ha sido creada con el fin de obtener que el funcionamiento normal de la administración no se encuentre paralizada por recursos extemporáneos o mal formulados, estableciendo la definitividad del acto administrativo no sólo en sede administrativa sino además jurisdiccional. A la eficacia administrativa indicada cabe agregar el de la seguridad jurídica que debe revestir el funcionamiento normal del accionar de la Administración Pública. El administrado renuente o indiligente debe ser sancionado con la declaratoria de improcedente o de inadmisible por manifestar inercia o falta de interés a atacar el acto o disposición que le causaba perjuicio. (1).

Desarrollando los efectos jurídico-procesales del artículo 21-1, el control jurisdiccional no es extensible a los actos que "no son más

(1) In principio che i termini d'impugnativa degli atti amministrativi decorrono, sotto pena di decadenza, dal momento della prima sufficiente conoscenza del loro contenuto —o dal momento in cui gli interessati per la prima volta siano stati messi in grado (attraverso la notificazione o comunicazione) di averne conoscenza, importa che non sia consentita l'impugnativa degli atti confermativi (i quali si limitano o confermare, in modo esplicito o implicito, un atto procedente) e degli atti esecutivi di precedenti atti diventati, per il ricorrente, impugnabili (salvo che l'impugnativa riguardi vizi propri dell'attività di esecuzione). L'ammettere l'impugnabilità di atti del genere si risolverebbe l'impugnabilità di atti del genere si risolverebbe infatti nella elusione della inimpugnabilità degli atti che essi rispettivamente confermano o portano a esecuzione...".

Aldo M. Sandulli *Manuale di Diritto Amm.* T. II 1973. Ed. Jovene., pág. 32.

que la reproducción de otros anteriores, definitivos o firmes, y los confirmativos de los consentidos". Lógicamente los principios de seguridad jurídica y de eficacia administrativa son aún más aplicables. En efecto, si un acto es definitivo (no atacado en tiempo y forma) ningún administrado podría pretender atacarlo alegando como ilegal el acto que es su reproducción o bien si ha consentido sus efectos jurídico materiales. Aceptar la impugnatividad indirecta de actos reproductivos o consentidos, implicaría abrir una brecha peligrosa que daría entrada a infinidad de recursos jurisdiccionales con la consiguiente inseguridad en el accionar administrativo. (2) (3).

Aclarada la terminología en sus efectos de impugnatividad jurisdiccionales del acto reproductivo, confirmativo o ejecutivo de otro, debemos definirlos en sede doctrinal. Una vez superado ese obstáculo sustancial nos referiremos a la conexidad que puede establecerse entre diferentes actos.

A) Acto Reproductivo o Confirmativo:

Es aquel acto administrativo emanado de un mismo órgano que constituye la reproducción o la confirma de un acto procedente; no confirmativo o reproductivo, es el que aún proviniendo del mismo órgano administrativo contiene un nuevo orientamiento, o bien viene

(2) Para un mayor análisis del problema descrito, ver la tesis de doctorado del actor. Université e Bordeaux. 1973. La jurisdicción Contencioso Administrativa de Costa Rica (límites, naturaleza y extensión). págs. 17, 177 a 179.

(3) Dentro de la clasificación que de los actos administrativos se hace existe el criterio que se refiere a la posibilidad de establecer recursos contra los actos ilegítimos. Partiendo de ese supuesto se ha creado una distinción neta entre actos o disposiciones administrativos definitivos o no definitivos; en esto no es posible proponer recursos en sede administrativa, mientras que los definitivos son inimpugnables en vía administrativa (emanación del ente jerarca, resolución del recurso de reposición o reconsideración o disposición taxativa de la ley), pero susceptibles de ulterior recurso en sede jurisdiccional.

Art. 31-1: "Será requisito para admitir la acción Contencioso Administrativa el anotamiento de la vía administrativa. 2) Este trámite se entenderá cumplido: a) Cuando se haya hecho uso en tiempo y forma de todos los recursos administrativos que tuviere el negocio; y, b) Cuando la ley lo disponga expresamente. 3) En todo caso, cuando lo impugnado emanare directamente de la jerarquía superior de la respectiva entidad administrativa y careciere de ulterior recurso administrativo, deberá formularse recurso de reposición o reconsideración ante el mismo órgano que ha dictado el acto o la disposición, en el plazo de dos meses a contar de la fecha en que se notifique o publique el acto, con los requisitos a que se refiere el artículo 38. Las notificaciones y publicaciones en la jurisdicción contencioso administrativo y civil de Hacienda de Costa Rica deben reunir los requisitos prescriptos por las leyes de procedimiento administrativo o en su defecto las establecidas por el Código de Procedimientos Civiles o leyes conexas.

producido con base en elementos nuevos, de hecho o de derecho, no tenidos en cuenta por el ente anteriormente. (1).

La jurisprudencia del Consejo de Estado de Italia ha establecido varias características del acto confirmativo, entre ellas enumeramos las más importantes:

- a) Identidad en la competencia; b) Identidad en su forma y c) Identidad en el contenido con el acto precedente. (2).

Asimismo ha retenido la calidad de acto confirmativo a los siguientes:

- a) Acto con el cual la Administración se ha limitado a oponer un fin de no proveer a la instancia del interesado b) o, había solamente enunciado el camino o iter de un procedimiento precedente; c) No ha hecho conocer al interesado nada más de cuanto él ya conocía. (3).

No ha considerado acto confirmativo en los supuestos siguientes:

- a) El emanado de una autoridad directa; y b) el acto fundado en nuevos accertamientos, nueva instructoria, nuevos presupuestos de hecho, nuevos motivos, nuevo examen de la situación, etc. (4).

Para concluir se ha establecido que no basta que un acto con fecha posterior reproduzca el contenido de acto precedente para que el primero deba retenerse confirmativo del segundo y por ende no impugnabile; en este caso se necesita que la motivación queda inalterada y sobre todo que la confirma emane de la misma autoridad que había dictado al acto confirmando. Con base en lo anterior no puede ser acto confirmativo o reproductivo el acto con el cual una autoridad superior, de oficio o sobre recurso administrativo del interesado, mantenga inactivo el procedimiento de una autoridad inferior.

Una última consideración conceptual es necesaria, creemos que un acto reproductivo es casi idéntico al confirmativo, pues la repro-

(1) Atto consiste semplicemente nella rinnovazione non innovativa da parte di una autorità, di un atto da essa già adottato. Aldo M. Sandulli. Op. cit., pág. 422.

(2) Cons. Stato. Sez. VI. 2 julio 1951 (Luparello). Foro Amm. 1951, I, 3, 280.

(3) Sez. IV. 20 octubre 1950 (Rizzatti) Foro Amm. 1951, I, 1, 97; Sez. IV. 12 julio 1950 (Caccioppoli) ivi, 1951, I, 1, 1; VI, 30 junio 1951 (Di Pace) ivi, 1951, (Di Pace) ivi, 1951, I, 1, 2, 137; Sez. V. 29 setiembre 1951 (De Berti) Foro Amm. 1952, I, 2, 3.

(4) Sez. IV. 20 enero 1951 (Rizzatti) 1951, I, 1, 214; 6 diciembre 1950 (Mezzanotte), ivi, 1951, I, 1, 150; 24 febrero 1950 (Petrolli), 1950, I, 1203; y Sez. V. 21 junio 1952 (Aru) 1º julio 1951 (Toro), ivi, 1951, I, 3, 304.

ducción implícita confirma. De ahí que deberá cambiarse la redacción de la ley en cuanto separa conceptualmente ambos tipos de actos, debiéndose agregar la letra "o" en sustitución de la "coma" que separa las palabras "acto reproductivo" es decir "reproducción de confirmación".

B) Actos Ejecutivos de otros Actos o Disposiciones Administrativas

Siguiendo el orden que nos impone el artículo 25-2 enunciaremos brevemente lo que en doctrina se conoce como actos ejecutivos o como lo indica nuestra LRJCA, "Actos que sean ejecución de otros". Son una categoría de actos que solamente constituyen la ulterior proyección de un procedimiento precedente. Por ejecutar actos precedentes devengan inimpugnables, salvo si la impugnabilidad se refiere a vicios propios de la actividad de ejecución. Por ejemplo el acto precedente no se dictó siguiendo la norma prescripta por la ley, por ello viene conocido a causa y en ocasión de su ejecución. En ese supuesto se permite que pueda proponerse contra el acto ejecutivo la impugnación que no había sido propuesta contra el acto precedente. (1).

C) Teoría Italiana de la conexidad directa entre Actos Administrativos

Algunos autores italianos han estudiado las posibilidades de conexión entre los actos y disposiciones administrativas (Laschena, Piga y Nigro). Se ha distinguido una conexión sustancial (manifestada en la realidad sustancial y una conexión procesal manifestada en el plano del proceso administrativo).

- 1) Dentro del ámbito de la primera (conexión sustancial) se encuentra la conexión entre actos de un mismo procedimiento administrativo. Esta es denominada conexión procedimental.
- 2) La conexidad entre actos combinados: son aquellos que constituyen o preparan un acuerdo, un acto colectivo, una converción (teoría de los actos compuestos). A este tipo se le denomina conexión por composición de los actos.
- 3) La conexión entre un acto principal y un acto actuativo. P. e. la declaración de pública utilidad y el decreto de ocupación u acto actuativo del principal. Esta conexión es denominada por subordinación jurídica.
- 4) La conexión entre actos que entran en el ámbito de la misma operación administrativa y respecto de los cuales se perfila la exigencia de la coordinación de los intereses en presencia (p. e. coexistencia de poderes entre un órgano controlado y el

(1) "É quest ultima soltanto che debbono farsi gli effetti giuridici alla attuazione i primi sono intesi, cosicché contro que'ultima, e non contro i primi é aperta l'impugnativa. Enrico Guicciardi. ob. cit., pág. 195.

órgano o control para el otorgamiento de un permiso administrativo.

D) Dentro del ámbito de la segunda (conexión procesal).

La conexión entre un acto y aquel o aquellos que constituyen o constituyeron el presupuesto de legitimidad. P. e. conexión entre un acto y el instrumento normativo o de dirección sobre el cual se funda. Se habla de conexión por prejudiciabilidad. Ello porque el conocimiento de la legitimidad de lacto presupuesto se presenta como prejudicial al conocimiento de la legitimidad del acto principal.

Para finalizar diremos que la conexión es *admisible* siempre que se esté en los presupuestos previstos en art. 25 incisos 1 y 2 LRJCA y es *necesaria* en el caso de la conexión sustancial; p. e. en el caso de conexión entre actos de un mismo procedimiento administrativo o conexión procedimental, por cuanto como reiteradamente se ha manifestado en el presente rabajo los actos preparatorios se deben impugnar con el acto final (caso de la impugnación del acto principal y del acto ejecutivo o de ejecución de éste, es decir del acto que declara la utilidad pública de un bien a expropiar y el decreto de ocupación. Asimismo es necesario en el caso de la conexión procedimental o conexión prejudicial porque una impugnativa diferente daría lugar a contradicciones entre decisiones jurisdiccionales. Hipótesis de la conexión entre el acto concreto y acto general (reglamento) en base al cual el primero es dictado.

Sección V. *La Acumulación por ampliación en la LRJCA*

Nuestra LRJCA establece de modo concreto el denominado en sección anterior recurso objetivamente complejo y que la doctrina española denomina "acumulación por ampliación". El artículo 126-1 permite que el actor pueda acumular en su demanda cuantas pretensiones reúnan los requisitos señalados en el art. 25 incisos 1 y 2. Es decir, el demandante puede incoar todas las pretensiones que desee siempre que no sean incompatibles entre sí, dirigidas a un mismo acto o disposición administrativo o bien se refiere a varios que aquellos sean la reproducción o confirmación o sean ejecución de otros o bien exista entre ellos cualquier conexión directa. En el inciso segundo se regula el procedimiento que el Tribunal deberá seguir en el caso de encontrarse frente a acumulación de acciones en forma indebida. (1).

(1) El texto costarricense ha seguido casi textualmente el Capítulo III del título III (art. 44a 48) de la ley del 27 de diciembre de 1956 (LJC) de España. El texto costarricense innova únicamente al establecer que el Tribunal en el acto de rechazar la acumulación indebida, deberá ordenar a las partes cuáles acciones debe interponer por separado. En el texto español el órgano jurisdiccional se limita a indicar que el recurrente debe interponer por separado los recursos, sin especificación expresa de cuáles de ellos se refiere.

Si el tribunal administrativo no está de acuerdo con una pretendida acumulación de acciones, deberá ordenar a la parte interesada cuáles de sus pretensiones deben ser interpuestas en proceso separado otorgándole al efecto el plazo de un mes. Transcurrido el cual (si no se ha efectuado) se debe tener por caduca la acción no interpuesta por separado.

Posteriormente se hace referencia a lo que la doctrina española denomina "acumulación inicial diferida" que permite la ampliación de la demanda inicial cuando se dictare por parte de la Administración Pública, algún acto o disposición que sea conexo con el acto objeto de la pretensión principal o bien reuna los requisitos del artículo 25 incisos 1 y 2. Tal aplicación debe hacerse antes de la formalización de la demanda y en el plazo de dos meses que se comienzan a contar desde el día siguiente a la notificación —en los casos de actos que se deban notificar personal, directamente o por dirección postal— o por publicación en el Diario Oficial cuando se trate de reglamentos. Art. 37 LRJCA y Ley Nº 4191 del 17 de setiembre de 1968, interpretación auténtica del citado texto.

En Costa Rica la acción ante los órganos contencioso administrativos se inicia con la presentación de un escrito simplificado en el cual se indican el acto o disposiciones administrativos impugnados y la fórmula escrita de que se tenga por interpuesta el proceso. A tal escrito lacónico debe acompañarse los documentos que acrediten la representación legal del actor, la del personero de la Administración Pública demandada o al menos la indicación del acuerdo de su nombramiento y acuerdo de publicación en el Diario Oficial, el documento que acredite la personería del causahabiente, cuando fuere necesario, y finalmente la copia del acto o disposición impugnados, en su defecto se debe indicar el expediente administrativo en que haya recaído o su publicación en el Diario Oficial. El Tribunal examina todos los requisitos formales indicados; si estos fueren deficientes o no se hubieren presentado, debe conceder a las partes el término de diez días para que subsanen los defectos o provean a los omitidos. En caso del fiel cumplimiento dictará procedimiento ordenando la publicación suscita en el Boletín Judicial o en un Diario de circulación nacional, la interposición del proceso, a efecto de que los posibles interesados se apersonen en el proceso (coadyuvantes o terceros legítimos). En el mismo procedimiento solicitará el expediente administrativo a la entidad autora del acto o disposición impugnados. Una vez que se haya cumplido con todos los requisitos supraindicados, el Tribunal acuerda al recurrente la deducción de la demanda en el plazo de treinta días. La primera etapa es denominada de "interposición", la segunda que es más formal y solemne de "formalización".

Finalmente por el inciso segundo de art. 26, si la acumulación es solicitada antes de la formalización de la demanda, el Tribunal debe suspender el trámite del proceso, es decir, la etapa subsiguiente (interposición o formalización de la acción) con el objeto de que se publiquen los anuncios o avisos respectivos, debiéndose ordenar de inmediato la remisión del expediente administrativo respecto al nuevo o acto conexo.

CAPITULO QUINTO

LA ACUMULACION DE PROCESOS O ACUMULACION SUCESIVA

El Capítulo tercero de la LRJCA se concluye con el inciso 3º del art. 27 que permite la acumulación de los procesos cuando se esté en presencia de conexidad de pretensiones, sea esta inicial (art. 25 incisos 1 y 2, por ampliación (art. 26 incisos 1 y 2) o la inicial diferida (art. 27 inciso 1º. El artículo menciona únicamente los requisitos del artículo 25, pero su extensión lógica cabe para los otros tipos de acumulación supra indicados. Dispone el texto de comentario: (art. 27 inciso 3º) "interpuestos varios procesos contencioso administrativos con ocasión de actos o disposiciones en los que concurre alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 25, el Tribunal podrá, en cualquier momento y previa audiencia de las partes, decretar la acumulación, de oficio o a instancia de alguna de ellas". Como habíamos mencionado en partes anteriores surge una hipótesis contraria de lo que acontece en el proceso civil costarricense. Se supedita la acumulación de autos cuando proceda la de acciones. Su objetivo principal es la economía procesal y evitar la posibilidad de que se dicten sentencias contradictorias sobre cuestiones conexas.

Igual solución ha sido establecida por el artículo 52 del Reglamento del Consejo de Estado de Italia. Aquel texto que dispone que en los casos de conexión de recursos donde los varios interesados habían propuesto varios recursos separados, cualquiera de ellos o la Administración Pública interesada pueden solicitar con demanda dirigida a la sesión a la cual ha sido asignado uno de los recursos, la reunión, con el objeto de que se decidan en una sola sentencia. El Presidente la Sesión del Tribunal puede también de oficio decretar la acumulación. Se ha establecido esta facultad del juez como ejercicio de poder discrecional de modo tal que el no acogimiento de la reunión de recursos no puede constituir un vicio de la decisión.⁽¹⁾

(1) C. S. Sez V. 16 diciembre 1949 (Cotto) Roro Amm. 1950 I, 2, 169: En igual sentido Cass. Italiana 30 julio 1947. N° 1286. Cass. junio N° 166 y Cass 3 de agosto 1949. N° 2132. (amite la reunión de recursos en grado de apello). "Il provvedimento di riunione di cause mentre si adegua al principio de la economia dei giudizi é espressione de l'potere ordinario de l'giudice che lo essercita incensurabilmente".

Evidentemente la reunión de procedimientos tiene lugar en caso de litispendencia (activa y necesaria) y se debe presumir que las causas estén en cursos, es decir, activas. En caso de inactividad declarada no podría adoptarse ningún procedimiento de reunión.

La reunión de más causas pendientes ante el juez contencioso administrativo es posible no sólo en el caso de la conexión en senso propio (arts. 25, 26 y 27 LRJCA) sino que debe admitirse por razones de economía procesal cuando exista una simple oportunidad de decidir contemporáneamente más de una controversia. (2).

Aún cuando nuestra ley preve que la acumulación de procedimiento puede hacerse "en cualquier momento", tal instituto procesal no es procedente cuando alguna de las causas esté madura para la sentencia mientras las otras deban aún ser instruidas o no puedan ser proseguidas por suspensión y otro impedimento. Para concluir diremos que la resolución del juez que ordena la acumulación no es susceptible de recurso de apelación por constituir un juicio de hecho la verificación del estado de litigio a los fines de la acumulación.

CAPITULO SEXTO

LA CONEXIDAD ENTRE ACCIONES ADMINISTRATIVAS

La reunión de los procedimientos o de recursos contencioso administrativos tiene lugar en dos hipótesis: litispendencia y de conexión entre causas. Como habíamos indicado en la sección anterior, si varios procedimientos relativos a la misma causa penden delante del juez, éste, de oficio o a instancia de las partes, ordena la reunión. Igual situación se determina en el presupuesto de que las causas idénticas se encuentren pendientes delante de jueces diversos. En el primer caso el juez debe limitarse a acumular los procesos (doctrina del art. 26 inciso 3º LRJCA); en el segundo, lógicamente debe ser el superior de ambos jueces quien provera al coordinamiento entre los dos procesos con el objeto de que sean decididos por un mismo juez. Este problema no regulado por nuestra ley será el tema a desarrollar en el presente Capítulo. Su importancia obedece a que la conexión entre causas respecto a los actos conexos o coordinados no constituye una situación excepcional sino más bien que es natural del proceso contencioso administrativo. Ello permite al juez superar el simple control de legitimidad o de oportunidad de un sólo acto, colegando su poder interpretativo y cognocitivo a las diferentes pretensiones que se establecen contra varios actos o disposiciones administrativos en grado conexo. Además que la Institución permite la economía de juicios innecesarios y se aleja del peligro de la contradictoriedad de decisiones.

Seci I. La identificación de las Acciones Procesales

Tiene como fin principal establecer la jurisdicción o la competencia de los tribunales jurisdiccionales, la delimitación entre lo demandado y lo pronunciado, fijar si entre dos procedimientos existe litispendencia o bien establecer si dos causas son idénticas o conexas. Para arribar a la concretización de los problemas descritos, se debe partir del estudio de los tres elementos esenciales que forman todo tipo de acción jurisdiccional, los sujetos (personas), el objeto (petitum) y el título (causa petendi). Antes de entrar a analizar cada tipo de elemento con respecto al proceso jurisdiccional, diremos que en principio se denomina acción idéntica aquella en la cual los tres elementos

(2) Cass. Italiana del 18 de febrero 1963. N° 302; Cass. 1o. abril 1964. N° 830.

supraindicados son iguales, y acción conexas si solamente uno o dos de los elementos coinciden.

Subsección A. Las Partes

El elemento parte en el proceso contencioso administrativo difiere al proceso de parte del proceso civil. En efecto, la característica principal del proceso jurisdiccional administrativo es que la acción pretendida por el recurrente se dirige al anulamiento de un acto o disposición ilegítima de la Administración Pública.

Artículo 18-1:

“La acción será admisible en relación con las disposiciones y actos de la Administración que no sean susceptibles de ulterior recurso en vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite; y en cuanto a estos últimos, si deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de tal modo que pongan término a aquella vía o hagan imposible o suspenden su continuación.”

Artículo 20-1.

“Las disposiciones de carácter general de la Administración del Estado, Municipalidades, Instituciones Autónomas y demás Entidades Públicas, podrán ser impugnadas directamente por ilegalidad, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, una vez aprobadas definitivamente en vía administrativa.”

Por la razón de que el objeto principal de la demanda es el anulamiento de un procedimiento administrativo ilegal, sea este individual o general, las disposiciones de las partes serán estrictamente dos: la que solicita la anulación del acto y la que resiste a la pretensión, es decir, considera que el acto legal y por ende debe mantenerse. En consecuencia, las partes necesarias o legítimos contradictorios, serán normalmente el particular-actor y la Administración Pública demandada. Este esquema simple tiene a hacerse complejo en el proceso administrativo. De previo diremos que la LRJCA permite que la Administración demande contra un acto propio (firme y creador de derechos subjetivos, cuando lo declare lesivo a los intereses públicos. Art. 18-3. En este caso su posición se invierte al ser parte activa y el particular será el resistente a la pretensión de la anulación del acto. Otro tipo de parte es el denominado concontrainteresado o tercero legitimado pasivamente, los cuales son portadores de un interés cualificado al mantenimiento del acto por haber derivado derechos del propio acto o disposición impugnados.

Artículo 11-1.

a) A la entidad autora del acto o disposición a que se refiere el juicio, salvo que se trate de actuación del Poder Ejecutivo como de sus órganos o la de los otros Poderes en función administrativa, caso en el cual se demandará al Estado.

b) A las personas en cuyo favor es deriven derechos del propio acto o disposición impugnados.
Inciso 2º

a) El Estado o la Entidad que dictó el acto o disposición fiscalizados, si el resultado de la fiscalización ha sido aprobatorio.

Artículo 12-1:

Podrá intervenir en el proceso como parte coadyuvante del demandado, cualquier persona que tuviere interés directo en el mantenimiento del acto o de la disposición que motiva la acción contencioso administrativa.

Artículo 12-2:

También podrá intervenir como coadyuvante de la Administración que demandare la anulación de sus propios actos, quien tuviere interés directo en dicha pretensión”.

La situación del coadyuvante o concontrainteresado sustancial está enmarcado en la obtentación de un interés al mantenimiento del acto; por su parte el tercero legitimado pasivamente, es aquel que ha derivado derechos del acto o disposición, por lo que es considerado parte demandada necesaria o concontrainteresado formal.

La LRJCA menciona otro tipo de “parte” del proceso jurisdiccional y que tiene su raíz en la doctrina de los actores complejos, en fatiespecie de los actos sujetos a control, aprobación o conocimiento de otro ente público para que puedan ser definitivos. En este supuesto nuestra ley considera parte demandada al Estado o la entidad pública que dictó el acto o disposición fiscalizados si el resultado de la fiscalización fuere positivo, es decir, aprobatorio. Asimismo a la entidad fiscalizada y la que ha ejercido la fiscalización, cuando ésta no aprobado el acto o la disposición impugnados, salvo si ambos órganos forman parte del Poder Ejecutivo, caso en el cual se deberá demandar al Estado. Por su parte, si existiera fiscalización desaprobatoria y esta la ha ejercido la Contraloría de la República (especial de Corte de Cuentas de Costa Rica, órgano administrativo auxiliar de la Asamblea Legislativa encargado por la Constitución Política de ejercer la fiscalización del exacto cumplimiento de la ley de presupuesto nacional) dicha institución se considerará como parte demandada, es de-

cir, manifestando un interés sin tener la calidad de parte procesal formal. Para concluir diremos que nuestra ley no admite a los cointerés o coactores o portadores de un interés del mismo signo del recurrente principal y que eventualmente podrían apoyar la demanda del principal por derivar ventaja de la anulación del acto o disposición administrativo.

Subsección B. El Objeto del Proceso Administrativo

Con el recurso contencioso administrativo se pueden proponer al juez varios tipos de acciones: constitutiva, de accertamento o de condena. La acción constitutiva de anulamiento es la regla esencial de la jurisdicción contenciosa.

Artículo 62:

“Si la sentencia acogiere la acción:

a) *Declarará no ser conforme a derecho y en su caso, anulará total o parcialmente el acto o disposición impugnados.*

La de accertamento:

b) *Si se hubieren deducido las pretensiones a que se refiere el artículo 23 reconocerá la situación jurídica individualizada y adoptará cuantas medidas sean necesarias para su pleno reestablecimiento y reconocimiento.*

La de condena:

c) *Si se hubiere pretendido el resarcimiento de daños o la indemnización de perjuicios, la sentencia podrá formular pronunciamiento completo sobre la existencia y cuantía de los mismos...”*

Sin entrar a analizar cada tipo de acción por las limitaciones que el presente trabajo nos impone, sentaremos el principio de que las pretensiones del recurrente deben dirigirse al establecimiento de acciones que sean compatibles entre sí de modo tal que el ejercicio de alguna no impida el ejercicio de la otra. (1)

Por ejemplo, si la demanda tiene por objeto una acción de mero accertamento, el tribunal no podría dictar una sentencia de condena en daños y perjuicios (principio de congruencia); si en el mismo caso la petitum está constituida por una acción constitutiva el recurrente no puede pretender una condenatoria de daños y perjuicios que no sea compatible con el objeto de la acción intentada, (se reinstala el funcionario público ilegalmente despedido condenándose a la Administra-

(1) Art. 25-1: “Serán acumulables en un proceso, las pretensiones que no sean incompatibles entre sí...”.

ción al pago de daños y perjuicios, no a los salarios no percibidos). No ocurre lo anterior si el actor demanda una acción a la vez constitutiva y de condena; en este supuesto el tribunal puede, por la conexidad entre ambos tipos de acciones, dictar su sentencia anulando total o parcialmente el acto o disposición ilegítimo y condenando a la administración al pago de los daños y perjuicios p. e. anulación del decreto de pública utilidad y de su consiguiente aplicación material.

Subsección C. La Causa Petendi o Título

Para la doctrina procesal civil resulta de dos elementos fundamentales: la afirmación de un derecho (causa petendi activa) y la alegación de un estado de hecho contrario al derecho afirmado (causa petendi pasiva). En derecho procesal administrativo su aplicación es diversa: la causa petendi es la ilegitimidad del acto administrativo entendida como su contrariedad al ordenamiento jurídico. Esta afirmación es una consecuencia del fin del proceso contencioso administrativo como tutela de la esfera jurídica del ciudadano frente a la Administración Pública. Por ello el administrado puede alegar la violación de un derecho subjetivo o bien manifestar un interés a que la actividad administrativa se adecúe al fin público; necesariamente el interés protegido debe ser legítimo y no un simple o mero interés. La doble tutela da origen a dos tipos de procesos: si se alega el derecho subjetivo se tutela un derecho más perfecto (contencioso de plena jurisdicción) si por el contrario solamente se objeta el acto por violación de un interés legítimo, estamos en presencia del contencioso de anulación. La consecuencia lógica de ambos intereses es que cuando se hace uso del pleno contencioso, el administrado puede demandar el anulamiento total o parcial del acto administrativo y pretender el restablecimiento de su situación subjetiva vulnerada. Cuando se alega el interés legítimo la acción se encamina a declarar la nulidad del acto o disposición con efecto erga omnes.

Artículo 63:

“La sentencia que anule el acto o la disposición producirá efectos entre las partes y respecto de las personas afectadas por los mismos.

CAPITULO SETIMO

LA MODIFICACION DE LA COMPETENCIA POR RAZON DE LA CONEXION

El fenómeno procesal de la modificación de competencia por razón de conexión se produce por la relación que entre varias causas determina una desviación de la competencia propia de una de ellas. El "spostamento" puede ser originario: la causa conexa es propuesta contemporáneamente o junto a la causa principal; sucesiva: cuando propuestas separadamente las causas conexas, cada una delante al juez por ella competente, se produce la atracción de una causa, la conexa, hacia el juez de la causa principal. En Derecho Procesal Civil italiano se conocen diferentes tipos de modificación de competencia por razón de conexión (ver arts. 31 a 36 Código de Procedimientos Civiles). En doctrina se han establecido varios tipos de conexión entre causas; brevemente citaremos por cuanto en el proceso administrativo por la índole de la estructura del sistema jurisdiccional el problema es desconocido. (1) El problema ha sido estudiado con referencia a la acumulación de pretensiones civiles ante un mismo juez y en presencia de recursos cumulativos (ver capítulos anteriores).

Sección a) La Conexión por Accesoriedad

La accesoriedad es una relación de carácter sustancial por la cual a la pretensión que forma objeto de la demanda accesoria aún siendo autónoma tiene su título en la pretensión que forma objeto de la demanda principal, en términos tales que de su acogimiento ella depende (Cass. Ital. 15-764. N° 1904; 6-5-68 N° 1531). Ejemplos de accesoriedad: son los intereses, gastos y daños. No es accesoria sino consiguiente la restitución de la cosa por anulamiento o resolución o rescisión de un contrato. El vínculo que liga las dos acciones (principal y accesoria) comporta que la improponibilidad de la accesoria. Cass. Ital. 26-5 41 in Foro Ital. 42, 173.

(1) Mario Nigro "Dispense integrative de Lezioni andi Diritto Processual Amm. Facoltà di Giurisprudenza della Università de Firenze. 1971-1972. pág. 189.

Sección B. La Conexión por Garantía

Tiene su presupuesto en un obligo legal o contractual de importancia en la acción propuesta contra el garante. P. e. la garantía por evicción o garantía real, o bien del obligado solidario.

Sección c) La Conexión Objetiva

Se produce cuando varias causas contra varias personas son conexas por el objeto o por el título. La conexión por el objeto se refiere al presupuesto de que un mismo bien viene demandado contra varias personas. Por ejemplo el cumplimiento de una obligación, La consigna de una cosa mueble. La conexión por el título cuando único sea el hecho constitutivo de las diversas demandas. contra diversas personas.

Sección d) La Conexión por Prejudiciabilidad

Cuando propuesta una causa principal ésta viene atacada por el demandado con una cuestión prejudicial y ésta por ley o porque una de las partes así lo solicita viene decidida con eficacia de cosa juzgada. Por ejemplo la impugnación en vía incidental de la personería de un representante legal. Esta regla no es válida cuando la ley disponga diversamente (p. e. sólo dispone la suspensión del proceso hasta la decisión de la causa prejudicial, caso de argüirse falso un documento presentado al proceso. Este caso está contemplado expresamente en el art. 50 incisos 1 y 2 de la LRJCA; como sigue:

“La competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se extenderá a conocimiento y decisión de las cuestiones *prejudiciales* o *incidentales* no pertenecientes a la materia, directamente relacionadas con un juicio contencioso administrativo, salvo las de carácter penal.

2. La Decisión que pronuncie, no producirá efecto fuera del proceso en que se dicta, y podrá ser revisada por la jurisdicción correspondiente.

Sección e) Conexión por Compensación

Cuando el demandado-obligado al pago de una cierta suma interponga la excepción de compensación contra el actor.

Sección f) Conexión por Reconvencción

Lógicamente existe una conexión entre la causa principal y la reconvencción del demandado.

Sección g) Las hipótesis de la Litispendencia y Continencia de la Causa

a) Litispendencia.

Existe la conexión cuando la misma causa es propuesta delante de dos diversos jueces, el juez sucesivamente señalado, en cualquier estado y grado de la causa, aún de oficio, declara con sentencia la litispendencia declarando la cancelación del expediente del libro respectivo.

b) Continencia:

Hay continencia de una causa respecto a otra cuando las dos causas no son más que los fragmentos de una única causa, por tener idénticos los sujetos, la causa petendi y divergen solamente en cuanto al petitum. Por ejemplo: la solicitud de división de una cosa o la división de un patrimonio común más amplio.

Sección g) Criterio Determinante de la Modificación de Competencia en caso de causas conexas

Un último problema a considerar es el criterio determinante en virtud del cual se opera el “spostamento” de competencia, es decir, cuál es el juez competente para atraer el acto conexo. Se ha dicho que el juez competente del acto principal es competente para los actos conexos. Esta solución la establece el artículo 40 del C. P. C. de Italia.

“Se sono proposte davanti giudici diversi plú cause le quali, per regione di connessione, possono essere decise in un solo processo, il giudice fissa con sentenza alle parti un termine perentorio per la riassunzione della causa accesoria davanti al giudice della causa principale, e negli altri casi davanti a quello preventivamente adito. La connessione non può essere eccepita del'e parti né rilevata d'ufficio dopo la prima udienza, e la rimessione non può essere ordinata quando lo stato della causa principale o preventivamente proposta non consente l'esaustiva trattazione e decisione delle cause connesse”.

La institución de la continencia de la causa respecto a otra suministra otro criterio no desdeñable. Art. 39 C. P. italiano:

“Se una stessa causa é proposta davanti a giudici diversi, quello successivamente adito, in qualunque stato del processo, anche d'ufficio, dichiara con sentenza la litispendenza e dispone con ordinanza la cancellazione della causa del ruolo. Nel caso de continenza de cause, se il giudice preventivamente adito é competente anche per la causa proposta successivamente, il giudice di questa dichiara con sentenza la continenza, e fissa un termine pe-

rentorio entro el quale le parti debbono riassumere le causa davanti al primo giudice. Se questi non é competente anche per la causa successivamente proposta, la dichiarazione della cortineza e la fissazione del termine sono da lui pronunciate. La prevenzione e determinata della notificazione delle citazione”.

O seguir el tema francés de libre escogencia de la parte. En este caso la parte franciona su controversia delante a diferentes jueces; por ello debe el Tribunal prevenirle su reunificación delante al juez que ha sido llamado a resolver la primera causa. En el caso de que causas que presenten elementos de conexión y no son reunidos o acumulados en un mismo proceso (porque las partes le han propuesto separadamente o no se está en la hipótesis de reunión necesaria el Tribunal debe apreciar si es oportuno disponer la suspensión del juicio p. e. sobre el acto actuativo hasta el éxito del otro acto actuado). También sobre este punto siendo la LRJCA muda, no queda más que aplicarle los principios y las normas vigentes por el proceso civil en materia de suspensión del proceso.

CAPITULO OCTAVO

REGLAMENTO DE COMPETENCIA DE CAUSAS POR RAZON DE CONEXION

La noción de conexidad en derecho procesal administrativo está ampliando \times la facultad que se le otorga a un ente jurisdiccional Supremo (Consejo de Estado Francés) con el objeto de que se designe el juez competente para conocer de varias acciones conexas incoadas ante diversos tribunales de un mismo orden jurisdiccional. La institución tiene como fin agrupar las instancias diversas y conexas delante a un mismo juez. Ello evita la dispersión de litigios estrechamente ligados delante de jueces diferentes. Como se ha indicado en este trabajo, hay conexidad entre dos procesos cuando la solución de uno de los dos depende directamente y necesariamente de la solución dada al otro bien pueda influir sobre la solución dada al otro. Así no son conexas dos demandas formuladas la una contra un acto reglamentario, la otra contra un acto individual tomado en virtud del primero aún cuando el segundo recurso se funde esencialmente sobre un medio de ilegalidad de la primera decisión administrativa. Es conexas si los dos recursos son dirigidos contra las decisiones individuales. Actualmente nuestra LRJCA no resuelve la conexidad que pueda existir entre dos o más demandas presentadas sea, en cualquiera de los dos juzgados Contencioso Administrativos y Civil de Hacienda o bien la presentada ante cualquiera de los citados órganos judiciales y el Tribunal Superior Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. Cuando la ley fue promulgada, no existía más que un solo juzgado y el superior en grado —provisionalmente— lo contituían las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia. El criterio debía ser extraído del Código Procesal Civil, sin embargo creemos que se impone la reforma en adición de la ley, con el objeto de que se prevea el reglamento de conflictos que por razón de conexidad podría establecerse entre los diferentes órganos jurisdiccionales administrativos. Para ello debe dictarse una reglamentación de competencia al interior de la jurisdicción contencioso administrativa, por cuanto solamente sobre la base de un texto podría derogarse el principio según el cual la demanda debe ser juzgada por el juez competente.

A) *Conexidad entre Demandas presentadas delante los Juzgados Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda:*

Cuando en dos o más juzgados sean presentadas demandas conexas, cualquier juez, de oficio o a iniciativa de las partes puede elevar el proceso al Presidente del Tribunal Superior Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. Si este reconoce la existencia de la conexidad alegada designará el tribunal que conocerá de las dos demandas.

B) *Conexidad entre demandas presentadas delante al Tribunal Superior y los Juzgados Contencioso Administrativos*

Cuando el Tribunal Superior o uno de los Juzgados Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, les sean presentadas demandas conexas, el juez del Tribunal, de oficio, o a instancia de partes, puede elevar el proceso al Presidente del Tribunal Superior. Si la conexidad es reconocida, el Tribunal Superior tiene la facultad de resolver sobre las dos demandas conexas aún cuando excepcionalmente resuelva fuera de su competencia material.

BIBLIOGRAFIA:

- I. Textos y obras jurídicas costarricenses
Constitución Política de Costa Rica
Código Procesal Civil de Costa Rica
Ley Orgánica del Poder Judicial
Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Nº 3667 del 12 de marzo de 1966).
Revista Nº 12 del Colegio de Abogados
Tesis de doctorado del autor. La Jurisdicción Contencioso Administrativa de Costa Rica (Naturaleza, Extensión y Límites) Bordeaux, Francia. 1972
- II. Textos y Obras Italianas
SANDULLI ALDO M. L'Attività Normativa della Pubblica Amministrazione. Ed Jovene. 1974.
L'Atto Amministrativo Collettivo nel quadro dell' apello quantitativo degli atti giuridici. Jus. 1943. Obra in scritti giuridici per il centenario della Casa Ed. Jovene. Napoli. 1954.
Manuale di Diritto Amm. Tomos I y II. Napoli. 1973.
GUICCIARDI ENRICO. LA Giustizia Amm. Casa Editrice Dott. Milani. 1957.
Studi di Giustizia Amm. Editrice Torinese. 1967.
GIANNINI MASSIMO SEVERO. La Giustizia Amm. Jandi Sapi EDITORI. 1973.
Diritto Amm. Volumenes I y II. Ed. Giuffré. 1970.
CANNADABARTOLI EUGENIO. La Tutela Giurisdiziarla del cittadino verso la Pubblica Amministrazione. Ed. Giuffré. 1964.
NIGRO MARIO. L'apello nel Proceso Amm. Milano. 1960.
Lezioni di Diritto Processuale Amm. Dispense integrative. Firenze. 1971-1972.
BENVENUTI MARIO. L'eccezione nel Proceso Amm. Padova, 1953.
DI RENZO MARIO. L'eccezione nel Proceso Amm. Jovene. 1968.
VITO GIOCOLI Y DAMIANI DI VERGARA. Il Sistema delle Prove nel Proceso Amm. Ed. Giuffré. 1971.
MONTESANO LUIGI. Proceso Civile e Pubblica Amministrazione. In Trattato del Proceso Civile diretto de Francesco Carnelutti. Editrice A. Moreno. 1970.
FODERARO SALVATORE. Manuale di Diritto Pubblico. Padova. 1953.
MORTATI COSTANTINO. Istituzioni di Diritto Pubblico. Tomos I y II. Cedam. Padova. 1973.
ANDREOLI VIRGILIO. Lezioni di Diritto Processuale Civile. N 1. Jovene. Napoli. 1973.
SATTA SALVATORE. Diritto Processuale Civile. 8 Edizione. Padova. Cedam. 1973.
G. LAVAGNA. Comentarios a la Constitución Italiana. UTET. 1970.
BATTAGLINI MARIO E NOVELLI TOMMASO. Comentarios al Codice di Procedura Civile e Leggi Complementari. Giuffré Editore. 1973.
ALIBRANDI ANTONIO. (Comentarios). Codice della Giustizia Amministrazione.

tiva e degli organi ausiliari dello Stato e del Governo. Roma Casa Editrice
Stamperia Nazionale. 1973.
Massimario de Jurisprudencia del Consejo de Stato.
Foro Administrativo.

- III. Obra Española: González Pérez Jesús:
Derecho Procesad Administrativo. Tomo II. Madrid. 1966.
VI. Obra Francesa: André de Laubadere
Droit Administratif. Tomo I. L. G. D. J. 1970.

ALGUNAS ANOTACIONES SOBRE LA SOCIOLOGIA DEL DERECHO (*)

DR. JORGE ENRIQUE ROMERO PEREZ

(*) Con el título "La Sociología del Derecho en Max Weber" (San José: Imprenta Trejos. 1975), hemos escrito una monografía en la cual analizamos aspectos importantes de esta área del pensamiento. Tanto este artículo de revista como el citado ensayo deben verse como complementarios; y, lógicamente, pertenecientes, al mismo sector de la ciencia social.

Para la sociología en cuanto el "derecho" entra en consideración como objeto, no tiene que ver con la dilucidación del contenido de sentido "objetivo", lógicamente correcto, de "preceptos jurídicos", sino con un actuar, respecto de cuyos determinantes y de cuyas resultantes, naturalmente, revisten también importancia, entre otras, las representaciones de los hombres acerca del sentido y del valor de determinados preceptos jurídicos. La sociología sólo va más allá del constatar la existencia del hecho de tal representación de la validez en cuanto: 1) toma en cuenta también la probabilidad de la difusión de tales representaciones y 2) reflexionando acerca de si, en determinadas circunstancias que pueden ser precisadas, el hecho de que en la cabeza de ciertos hombres dominen determinadas representaciones, empíricamente dadas en cada caso, acerca del sentido de un precepto jurídico, representando como válido tiene por consecuencia que el actuar puede estar orientado racionalmente hacia ciertas expectativas y, por tanto, proporciona a individuos concretos chances determinados. Su conducta puede estar considerablemente influida por esa vía. Esta es la significación sociológica conceptual de la validez empírica de un precepto jurídico.

La función específica de la ciencia es: convertir en problema lo evidente por convención.

Max WEBER*

* (Citas tomadas de la obra ensayo sobre *La Metodología Sociológica* publicada por la Editorial Amorrortu, Buenos Aires, 1973, en la cual se publican varios ensayos de WEBER; págs. 188 y 233 respectivamente).

SUMARIO
NOTA

"Sólo hay dos formas de ser héroe del derecho: o muriendo por él o viviendo para él, y ninguna es posible mientras nos limitemos a enseñar la ciencia sin hacer conciencia, mientras creamos que es posible la conciencia sin la ciencia" (*)

Eduardo ORTIZ

(*) Discurso del Decano de la Facultad de Derecho, Prof. Eduardo ORTIZ, en ocasión del acto conmemorativo del sesquicentenario de la enseñanza del Derecho y del soterramiento de la primera piedra del edificio de la Facultad citada, pronunciado el 10 de diciembre de 1974.

SUMARIO

Nota.— I. Introducción.— II. La evolución de la sociología del derecho: A) Fases de desarrollo.— B) tendencias históricas.— C) Un punto de la evolución: el derecho como “sistema legal” III Posibles enfoques de la sociología jurídica: A) Preliminares.— B) “Perspectivas” sobre el derecho.— V. “Imágenes” sobre el derecho: normativa, conflictiva y procesal.— VI. objeto de la sociología del derecho: A) Preliminares.— B) Posibles “objetos” de estudio.— VII. El método de la sociología del derecho: A) Preliminares.— B) Los métodos de las ciencias sociales. C) Apreciación final.— VIII. Realización de la investigación sociojurídica: A) Preliminares.— B) Medios de pretensión de la información.— IX. Algunos posibles indicadores sociojurídicos.— X. El Proyecto “Derecho y Desarrollo” de la Universidad de Stanford.— XI. Nuestra observación es acerca de los papers Gutiérrez.— XII Tareas de la sociología del derecho: A) Delimitación del derecho en el campo del “control social”. B) “Tareas” de la sociología jurídica.— XIII. Ejemplos de temas tratados en la sociología jurídica: A) Preliminares.— B) “Antologías”.— C) Algunas áreas de investigación en el derecho costarricense.— D) Reflexión final.— XIV Consideraciones finales.

NOTA

Este trabajo sobre sociología del Derecho es un aporte a los actos de conmemoración del sesquicentenario de la enseñanza del Derecho en Costa Rica, que se celebraron los días 9, 10 y 11 de diciembre de 1974.

El día 9 de diciembre se programó la conferencia “LA SOCIOLOGIA DEL DERECHO EN LA ACTUALIDAD”, a cargo nuestro, en la Facultad de Derecho. Esta conferencia fue radiodifundida por “Radio Universidad” en ese mismo mes y año.

El cambio de nombre que se observa entre la conferencia y el trabajo presente se debe a que este último tiene una dimensión, en cierto sentido, distinta y más amplia.

EL AUTOR

NOTA

El presente libro sobre el Derecho del Estado es un aporte a los estudios de la ciencia del Derecho en el país. El autor ha procurado dar un panorama general de la evolución del Derecho del Estado en el mundo, para que los estudiantes de esta ciencia puedan tener una idea clara de su desarrollo y de su importancia en la vida social.

INTRODUCCION

El presente libro es un aporte a los estudios de la ciencia del Derecho en el país. El autor ha procurado dar un panorama general de la evolución del Derecho del Estado en el mundo, para que los estudiantes de esta ciencia puedan tener una idea clara de su desarrollo y de su importancia en la vida social.

A los estudiantes de derecho

I

INTRODUCCION

El tema de este trabajo es el de la sociología jurídica.

Hacer algunas reflexiones sobre este punto significa relacionar dos variables: derecho y sociedad. El orden en que se ubiquen tales variables poco importa, lo que interesa es destacar el hecho de la íntima unión que existe entre ambas.

Al celebrar los 150 años de la enseñanza del Derecho, es conveniente decir algunas ideas sobre la trabazón dada entre la realidad social y el *ius*.

Se podría estructurar esta charla en base al criterio fácil de precisar lo que fue la sociología del derecho; o, lo que en este momento, se esboza como tal disciplina. También se puede plantear este tema desde el ángulo de las ideas más relevantes que la han ido jalonando. Ello nos daría un breve resumen de lo que se ha entendido por esta corriente del pensamiento. Esta línea de razonamiento con todo y que es sencilla, de poca altura intelectual, tiene la utilidad de permitirnos contar con el vistazo general de lo que se entiende por "sociología jurídica", sociología del derecho, sociología jurisprudencial, derecho viviente, sociología del realismo sociológico, etc, de acuerdo a las perspectivas que se asuman y de las intenciones del investigador, además de sus marcos de referencia.

Así fijada nuestra manera de enfocar este punto, abordémoslo de la forma que estimemos adecuada; recordando que, como se ha dicho, el jurista de nuestros días no puede dar un paso sin hacer labor de sociólogo, desde cierto ángulo de ver el fenómeno.⁽¹⁾

Recordemos además, que en términos generales, en América Latina la sociología jurídica ha sido poco tratada y que actualmente tanto los juristas como los sociólogos le dedican un escaso interés. Tal vez, esta actitud, se explique con base en el argumento de que para los abogados es insuficientemente rentable dedicarse a estudios del citado campo del conocimiento humano; y, con respecto, a los que cultivan la sociología, éstos pueden considerar que el área de la sociología política o de la sociología económica es más sugestiva y contribuye adecuadamente a promover el cambio social de las arcaicas estructuras

(1) CASTRO ORELLANA, José Rodolfo. *Justificación de la sociología jurídica*. ("Revista de Derecho". Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador. Epoca III. N° 1. Junio de 1973. Pág. 84. Se trata de una idea de GURVITCH que CASTRO cita).

de poder latinoamericanas. Lo cierto del caso, es que el estereotipo que existe sobre la sociología del derecho contiene la imagen de reflexión improductiva o filosófica sobre el fenómeno jurídico.

Indudablemente que este contexto deviene en perjuicio de la intensidad de los trabajos teóricos y de campo relativos a la sociología legal o jurídica.

Por su formación sociológica, en lo atinente a los sociólogos de orientación marxista o marxóloga (según corresponda) se da un desinterés por el estudio de la Ley, de los Tribunales y de la Administración Pública. La temática de la dependencia, del imperialismo, de la lucha de clases, etc., está a la orden del día en los estudios de los sociólogos latinoamericanos. Ello resulta explicable en el medio ambiente político en que se encuentran inmersos: oligarquías, militares, plutocráticas, eclesiásticas; grupos sociales de la clase alta al servicio de las élites de poder de los "países ricos"; persecución y muerte de los intelectuales críticos de cada régimen político imperante, etc.

Así, pues, por razones entendibles el sociólogo que no está al servicio y bajo salario de los respectivos gobiernos de América Latina, colaborando en la dominación ejercida por las oligarquías nacionales; como también el sociólogo que no está al servicio de partidos políticos de esas oligarquías, se torna en un crítico de su sociedad y de las relaciones de poder en ella cristalizadas. La atracción del fenómeno político y del económico se hace sentir sobre este sociólogo marxista o marxólogo.

En parte, por lo anteriormente dicho, y también por otros motivos, este sociólogo impugnante del *establishment* muestra un interés muy débil por la sociología de la religión, la sociología del arte o la sociología del derecho. Una idea explicativa sobre este hecho podría ser aquella que indicara que esto sucede de ese modo, por cuanto este intelectual se ha venido preparando a lo largo de su formación en sociología política, relevantemente, y de manera subsidiaria, en la esfera de la sociología económica. Asimismo, es presumible que este sociólogo tenga una actitud de indiferencia o de desprecio por los abogados, por los jueces (es decir, por todos aquellos actores del drama jurídico —en sentido amplio—) al igual que con respecto al hecho integral del Derecho. Agreguemos que en los casos en que tales sociólogos no son abogados, carecen de la formación del jurista para entender, comprender y analizar el mundo del Derecho, que como todo orbe, tiene su propia lógica, su propia dinámica, su propia estructura y función.

Desde el ángulo del jurista que trata de hacer sociología del derecho, se da la circunstancia de que su ausencia de formación sociológica le impide o le limita al análisis idóneo de esta sección del conocimiento.

En este pequeño estudio, trataremos de dar una visión teórica de la sociología jurídica, a la vez que auscultaremos brevemente la realidad costarricense, que es la que directa o inmediatamente nos interesa. A lo largo de estas cuartillas se verá si el intento resulta frustrado; o, al menos, incipientemente realizado.

I I

LA EVOLUCION DE LA SOCIOLOGIA DEL DERECHO

A. Fases de Desarrollo

En la sociología del derecho se pueden delinear tres etapas básicas de desarrollo:

a) Etapa primitiva o misionera:

En esta primera etapa o fase, se echan las bases de lo que en el futuro vendría a ser la sociología jurídica, como una parcela específica de la sociología o del derecho, según se tome una perspectiva u otra.

Esta fase está caracterizada por análisis teóricos no del todo sistematizados, que apenas abrían la senda del área en cuestión. Apenas se echan los cimientos de la temática de esta sociología especializada en los fenómenos jurídicos.

A esta fase pertenecen algunos de los juristas importantes de fines del siglo XIX en los Estados Unidos de América, influidos por un sector del pensamiento europeo de ese siglo, como también por la sentencia de ciertos jueces del indicado país.

b) Fase del artesanado sociológico:

En esta etapa, el sociólogo trata de plantearse los problemas de la relación entre "derecho y sociedad" desde su perspectiva específica, con sus propias técnicas y métodos.

Parece que el desenvolvimiento de la sociología del derecho actual apunta hacia esta fase.

c) Fase de la madurez:

En este período el objetivo es la consolidación y la institucionalidad de la disciplina "sociología del derecho", como una rama autónoma y específica de la sociología general. (1).

(1) Philip SELZNICK. *The Sociology of Law*, en "Sociology Today". Merton and Cottrell, ed. New York, Harper, 1965, Vol. I, Págs. 115 a 127. También, en "Law and the Behavioral Sciences", compiladoras Lawrence FRIEDMAN and Stewart MACAULAY. The Bobbs-Merrill Co. U.S.A. 1969. Págs. 2 a 17.

De las etapas dichas nos interesa auscultar, brevemente, la segunda de ellas; es decir, la del "artesano sociológico", ya que en ella es la que, todo parece indicar, los sociólogos desean penetrar. De acuerdo a la tónica de esta segunda fase "artesanal", se puede decir que el derecho es, en sí mismo, un fenómeno social, una agencia importante del control social.

Tal es el punto de partida que se debe tener presente.

Ahora bien, en esta segunda faceta, el esfuerzo principal consiste en aplicar el análisis sociológico a problemas particulares de doctrina legal y de instituciones legales.

Al relacionar el derecho con la sociedad, y al indicar que la sociología del derecho puede hacer énfasis en el derecho como agente de control social, y plantear el tema sobre la organización social, nos damos cuenta de la importancia que tiene, heurísticamente, el análisis sociojurídico para explicar el tinglado y la trama de la estructura social global. En esta línea de razonamiento, se puede preguntar, por ejemplo, cuáles son los límites del derecho como instrumento de control social? No hay duda de que la respuesta que se le da a esta pregunta tiene un alto significado para comprender lo "Social" y lo "jurídico".

Esta segunda fase, con respecto a la primera, enfatiza la presencia del sociólogo, como es obvio.

Las raíces más directas, expresa este autor, de la sociología del Derecho de los Estados Unidos de América, se encuentra en la filosofía del Derecho. Su período más distinguido tuvo lugar alrededor del siglo pasado en Harvard. Aquí, tres nombres destacan: Roscoe POUND, Louis D. BRANDEIS y Oliver WENDELL HOLMES Jr.

Por lo que hace a POUND se puede indicar que sus artículos son los de corte más sociológico: "The limits of Effective Legal Action", "The causes of Popular Dissatisfaction with the administration of Justice"; aunque el más citado es HOLMES Jr., como es sabido.

B) Tendencias históricas

Por lo que hace a las posibles tendencias históricas que se pueden ver en el desarrollo de la sociología del derecho, las mismas son las siguientes:

a) Fines del Siglo XIX y principios del Siglo XX.

Su foco directriz es la Universidad de Harvard. Aquí, el pensamiento en la teoría general del derecho se rebela contra las ideas analíticas e históricas, sugiriendo el estudio del derecho en acción.

b) Movimiento de los "realistas legales", quienes se destacan en trabajos empíricos. Se pueden citar los nombres de Karl LLEWELLYN y Jerome FRANK.

c) Luego de la II Guerra Mundial. Es la fase de las donaciones de las grandes fundaciones. Por ejemplo: la Facultad de Derecho de Yale recibió más de medio millón de dólares para su programa de derecho y ciencia del comportamiento.

d) Período de estudio e investigación en pequeña escala.

En esta fase se subraya la importancia que tiene el ahondar las relaciones del derecho con la organización social, merced a las conclusiones obtenidas en tales trabajos de pequeña escala. (2).

c) Punto de la evolución: El derecho como "sistema legal".

Para Evans, un sistema legal consiste, por lo menos de:

- Un cuerpo de normas que gobiernan las expectativas y acciones de los miembros de un sistema social dado.
- Un set de status especializados, a los cuales diferentes funciones normativas están asignadas.

Así, también, por lo que atañe a los elementos estructurales de un sistema legal es posible construir varias tipologías —añade EVAN—, entre ellas, éstas:

- Sistema legal público: tiene lugar en las estructuras formales del Estado (los denominados "Poderes" Ejecutivo, Juridiccional y Legislativo).
- Sistema legal privado: se ubica en una organización formal relativamente independiente del Estado. (3).

Esta clasificación se refiere a lo que se conoce como la Administración Pública y la administración privada o sector de los entes privados.

Se debe entender por sistema legal tanto el aspecto estructural o composición de sus elementos formativos, como la fase dinámica de cada sistema legal, es decir, las funciones o tareas asignadas a cada uno.

Por lo que respecta a Sumner, se puede decir que es un clásico de la sociología del derecho, en virtud de su conocida clasificación de

(2) Jerome H. SKOLNICK. *La sociología del derecho en los Estados Unidos: visión panorámica y tendencias*. En "Law and Society", a supplement to the Summer Issue of Social Problems, Summer, 1965, págs. 4 a 39.

(3) William M. EVAN. *Sistemas Legales Públicos y Privados*. En "Law and Sociology", W. EVAN, ed. New York. The Free Press of Glencoe. 1962. Págs. 156 a 184.

los elementos integrativos del control social: *folkways, mores and law*. Para este pensador, las *costumbres* son el "buen modo" de satisfacer todos los intereses, porque son tradicionales y existen de hecho. Se extienden a todos los aspectos de la vida. Así, la "buena" costumbre es la de los antepasados; la tradición de su garantía.

De acuerdo a su modo de proponer su razonamiento, el autor de marras, expresa que las *leyes e instituciones* tienen carácter racional y práctico, y son más mecánicas y utilitarias que las *mores*, a las cuales es inherente el elemento del sentimiento y de la fe.

La notable diferencia que se puede hacer entre ellas, es que las *leyes* y las *instituciones* son de índole positiva, mientras que las *mores* son indefinidas e informadas.

Precisando, aún más, podemos decir, indica dicho escritor, que las *mores* son los modos de hacer las cosas corrientes en una sociedad, para satisfacer necesidades y deseos humanos, incluyendo las creencias, las nociones, los códigos y los "*stands*" de bienestar inherentes a los modos y que tienen una conexión genética con ellos. En virtud de este último elemento, las *mores* son rasgos del carácter específico ("*ethos*") de una sociedad o un período. (4).

Indica EVAN que el derecho surge no sólo para *codificar* las costumbres, los preceptos cotidianos o las *mores* existentes, sino también para *modificar* el comportamiento y los valores existentes en una sociedad particular.

Así pues, de conformidad con el citado EVAN, la concepción del derecho como una codificación de costumbres, preceptos cotidianos o *mores* existentes, implica una función relativamente *pasiva*. De otro lado, la concepción del derecho como un medio de cambio social, es decir, como un potencial modificador de conductas y creencias, implica una función relativamente *activa*. (5).

Claro está que no se puede decir que prevalezca una tónica sobre la otra. Son dos modos complementarios de analizar el fenómeno jurídico. Como todo hecho social, el Derecho presenta un aspecto relativamente estático y otro, relativamente, dinámico. Por un lado, el anhelo de permanencia y seguridad que mueve a los llamados "legisladores" a crear normas jurídicas; y, por otro lado, la dinamicidad de la sociedad, que obliga a los elaboradores de la ley a fabricar nuevas normas de derecho y a modificar las existentes a los requerimientos sociales del presente. En fin, se trata de esa concepción *janista* de lo social: lo estático conjugado con lo cambiante. Tal vez dicho de otra forma: las básicas estructuras sociales (políticas, económicas, religiosas, etc.) exigiendo contenidos que se acomoden mejor a cada momento histórico.

(4) William Graham SUMNER *Los "Folkways" y las "mores"*. "Los pueblos y sus costumbres". Guillermo Kraff editorial. 1948. Buenos Aires. Págs. 13 a 122.

(5) William M. EVAN. *El derecho como instrumento de cambio social*. En "Applied Sociology; opportunities and problems". Goulner and Miller, ed. New York. Free Press. 1965. Págs. 285 a 293.



III

POSIBLES ENFOQUES DE LA SOCIOLOGIA DEL DERECHO

A. Preliminares

De conformidad con lo anterior podría indicarse que una corriente de pensamiento sería la que señalaría que la *función* del derecho es de control social, y el mayor problema es el de diseñar sanciones legales para minimizar las desviaciones en el seno del grupo y mantener la estabilidad social. Asimismo, también, cabría exponer que el derecho no es solamente reflejo de costumbres existentes, sino, una potencial e independiente fuerza social que puede influir en comportamientos y creencias como un instrumento de cambio social.

Se han dado diversas maneras de enfocar el tema de la sociología del derecho. Son modos de pretender perfilar la relación dialéctica entre la organización social y el derecho. Intentos interesantes y que cada uno, desde su ángulo, fija su atención en puntos estratégicamente relevantes de la cuestión.

Como bien afirma Jean CAZANEUVE, el elemento común que se encuentra en los intentos por enmarcar la sociología jurídica, consiste, tal vez, en la referencia a un grupo social como marco en el que nacen y se aplican las leyes (6). Añadiendo, que bien es cierto que hay que entender, además, dentro del análisis que se realice en este campo de la investigación sociológica, que el derecho positivo queda muy lejos de expresar todo el peso de la cohesión social. Precisando que, ciertamente la puesta en clave sociológica de los hechos jurídicos lleva a enfocar bajo una nueva perspectiva el problema, ya clásico, pero siempre pujante, de las fuentes, de la elaboración y de la aplicación del derecho. (7).

Dentro del contexto de este apartado cabe citar a Nicos Ar. POULANTZAS, doctor en derecho y profesor de la Facultad de Derecho y de Ciencias Económicas de París, quien sostiene que la for-

(6) J. CAZANEUVE. *La Sociología Jurídica*, parte del capítulo III "Los grandes sectores de la investigación", de su libro *Guía del estudiante de sociología* (Barcelona: Península. Serie 'Universitaria', N° 111, págs. 108 y 109. 1974. 1ra. Ed. en español).

(7) *Idem.*, pág. 109.

ma de señalar la diferencia, de enfoque, entre la filosofía del derecho y la sociología jurídica, es precisando que la primera es una disciplina que se ocupa de la validez y certeza de las normas jurídicas; mientras que la segunda, tiene como objeto de estudio el análisis empírico, científico y objetivo de la realidad objetiva. Así, la filosofía del derecho, es una disciplina normativa, en el tanto que la sociología del derecho es de carácter factual. Lo que lleva a este autor a indicar que la distinción entre ambos puntos de vista se puede fincar en que la tendencia filosófica incide sobre los valores; y, la corriente sociológica, sobre los hechos, es decir, se está frente a una ciencia de los hechos. (8).

B) Perspectivas sobre el Derecho

Luego de esta breve introducción a este apartado, veamos una serie de perspectivas que se han dado sobre la sociología del derecho:

a) El historicismo:

Se preocupa de relacionar las ideas e instituciones con sus raíces históricas; tendiéndose a considerar las pautas de evolución legal como resultados no previstos de las fuerzas sociales.

Ejemplos de este enfoque: "Ancient Law", escrita por Henry MAINE. "De la division du travail social", elaborada por Emile DURKHEIM; y, "Common Law", de Oliver Wendell HOLMES.

b) El "instrumentalismo":

Aquí, el derecho es visto como un "instrumento" mediante el cual se pretende alcanzar un conjunto de propósitos específicos y generales. Dentro de este modo de ver las cosas, se indica que el derecho puede ser interpretado y sujeto a revisión en función de un cambio en las circunstancias en las que el mismo se desarrolla.

Ejemplos: BENTHAM, VON JHERING, Roscoe POUND.

c) El antiformalismo:

En esta tesis se cita, frecuentemente, a Eügen EHRLICH. Su obra "Grundlegung der Soziologie des Rechtes", publicada en alemán en 1913; y, traducida y publicada en 1962, al inglés, se considera como la sistematización clásica de la sociología del derecho.

(8) N. POULANTZAS *Nature des choses et droit. Essai sus la dialectique do fait et de la valeur.* (París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Bibliothèque de Philosophie du Droit. Vol. V. Págs. 172 y 173. 1965).

También podemos recordar lo que expresaron BROOM y SELZINCK, con relación a este tema (9). Según éstos, el derecho es una de las principales instituciones de la integración social (10). Es decir, los grupos humanos obtienen un grado específico de unión e integración merced a los mecanismos y normas jurídicas, que hacen que los miembros de cada grupo humano sepan a qué atenerse (de acuerdo a los filósofos del derecho, se lograría así el valor "seguridad". Se lograría por medio del derecho un valor determinado del nivel de cohesión social, entendiendo por este concepto, al menos dos cuestiones: i) como una acción o proceso que impulsa a los individuos a ligarse a otros sujetos para formar la unidad social correspondiente por medio de la socialización. Este enfoque parte del supuesto de que el hombre, de modo inherente, es sociable, y asimismo, de forma natural, busca la socialización y se allana a ella. En fin, parte de la creencia de que el hombre es societario *per nature*. ii) Se puede estimar que el concepto indicado es el resultado de la ya existente estabilidad de un grupo social; y, que, a la vez genera nuevas formas de cohesión social. (11).

Desde su propio ángulo RADBRUCH manifiesta que se trata del fin del derecho. Y, que la seguridad jurídica, como uno de los objetivos del derecho, nace como una respuesta ante la cuestionable y polémica circunstancia que plantea el valor "justicia". Así, ante la imposibilidad de definir el derecho justo, hay que conformarse con estatuir el *ius*. Estatuirlo a través de un poder que tenga la fuerza suficiente y necesaria para imponer ese derecho estatuido. De esta forma, se dice que no es otra la justificación del derecho positivo, pues, la exigencia de la seguridad jurídica sólo puede ser cumplida por medio de la positividad del derecho. (12).

Al mencionado jurista le interesa que el derecho, concebido dentro de los cánones de la seguridad jurídica, cumpla con estos requisitos:

- 1) Que sea positivo, o sea, estatuido en leyes, en normas jurídicas.
- 2) Que ese derecho estatuido, sea un *ius* seguro, en el sentido de que corresponda a la realidad social; que sea consistente y congruente con su respectivo referente empírico.

(9) BROOM, Leonard. SELZINCK, Philip. *Sociología.* México: Compañía Continental S. A. C.E.C.S.A. 1972. Pág. 477.

(10) *Idem.*

(11) DEL CAMPO Salustiano (director). *Diccionario de Ciencias Sociales.* (Madrid: Instituto de Estudios Políticos. Redactado bajo el patrocinio de la UNESCO. Comité Editorial: Salustiano DEL CAMPO; Juan F. MARSAL y José A. GARMENDIA. 1975. Págs. 435 a 437).

(12) RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho.* (México: Fondo de Cultura Económica. F.C.E. 1955. Págs. 33 y 40).

- 3) Que las normas jurídicas sean redactadas con criterios sólidos, que le den un margen de estabilidad y permanencia adecuados al tenor de los objetivos de cohesión social y de seguridad normativa (13).

También se puede señalar que el derecho es un mecanismo público e institucionalizado para resolver controversias o conflictos dados en los grupos sociales y en la sociedad global. Asimismo, cabe indicar que el reconocimiento que goza la estructura jurídica de una sociedad presta coherencia, regularidad y adaptación a las formas sociales y a los códigos de conducta *lato sensu*. La Ley deviene, así, en un instrumento especial y eficiente que sustenta y alienta la organización social al definir el marco de acción en el cual pueden los sujetos moverse y del que depende toda una relación significativa de expectativas. Por ello, se ha afirmado, que el *orden legal* es algo más que un sistema de normas o de reglamentación de conductas humanas. Es, además de eso, un conjunto de estructuras y de relaciones normativas que deben responder a necesidades, presiones y aspiraciones (14).

Como certeramente escribe CARBONNIER, se tiene como fundador de la citada disciplina intelectual a EHRLICH (1862-1923), en la medida en que meridianamente señaló que el centro de gravedad del desarrollo del derecho no reside en la legislación ni en la jurisprudencia, sino en la sociedad. (15).

Esta corriente se denomina "antiformalista" por cuanto critica las corrientes ancladas en las meras abstracciones legales, determinativas de concepciones exclusivamente formales o "puras" del Derecho. (16).

d) El pluralismo jurídico:

Se sostiene en esta tesis, que el Derecho surge de la sociedad en conjunto, de todos los elementos que la componen, y no sólo de los órganos estatales.

Este modo de enfrentarse al problema que tenemos entre manos, se suele subdividir, a su vez, en varios aspectos:

i) El de los 'roles':

En este sentido se podría hablar de una sociología jurídica de las "profesiones", de conformidad con el "papel asignado" a cada sujeto dentro de cada sistema legal. Se trataría de un análisis integral

Gustav RADBRUCH. Op. cit., pág. 40.
BROOM y SELZINCK, idem. Pág. 477.
Jean CARBONNIER. *Sociologie juridique*. (París: Armand Colin. 1972. págs. 86 y 87).
Idem., pág. 86.

en este campo se estudia el "papel" o "rol" de los sujetos ligados al derecho: juez, notario, abogado, diputado, profesor de Derecho, etc., de la inter-acción entre el "status" y el "rol" y su íntima vinculación con el actor que los desempeña.

Aquí se analizaría la relación entre el "status-rol" con el actor que los desempeña, en todos sus aspectos sociológicamente relevantes.

ii) El de las organizaciones:

En este campo el estudio versa acerca de las estructuras organizacionales de las cuales dimana el derecho o en las que la norma jurídica se encuentra íntimamente ligada. Es un análisis de las burocracias u "organizaciones" en las cuales se fabrica o elabora el derecho, se ejecuta, se interpreta, se difunde. Así, se puede hablar de las estructuras burocráticas del Poder Jurisdiccional, Legislativo, Ejecutivo, Facultades de Derecho, bufetes de abogados, notarías, etc.

El enfoque parte de un análisis organizacional. Perfila y concreta las relaciones estrechas entre la burocracia y los actores ligados al derecho, en un sentido o en otro. En fin, un auscultamiento que se podría llamar, convencionalmente, "burocracia jurídica".

iii) El normativo:

En este punto la relación que se establece es entre el conjunto de normas legales y los valores que ellas realizan o pretenden cristalizar.

Asimismo, se analiza la relación no sólo de "valores-normas", sino también de "intereses económicos, políticos", etc., y las normas jurídicas. Estos elementos ideológicos (definiendo "ideología", como conjunto de ideas encaminadas a proteger o defender ciertos intereses —del tipo que sean—, generalmente de la clase alta de la sociedad) pueden ser "manifiestos" o "latentes"; es decir, mostrarse de una manera abierta o de modo encubierto y sutil.

Se trata de un estudio ideológico. Se podría, tal vez, hablar de las "ideologías jurídicas". Este enfoque presenta una función des-enmascaradora; o sea, muestra el juego de intereses que se mueven detrás de las normas jurídicas.

iv) El institucional:

este modo de ver las cosas, define al derecho como una institución más de las ya existentes en la sociedad, encargada de regular la integración social y de resolver los conflictos "manifiestos" y "latentes" en el seno de la misma. Para cumplir con estas funciones (17) encargadas al sistema legal, éste debe:

(17) Hay que tener presente la diversidad de acepciones que tiene la palabra "función". En cierto modo, se puede decir que se trata de un "concepto sociológico indeterminado", que adquiere su sentido preciso dentro del respectivo contexto del investigador de turno y de su especialidad.

- a) legitimizar sus normas
- b) interpretar sus leyes,
- c) aplicar sanciones, en el caso de transgresión de las normas,
- d) determinar las diversas jurisdicciones.

La medida en que pueda (o no) obtener lo anterior vendrá dado por la relación del *sistema legal* con otras instituciones de la sociedad.

Se trata, pues, de un enfoque "institucional": el derecho es una institución social entre el conjunto de las ya "vivientes" en la sociedad.

v) *El metodológico:*

este nombre viene de un trabajo de campo que se efectuó en los Estados Unidos de América.

Trata tal investigación de un proyecto de estudio de jurados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago.

William EVAN, en su obra de compilación "*Law and Sociology*" (editada por The Free Press of Glencoe, New York, 1962) lo bautizó con este nombre. De conformidad con este enfoque, se tiende a comprender la dinámica del juicio oral con jurado mediante el uso de los conocidos "juicios-tipos". Este proyecto fue financiado por la Fundación Ford y lo dirigió el Prof. Harry KALVEN, Jr., siendo publicado por la "Little Brown and C^o", de Boston, en 1959.

Este tipo de investigación "prefabricado" —en este caso 'jurados'— ha sido muy utilizado en metodología de las ciencias sociales. Una de las formas posibles, en esta modalidad de investigación es la de construir casos típicos o de laboratorio para observar su comportamiento. (18).

(18) Un resumen de estos "posibles enfoques de la sociología jurídica", lo presentamos al Congreso Centroamericano de Sociología, celebrado en San José de Costa Rica, en el mes de marzo de 1974.

IV

LAS "FUNCIONES" DEL DERECHO:

¿PARA QUE SIRVE LA NORMA?

Se han dado una serie de respuestas a la pregunta indicada (¿para qué sirve el derecho?). En este lugar señalaremos que el derecho o la norma legal, puede servir, entre otras cosas, para:

- 1º) solucionar 'ordenadamente' los conflictos surgidos en el seno de la sociedad.
- 2º) Constituye un elemento integrador de la sociedad. Este enfoque debe ser complementado con aquel que afirma que el cambio social tiene como uno de sus vehículos al derecho.
- 3º) Mantiene el orden público.
- 4º) Facilita la acción cooperativa.
- 5º) Fija expectativas legítimas a los sujetos.
- 6º) Confiere legitimidad.
- 7º) Comunica normas de conducta y con ello fortalece el proceso de la socialización.
- 8º) Legitima la autoridad establecida.
- 9º) Sujeta la acción humana a reglas uniformando conductas.
- 10º) Institucionaliza el cambio social.
- 11º) Expresa y modula los usos sociales y las costumbres.

Haciendo un análisis somero de cada uno de los anteriores aspectos de la cuestión podemos decir lo siguiente:

1) El derecho sirve para ponerle solución, de un modo ordenado, a los conflictos sociales. Es el Poder Jurisdiccional el en-

cargado de resolver los litigios sociales presentados ante los tribunales respectivos que componen este Poder, de conformidad con la tesis de MONTESQUIEU (1689-1755), expuesta en su conocida obra "El espíritu de las leyes" (1748). De acuerdo con la expresión ya clásica, este "poder", "juzga" y hace ejecutar lo juzgado". Así, la antigua venganza privada se ha sustituido por un poder público encargado de dirimir los choques producidos en el seno de la sociedad. Por supuesto, que no todos los conflictos se resuelven ante los tribunales que administran el derecho. Se dan, también, arreglos "extrajudiciales", con el fin —entre otros— de evitarse la lentitud de los juicios o procesos.

Al respecto cabe indicar que en algunos países se han hecho estudios de campo que han partido de la hipótesis de que conforme una Nación se desarrolla económica y socialmente, se da una disminución relativa de la propensión a llevar conflictos a los tribunales. Un ejemplo de estos trabajos lo constituye la obra del abogado y sociólogo español José Juan Toharia, profesor de la Universidad Autónoma de Madrid, del Departamento de Sociología. Sus estudios los ha bautizado con los nombres de "Los indicadores sociales a debate. Indicadores en sociología del derecho". (Madrid: Euroamérica. 1972. Obra colectiva dirigida por el sociólogo español Salustiano DEL CAMPO URBANO. 1972) y *Cambio jurídico y vida jurídica en España*. 1900-1970. (Madrid: Edicusa. 1974).

2º) *La integración social por medio de las normas jurídicas*. Los instrumentos del control social (costumbres, moral, religión, la moda, los usos, el derecho) tienden a obtener y lograr el equilibrio y la estabilidad en la sociedad. Así, el derecho pertenece al campo del control social y es un elemento vital del mismo. Recordamos aquí, que la expresión "control social" fue introducida a la teoría sociológica por el sociólogo estadounidense Eduard A. ROSS, en su libro *Social Control* publicado por la *Mc Millan* en 1901. Este intelectual empleó este término para referirse a una dominación social voluntaria y planeada para cumplir una función en la sociedad. Charles M. COOLEY en su obra *Human Nature and the social order*, editada por la casa *Scribner* en 1902, hace énfasis en el hecho de las presiones de los grupos sobre los individuos, con el objetivo de que éstos asuman determinadas conductas, no sólo al tenor de la norma jurídica, sino —además— de todo ese complejo mundo de las costumbres⁽¹⁹⁾.

Al respecto afirma BOTTAMORE que aunque se suponga que el derecho está fundado en sentimientos morales y esté influido por el marco institucional de una sociedad, gracias a la precisión del *ius* y su régimen de castigos o sanciones, da al comportamiento humano un grado de certeza que ningún otro tipo de control social puede alcanzar⁽²⁰⁾.

(19) Diccionario de Ciencias Sociales, Op. cit., págs. 552 y 553.

(20) BOTTAMORE, T. B. *Introducción a la Sociología*. (Barcelona: Península, 5ª Ed. 1972. pág. 251).

Como esencial mecanismo de control social, que es el derecho, (con todo un sistema de sanciones, que incluyen la pena de muerte en aquellos países en que todavía lo presentan —como los Estados Unidos de América y España—) los individuos ven integradas sus conductas dentro de los patrones que prefije la norma jurídica. Claro está, que no se da una adaptación mecánica y automática de la conducta humana a la ley. Los hombres no son robots. Pensemos en el tema de la *anomia* o desviación de la conducta de los cánones prefijados al actor. De toda suerte, se dan dos explicaciones extremas sobre la relación de las normas jurídicas y los individuos. Aquella, que sostiene que las personas cumplen con la ley porque creen en ella y hay un conceso positivo y favorable acerca del orden legal; y, la otra corriente que expresa que los individuos se acomodan a la ley, en vista de que no les queda otro camino, dado el régimen de sanciones existente por los que violan la Norma. Probablemente lo que se da en la realidad es una presencia de las dos ideas: un miedo al castigo, por el incumplimiento de la Ley y cierto grado de aceptación de la norma jurídica. De todos modos, estamos en un punto cuestionable y de difícil solución, en cuanto a su "detectamiento" certero.

3º) Mantiene el orden público.

Se sostiene que la Ley contribuye a mantener el llamado orden público"; que se identifica, frecuentemente, con el *statu quo*.

Desde este ángulo de la cuestión se podría indicar que el derecho tiene una función conservadora en la sociedad; o sea, la de mantener las estructuras políticas, sociales, económicas, etc. vigentes. Se trata de la apología del sistema social imperante. De esta forma, entramos en la tesis o enfoque marxista, de que la Ley es un instrumento de dominación en manos de la clase dominante o hegemónica de la sociedad. Por supuesto, que una de las tareas más importantes que tienen los grupos detentadores del poder, es la de manipular y fiscalizar el ejercicio del control social, en cualquier sociedad.

Con todo y que lo que se podría llamar la *oligarquía* de cada sociedad trata a todo trance de mantenerse en el poder y usufructuario, el cambio social se da. La sociedad se transforma a pesar de los grupos dominantes y contra éstos. Por supuesto, que hay cambios sociales orientados y dirigidos por la oligarquía en su específico beneficio. Cuando, fruto de un cambio social frusco y profundo, se da un cambio total o parcial de la oligarquía gobernante, asimismo, se opera una mutación en las normas jurídicas tendiente a legitimar a los emergentes grupos de poder.

De todo lo anterior resulta, que se puede enunciar que el derecho es un instrumento de control social, que como tal instrumento puede ser usado por los hombres para generar cambios o para mantener las estructuras sociales imperantes.

Uno de los problemas que se pueden plantear aquí, es el relacionado con la definición de "orden público". Muchas veces, los

políticos en ejercicio hablan de la "ley y el orden", en el sentido de que hay que mantener y defender el *statu quo*. La definición de ese "orden" la hacen los beneficiarios del poder. Son éstos los que conceptúan lo que debe entenderse por "orden público" y configuran el contexto en el cual ese *orden* es puesto en peligro; a la vez, que indican cuáles son los medios para protegerlo y salvaguardarlo.

En términos muy generales se puede señalar que por "orden público" cabe entender el proyecto político vigente dado en concreto momento histórico de una sociedad. A veces, se le denomina *statu quo* o *establishment*. Se trata de la estructura social global plasmada en unas específicas coordenadas del tiempo y del espacio.

4º) Facilita la acción cooperativa

Otra de las funciones asignadas al derecho es que facilita la acción cooperativa. Con esto se quiere decir que los esfuerzos de cooperación se hacen más racionales y sistematizados mediante la utilización de normas jurídicas. Algunas veces se ha afirmado que la sociedad es posible gracias a la cooperación humana; es decir, partir del supuesto contrario de la competencia y de la lucha no lleva a la conformación de grupos sociales, sino a su destrucción o a su desintegración. Así, se hace necesario un mínimo de consenso y de cooperación para la existencia de la sociedad; aunque ya se sabe que el antagonismo social también está presente en la dialéctica estructural y relacional de lo social.

5º) Fijación de expectativas legítimas a los sujetos

El sistema social global fija expectativas a los sujetos. Cabalmente se da, también, una relación entre medios y fines. Entre los objetivos que se puede proponer alcanzar un individuo y los medios con que efectivamente dispone para la obtención de tales metas. En esta línea de razonamiento cabe que se dé congruencia o incongruencia entre medios y fines. En ciertas ocasiones los sujetos se fijan metas que no pueden realizar con los medios efectivos de que disponen. En este caso la frustración puede aparecer con su posible secuela de efectos negativos para el sujeto. También, puede darse la situación contraria, en la cual el individuo cumple con las metas propuestas. En fin, estamos frente al angustioso problema de la adecuación de los medios a los fines prefijados.

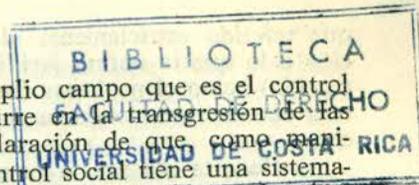
En el caso del derecho las normas que de él dimanar fijan metas legítimas por medio de las cuales los actores de la sociedad pueden orientarse. En cierto sentido, la Ley modela el deber ser jurídico de la comunidad. Precisamente, el régimen de sanciones y de castigos se establece contra aquellos que se aparten sensiblemente de este deber ser. Por supuesto que, las sanciones son una fuerte presión ejercida en relación con los sujetos para constreñirlos a un determinado comportamiento, calificado por la norma como aceptable.

6º) Confiere legitimidad

El derecho, como parte de ese amplio campo que es el control social, implica sanciones cuando se incurre en la transgresión de las normas establecidas. Hay que hacer aclaración de que como manifestación HOMANS todo el aparato del control social tiene una sistematización de castigos cuando se da la *anomia*⁽²¹⁾. Es decir, al sujeto violador de una norma del control social, se le castiga. Por ello afirmamos que ese autor que él no traza una línea divisoria entre la ley, propiamente dicha, y los usos sociales (*los folkways*, según William Graham SMNER —1840 a 1910—; en 1906 se publica su obra con ese nombre).⁽²²⁾, ya que para este escritor, tanto la ley como las costumbres o los usos sociales son normas, y la desviación de ellas tropieza con el respectivo castigo. Ambas son pautas de sanción.⁽²³⁾.

El actuar conforme a derecho, o en el sentido de HOMANS, sujetar la conducta a las normas integrantes del control social, confiere legitimidad a la acción. Así, una acción humana es legítima en el tanto en que subordine a las prescripciones del control social, visto éste como un todo normativo y sancionador de la conducta, con un *set* de premios, recompensas, sanciones y castigos. Claro está,

- (21) Emile DURCKHEIM (1858-1917), utilizó este término en sus obras *El suicidio* publicada en 1895, para señalar el hecho de los suicidios provocados por el desarraigo de normas que hace un sujeto, lo lleva a quitarse la vida. Sostiene ese sociólogo, que se da la *anomia* cuando las reglas tradicionales, las normas sociales —en sentido genérico— han perdido su autoridad y el sujeto no las acepta, ni las reconoce, sino que es indiferente frente a ellas. Su conducta implica un actuar sin arreglo a norma social. Así, *el suicidio anómico* se produce cuando la actividad del sujeto se encuentra de ese modo desorganizada, sufriendo por ello. Las pasiones del individuo quedan sin freno y sin normas que las regulen. Hay una ausencia de control social y de la sociedad que lo rodea (págs. 254 a 301, de la edición de la Casa Reus, Madrid, 1928; principalmente las págs. 271, 277 y 278). En 1893 se edita su otra obra *De la división du travail social*, en la cual afirma que algunas formas de división social del trabajo producen desorganización en lugar de favorecer la solidaridad (Editorial Schapire, Buenos Aires, 1967. págs. 301 a 317, y de la 300 a 335). Finalmente, diremos que se ha definido la *anomia* como una situación en la que un número de individuos posee una actitud de tenue o nula adhesión a las normas de conducta social prevalentes, debiéndose ello en parte a las contradicciones de la misma estructura de la sociedad en cuestión (*Diccionario de Ciencias Sociales*, cit., pág. 131). Esta palabra se usó en inglés en 1591 en inglés como sinónimo de conducta desviada; y, en el Siglo XVII, la teología expresa con ese concepto el desacato a la ley divina (*Diccionario de Sociología*, de Helmut SCHOECK; Barcelona, Herder. 1973. págs. 18 y 19). Según Jean DUVIGNAUD, la *anomia* es un concepto clave en sociología que intenta analizar las razones de emergencia de la particularidad, de las diferencias y de la novación. (*La sociología. Guía Alfabética*. Barcelona: Anagrama. 1974. pág. 17).
- (22) TEMASHEFF, Nicholas S. *La teoría sociológica. Su naturaleza y desarrollo*. (México: Fondo de Cultura Económica. 4ª edición. 1968. págs. 91 a 98).
- (23) HOMANS, George C. *El grupo humano* (Buenos Aires: EUDEBA. 1968. págs. 304 y 305).



que referido estrictamente al derecho, actúa legítimamente quien se ciñe a lo que la norma jurídica manda, tanto en lo relativo al hacer (acción) como el no hacer (omisión). Se da así, una coerción tendiente a obtener una conducta que sea legítima; o sea, conforme a derecho.

De esta manera la norma jurídica, parte del conjunto de normas sociales (que por ello implica las ideas de 'marco de referencia compartido', "uniformidad de la conducta" y "presión social u obligación del rol"⁽²⁴⁾), confiere un sentido favorable y positivo a la conducta de individuos y de grupos. Al contrario, quienes actúen contra la Ley —ya sea por acción o por omisión— erosionan el orden legal, siendo su comportamiento ilegítimo y sancionable.

7º) Comunica normas de conducta y con ello fortalece el proceso de socialización

Entre otras muchas maneras de definir la socialización, se puede decir que es un proceso de influjo mutuo entre una persona y sus semejantes; un proceso que resulta de aceptar las pautas de comportamiento social y de adaptarse a ellas. Desde la perspectiva objetiva, ese proceso implica que la sociedad transmite su cultura de generación en generación y acomoda al sujeto a las formas aceptadas y aprobadas de la vida social y organizada. Desde el ángulo objetivo, ese proceso se desarrolla en el individuo a lo largo de toda su vida. Es un proceso vital y existencial. ⁽²⁵⁾

En la medida en que la ley significa una pauta de conducta, que de no cumplirse acarrea sanciones a cargo de un cuerpo especializado y con poder suficiente para imponerlas ⁽²⁶⁾, ello implica que el conjunto de normas jurídicas (al igual que en las relativas a las normas no-jurídicas, pero obligantes) se transmiten de generación en generación con la finalidad de que los nuevos miembros de la comunidad conozcan las normas que gobiernan al grupo y de esta forma se mantenga la estabilidad y la cohesión social.

En esa comunicación de ideas, valores, creencias y normas jurídicas, el proceso de socialización se fortalece continuamente, al ser revitalizado por esos contenidos para jurídicos y jurídicos que se le proporcionan a los miembros de una sociedad, para su obligado cumplimiento.

8º) Legitima la autoridad establecida

Esta función es importante, ya que mediante ella la autoridad que detenta el poder político y económico, religioso o militar, se hace

⁽²⁴⁾ BROMETVEIT, Ragnar. *Normas y roles sociales*. (Buenos Aires: Paidós. 1967. pág. 31).

⁽²⁵⁾ FICHTER, Joseph H. *Sociología*. (Barcelona: Herder. 1964. págs. 36 y 37).

⁽²⁶⁾ GERTH, Hans; y, Charles WRIGHT MILLS *Carácter y Estructura Social*. (Buenos Aires: Paidós. 1968. págs. 249 a 254).

grata a los ojos de sus dominados. La dominación debe aceptarse y la ley es un medio idóneo para que la clase dominada esté socialmente conforme con su destino de sujeción y de subordinación. Asimismo, la clase social dominante o hegemónica tenderá a sentirse conforme con su puesto de dominación y de supremacía. A este efecto, será construida toda una *ideología* que propenda a darle visos de legitimidad al poder ejercido por la correspondiente *oligarquía* (ideología legítimamente oficial, institucionalizado o dominante).

Esta función, legitimadora de la estructura de poder y de los beneficiarios de la misma, que realiza el derecho es vital para los grupos oligárquicos respectivos. Así se explica el celo que manifiestan en el control del aparato estatal y de la fabricación y manipulación del Derecho.

La autoridad debe *ejercerse* bajo un *minimum* de legitimidad reconocido socialmente; de lo contrario, será sustituida por otros detentadores del mando. Lo anterior ocurre de este modo en la medida en que la Ley estructura las relaciones de poder en una sociedad y legitima la fuerza de aquellos que aplican y administran las sanciones en la sociedad, prevaleciéndose de su autoridad sancionada, positiva y legítimamente por la sociedad global⁽²⁷⁾.

Al respecto recordamos lo escrito por Max WEBER. Este sociólogo manifestó que los que actúan socialmente pueden atribuir validez legítima a un orden determinado, en méritos de: la *tradicición* (validez de lo que siempre existió); de la *creencia efectiva*, emotiva especialmente (validez de lo nuevo revelado o de lo ejemplar); una *creencia racional con arreglo a valores* (vigencia de lo que se tiene como absolutamente valioso); y finalmente, en virtud de lo *estatuido positivamente*, en cuya *legalidad* se cree. Agrega WEBER que la forma de legitimidad hoy más corriente es la creencia en la *legalidad*. Es decir, la obediencia a preceptos jurídicos positivos estatuidos según el procedimiento usual y formalmente correctos. En este tipo de otorgamiento de validez a un orden social, se da la creencia en la autoridad legítima; se legitima a la autoridad que impone la estructura de poder ⁽²⁸⁾.

9º) Sujeta la acción humana a reglas, uniformando conductas.

De conformidad con ROSS se puede partir de la hipótesis de que un sistema de normas se califica de "vigente" en el tanto en que puede servir como esquema de interpretación para un conjunto correspondiente de acciones sociales, de modo tal que se nos hace posible comprender ese conjunto de acciones como un todo cohe-

⁽²⁷⁾ HORTON, Paul, y HUNT, Chester. *Sociología*. (México: McGraw-Hill Book Company. 1970. pág. 299).

⁽²⁸⁾ WEBER, Max. *Economía y sociedad*. (México: Fondo de Cultura Económica 1969. T. I. págs. 29 y 30).

rente de significado y motivación; y, dentro de ciertos límites, predecirlas. Así, un sistema de derecho se denomina "vigente" cuando es obedecido, cuando se le vive como socialmente obligatorio⁽²⁹⁾.

Esa vivencia; esa forma existencial de compartir el fenómeno jurídico, uniformando conductas, haciendo homogénea la acción humana es uno de los aspectos más llamativos de dicho fenómeno. Tiende a formar un *Standard* conductual. Pero, lo puede lograr (el tener vigencia social) en la medida en que las normas jurídicas respondan cabalmente a la realidad.

10º) Institucionaliza el cambio social

Si bien es adecuado decir, como lo indica PARSONS que el derecho es un *set* de reglas jurídicas que standarizan la conducta, definiendo los *roles* de los sujetos, so pena de la aplicación de la gama de las sanciones y de cara a las posibles recompensas⁽³⁰⁾, también es pertinente señalar la función de asimilación del cambio social y de su institucionalización.

Cabalmente, el papel del legislador o fabricante de normas jurídicas, es—entre otros— el de estar atento a lo que está sucediendo en la realidad que lo circunda, con el objetivo de modificar las leyes en el sentido que el mundo actual lo requiere y/o elaborar nuevas reglas jurídicas orientadas hacia sectores específicos de esa realidad. En esta dirección es que se dice que el derecho institucionaliza el cambio social. Este, que de por sí, constituye un proceso innovador en la sociedad y que —eventualmente— podría poner en duda la legitimidad del sistema social integral, es encauzado y dirigido de acuerdo con las premisas y la fiscalización de los grupos socialmente dominantes. De esta suerte, lo que dejado a su libre curso podría conducir a poner en tela de juicio a las estructuras de dominación, es controlado por los sectores hegemónicos de la sociedad, mediante los mecanismos formales de la elaboración, distribución y manipulación de la ley. Así, se institucionaliza el proceso del cambio social. O sea que, de esa forma, lo que podrá ser "potencialmente" revolucionaria, pasa a ser absorbido por el *statu quo*; se institucionaliza; deja de ser radical, para mutarse en establecido, en estado.

11º) Expresa y modula los usos sociales y las costumbres

Dentro de estos planteamientos, se parte del *supuesto* de que la sociedad no sólo es unidad, sino —además— regulación. En esta postura se afirma que la sociedad es *nómica* (sujeta a normas), sien-

(29) ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. (Buenos Aires: EUDEBA. 1970 pág. 34).

(30) PARSONS, Talcott *The law and social control* (en la obra de compilación de ensayos, confeccionada por William EVAN *Law and sociology*, cit., pág. 57).

do su estado genérico y regular, la *nomia*.⁽³¹⁾ Así, se comprende lo que CONDE manifestara: la convivencia política es la modulación de la convivencia al ser estatuida bajo el *nomos*.⁽³²⁾

Se repite un aforismo: "la costumbre crea derecho", en el sentido de que cuando un uso social se transforma en costumbre, ésta contiene una obligatoriedad social que se hace sentir sobre y con respecto a los individuos. Cabalmente, es el derecho comercial o mercantil, al que hace patente la fuerza obligante de la costumbre.

Para que el derecho tenga las características de vigente y de eficaz, es preciso que tenga el aval del sustrato social; es decir, que responda a la realidad social; que no esté de espaldas a ella, como suele decirse, sino, al contrario, que sea una respuesta *realista* a las exigencias del orbe de lo factual.

Sin embargo la ley no sólo debe manifestar, hacer explícito lo social, sino, también, tiene a su cargo una función de modulación y de condicionante de la realidad, ya que el derecho no es un instrumento que se adapta mecánicamente a lo real. En la medida en que es elaborado por hombres y puesto en marcha por ellos (en los tribunales, en las Facultades de Derecho y en la vida cotidiana), sufre matizaciones, en esa ejecución diaria de la norma jurídica en mil circunstancias y bajo mil supuestos. Por esta razón se dice que el derecho *nomos*, *law*, *droit*, *diritto*, *recht*) refleja la infraestructura social y a la vez, la condiciona y la modifica, en una perspectiva cualitativa, ya que cuantitativamente no se puede ponderar el *quantum* de la modulación, del cambio, de la modificación.

Aquí nos interesa decir que el sistema legal, con todo y que trata de reflejar la realidad social respectiva va la zaga del sistema social. En otras palabras, la realidad va delante de la Ley. Esta va con retraso en relación con lo real. Según KÖNIG este retraso debe darse en aras de la seguridad y de la estabilidad jurídica. Estos valores hacen posible que la norma jurídica esté, por decirlo de esta forma, a la retaguardia de la realidad social. Incluso, a veces, de espaldas a ella, lo cual es fatal para el orden legal afectado así de obsoleto.

OGBURN habló de "rezago cultural" (*culture lag*), que es ese retraso que sufren algunas partes de la cultura en relación con otras. Eügen EHRLICH (1862-1923), fue uno de los precursores de esta tesis del retraso de los sistemas jurídicos con respecto a sus portadores (los sistemas sociales).

EHRLICH, a la par de muchos otros, perteneció a la llamada *Escuela de los juristas libres*. Un acierto importante en su enfoque fue el de configurar el *derecho viviente* o actuante; es decir, el ope-

(31) ALPERT, Harry *Durkheim* (México: Fondo de Cultura Económica. 1945. pág. 232).

(32) CANDE GARCIA, Francisco Javier. *El hombre animal político*. (Madrid, Clavideño. 1957. pág. 6).

rante en la realidad, en contraste con el derecho de los códigos y el encerrado en la jurisprudencia. ⁽³³⁾.

Ahora bien, cabalmente para que la Ley tenga relación con los usos sociales y con las costumbres, es preciso que exista un cuerpo especializado que representen a la sociedad global o a la unidad política total. ⁽³⁴⁾. De este modo, ese conjunto complejo y polifacético de *mores* y *folkways* se canaliza, en determinadas ocasiones hacia su conversión en normas jurídicas mediante los órganos *ad hoc* que la sociedad construye.

Frente a sea observancia de control social, en su conjunto, se dan individuos en la comunidad que muestran indiferencia o rechazo a ese control. Se trata de los conocidos "desviados" de las pautas culturales. Por este motivo, los usos, las costumbres y la ley elaboran normas destinadas a asegurar la observancia de sus reglas. Esas normas aseguradoras del fiel cumplimiento de las pautas del "control social", se denominan sanciones. ⁽³⁵⁾. La gama de castigos es muy variada.

Así, el *control social* establece las reglas de cumplimiento y las de sanción para los desviados de los patrones dados. ^(35a).

⁽³³⁾ KÖNIG, René. *Sociología*. (Buenos Aires. Compañía General Fabril Editora S. A. 1963. págs. 82 y 83. König es el director de esta obra).

⁽³⁴⁾ DAVIS, Kingsley. *La Sociedad Humana*. (Buenos Aires. EUDEBA. 1968. págs. 64 y 65 T. I.).

⁽³⁵⁾ SHIBUTANI, Tamotsu. *Sociedad y Personalidad. Una Aproximación Interaccionista a la Psicología Social* (Buenos Aires: Paidós. 1971. págs. 62 y 63).

^(35a) PAZANT, Andre. *Sociología del Derecho*. (Bilbao: Mensajero. 1974., pág. 9. Ensayo de la obra colectiva *La sociología*, bajo la dirección de Jean CAZE-NEUVE y David VICTOROFF).

V

IMAGENES SOBRE EL DERECHO

A partir de las *supra*indicadas "funciones" del derecho, se pueden plantear varias "imágenes" de la norma jurídica, en la medida en que la veamos en "su contexto social". ⁽³⁶⁾.

1º) *imagen normativa*:

el derecho es visto como un conjunto intuitivo de normas jurídicas. Desde cierto punto de vista, se podría decir que se trata de un enfoque "estático" del derecho debido a que la norma ubicada en un conjunto dado, haciendo abstracción de su dinamicidad y operatividad en tal "contexto social".

2º) *Imagen "conflictiva"*

aquí el derecho es visualizado como un orbe de conflictos sociales con relevancia social. Los hombres interactúan entre sí, originándose conflictos. Una porción de los mismos tienen, relevancia jurídica y van a los tribunales, otros no.

Este modo de decir las cosas: el derecho soluciona conflictivos; da una "imagen" de dinamicidad a la norma. Así, podría indicarse el aspecto fluido y "plástico" de este enfoque.

Manejando las palabras muy convencionalmente, nos podríamos encontrar frente a una concepción estática del derecho (el derecho como conjunto normativo) y una concepción dinámica del mismo (el derecho como orbe de conflictos).

⁽³⁶⁾ José Juan TOHARIA, *Cambio Social y Vida Jurídica en España. 1900-1970* (Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. 1972. págs. 1 a 14. Edicusa: Madrid. 1975). Asimismo, *Indicadores sociales a debates: Indicadores en sociología del derecho*. (Euroamérica. 1972. Ensayo publicado en la obra colectiva "Los indicadores sociales a debate", dirigida por Salustiano del Campo, págs. 79 y 80).

3ª) Imagen "procesal".

Como bien expresa José Juan TOHARIA, el derecho puede ser visto además.⁽³⁷⁾ con un "proceso". Como un "proceso judicial". Es decir, viendo el "proceso" como el conjunto de actuaciones judiciales encaminadas a la solución de un conflicto sometido a la decisión de un tribunal de derecho.⁽³⁸⁾

Cuando se enfoca el derecho en su contexto procesal, se puede decir, también, que el análisis es dinámico.

Al respecto, expresa GUASP que el "proceso" es un instrumento de satisfacción de pretensiones de las partes, tendiente a solucionar un conflicto social⁽³⁹⁾. También se ha dicho que ese concepto significa una serie de actividades que se llevan a cabo para llegar a obtener una *resolución judicial*⁽⁴⁰⁾ que le ponga término a un conflicto entablado entre sujetos denominados "partes en litigio". A su vez, el clásico CARNELUTTI había escrito que el "proceso" es el método mediante el cual se obtiene el pronunciamiento oficial de mandatos jurídicos concretos, ya preexistan leyes jurídicas o no, de las cuales los mandatos dichos son una aplicación.⁽⁴¹⁾

Con relación a las "imágenes"⁽⁴²⁾ o modos de percibir el fenómeno jurídico, se puede agregar que son éstas algunas de las posibles percepciones que se pueden dar acerca del *ius*. El derecho visto como normación de la conducta; como campo de la lucha "civilizada", en la que los conflictos sociales se solucionan no por medio de la venganza privada —a cargo de un sujeto o de un grupo—, sino a través de organismos especializados ("tribunales de administración del derecho"). Se trata, pues, de una especie de enfren-

tamiento o lucha pacífica realizada en el ámbito del Poder Jurisdiccional y en los denominados "tribunales administrativos" o tribunales en donde se presentan los pleitos "en vía administrativa". También, el otro efoque o imagen del derecho, como "proceso judicial" implica una perspectiva de análisis relativo al orden legal.

Como se observa, lo que se da es un énfasis sobre ciertos puntos que manifiesta la norma jurídica. Ese relieve que cobran tales aspectos de la ley sirven para la comprensión de este sector del campo de control social; y, a la vez, sirve para auscultar la sociedad entera.

(37) TOHARIA. Indicadores . . . , *Idem*.

(38) HERRERA, Luis Guillermo. *Las nulidades en el proceso Civil*. (Of. de Publicaciones de la Universidad de Costa Rica. Tesis de licenciatura. 1974. pág. 65).

(39) GUASP DELGADO, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Instituto de Estudios políticos. T. I. 1968., págs. 11 y 16).

(40) CALAMANDREI, Piero. *Instituciones del derecho procesal civil*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América. Vol. I. 1973., págs. 317 y 318).

(41) CARNELUTTI, Francisco. *Derecho y Proceso*. (Buenos Aires: EJE T. I. 1971. pág. 23).

(42) El captar las imágenes de un objeto (cualquiera que él sea) nos remite al problema de la percepción. En sí las cosas no nos son conocidas. Nos formamos una imagen de cada cosa y de los objetos en conjunto. A esto contribuyen nuestras ideas, creencias, valores, estereotipos; es decir, nuestros marcos de referencia mentales. Nor formamos las imágenes merced a la ayuda que nos prestan esos marcos de referencia. Claro está que con esto incidimos en el área de la teoría del conocimiento; porción sugestiva y llena de matices de la ciencia contemporánea, como es sabido. La literatura publicada en este terreno es voluminosa. Sirvan como mero ejemplo, estas obras: *La percepción*, de Julián E. HOCHBERG (México: UTHEA. 1968) y *The Psychology of Perception*, de M. D. VERNON (Great Britain: Penguin Books. 1971).

VI

OBJETO DE LA SOCIOLOGIA JURIDICA

A) Preliminares.

La sociología del derecho puede tener como objeto de estudio aquellos aspectos de la vida real que condicionan el desarrollo de esa disciplina. Sentencias judiciales (jurisprudencia), textos de la doctrina, las leyes, los actores del drama jurídico *et coetera*, pueden ser el componente del objeto de análisis de la citada rama del saber. La fijación del objeto de estudio, por supuesto, que depende de los gustos y preferencias, ya sea del ente que financia el trabajo de investigación; o, del propio investigador, que con sus medios —en sentido general— trata de llevar a efecto una investigación sobre uno de los muchos puntos interesantes de la sociología del derecho.

B) Posibles objetos de estudio.

En términos relativos se puede afirmar que la sociología del derecho, tanto en trabajos teóricos como empíricos, tiene un desenvolvimiento breve a la par de otras actividades de la sociología. No viene al caso precisar cuáles pueden ser las razones que expliquen este hecho; aunque, sí, conviene señalarlo.

Cabalmente, en lo que concierne a la América Latina, esas investigaciones son muy escasas. Pareciera que los Gobiernos, las Facultades de Derecho, la empresa privada y los organismos internacionales, por ejemplo, han mostrado poco interés en el cultivo de esta disciplina. Llama más la atención la investigación en sociología política y en sociología económica.

Veamos, a continuación, qué podría ser objeto de análisis en este sector de la sociología jurídica.

a) Los fenómenos jurídicos.

Se puede definir esos "fenómenos", como aquellos hechos sociales que tienen relevancia para el mundo del derecho. Por ejem-

plo: compra-ventas, arrendamientos, investigaciones de paternidad, usufructos, etc.

Estos hechos pueden ser analizados desde varios ángulos. *v. gr.*; comparando el contenido de resoluciones jurídicas o sentencias relativas a contratos civiles con la forma real en que esos negocios se llevan a cabo. También, haciendo un estudio empírico acerca de cuáles contratos son más frecuentes en determinadas zonas de un país, auscultando las posibles causas que den una explicación sobre ese comportamiento. Asimismo, se pueden efectuar estudios de ponderación entre las variables "desahucios" y "grado de desorganización social", previa una adecuada definición de lo que por esas variables se entenderá en el respectivo trabajo de campo.

Es decir, los fenómenos jurídicos se pueden analizar desde muy variadas y complejas perspectivas. Ya, propiamente, el estudio correspondiente, será delimitado dentro de las técnicas de investigación que los investigadores estimen convenientes y oportunas.

b) El sistema jurídico.

La totalidad del orden legal puede ser analizada, como también, sus partes integrantes, derecho civil, penal, comercial, administrativo, etc.

Este trabajo dependerá del objetivo que persiga el investigador al hacer este análisis. Como es sabido, al momento de iniciar el estudio el investigador (o el equipo de investigadores) debe(n) fijar los fines de ese trabajo y los elementos integrantes de una investigación.

El estudio integral del sistema jurídico puede ser concebido dentro de las expectativas del estructuralismo. Es decir, viendo al derecho como una totalidad integrada y estructurada; en la cual el estructuralismo juega, *hic*, como un instrumento heurístico, con valor analítico en cuanto construcción de modelos ideales. ⁽⁴³⁾.

c) Las sentencias de los tribunales

Este importante material, elaborado por el Poder Judicial, puede ser objeto del trabajo que se proponga realizar el investigador. Claro está, que él fijará las metas de su trabajo y en vista de ello manipulará esas *sentencias*. La clasificación y sistematización de tales documentos públicos estarán a cargo del investigador social, lógicamente.

Las *sentencias constituyen* un valioso material de análisis en la medida en que son la materialización de la solución a conflictos

⁽⁴³⁾ WILLEY Michael. *Préface* a la obra de André AENAUD. *Essai d'analyse structurale du code civil français. La Règle du jeu dans la paix bourgeoise* (París: Librairie Générale du Droit. Vol. XVI. pág. V. 1973).

⁽⁴⁴⁾ VES LOCADA, Alfredo. *Sociología del Derecho*. (Buenos Aires. Abaco. 1975. págs. 53 a 55).

sociales que el actor-juez ha considerado pertinente dar. Mientras la comunidad le otorgue legitimidad al Poder Judicial, sus sentencias contarán con el respaldo consensual de la colectividad. Cuando los jueces pierden ese aval de la sociedad, el Poder Judicial se habrá erosionado y sus sentencias carecerán de legitimidad ante la comunidad. De ahí que la ideología oficial y establecida se preocupe, con sobrada razón de manufacturar imágenes que tiendan a robustecer y a sancionar positivamente el *rol* ⁽⁴⁴⁾ tanto del juez —en sentido amplio, como símbolo de juzgador— como de todo el aparato judicial o jurisdiccional; y, por supuesto, de la maquinaria estatal globalmente considerada, ya que en todo sistema macropolítico importa salvaguardar la legitimidad del Estado y del Derecho, mecanismos especializados y altamente eficientes en el mantenimiento del *statu quo* o proyecto político establecido, vigente y oficial.

d) Las leyes vigentes

El investigador también efectúa un estudio sobre las leyes emitidas y vigentes, con el fin de indagar acerca de cuáles áreas de la vida social han sido más institucionalizadas jurídicamente y sujetas a normación, por ejemplo. También podrá obtener conclusiones, derivadas del hecho, de leyes que fueron promulgadas hace mucho tiempo y no han sido sujetas a revisión ni a adaptación a los cambios históricos dados.

Por la vía de ilustración sería interesante recolectar las leyes vigentes en Costa Rica. Esta tarea no hay duda que es ardua y requiere mucho tiempo para llevarla a cabo. Máxime cuando se lee en una serie de leyes formales la coletilla "esta ley deroga todas aquellas que se le opongan". Esta etiqueta final es una salida, aparentemente fácil para solucionar el problema de saber cuáles normas se le pueden oponer a una ley o a otra. Los legisladores no saben cuáles leyes son las afectadas por las que está promulgando actualmente; por ello, se valen de esa expresión tópica para darle visos de solución a ese problema de cuáles leyes se encuentran vigentes. Por otra parte cómo se puede saber cuáles leyes se oponen a otra que se emitió posteriormente, si ni siquiera se lleva un inventario legislativo. Cómo adivinar las contradicciones existentes entre diversos textos de ley si se ignora lo cualitativo y lo cuantitativo de las normas jurídicas?

Se sabe que ha habido intentos de elaborar índices de leyes. Sin embargo, este proceso de fabricación de índices legislativos, con la legislación vigente, todavía está en una fase rústica, ya que debe complementarse con estudios exhaustivos y con el análisis comparado de las diversas y numerosas normas que se han emitido en el pasado legislativo nacional. Por supuesto, que la relativa ausencia de

⁽⁴⁴⁾ Por toda la literatura escrita sobre el *rol*, se puede citar por ejemplo, la monografía de Michael BANTON *El rol en la vida social*. (Buenos Aires: Troquel, 1971).

recursos técnicos, administrativos y económicos ha impedido la realización de esta tarea importante para el país.

Parte del problema, y lo decimos a modo de ejemplo, consiste en que la publicación de los códigos se deja a la empresa privada, la cual los imprime con un criterio de lucro, lógicamente, y no de servicio público. La Imprenta Nacional es la llamada a editar, con la frecuencia que sea precisa, los códigos vigentes en Costa Rica, a precios razonables de empresa pública, con el fin —entre otros— de colaborar en la labor de que el postulado de que “nadie puede alegar ignorancia de la ley, debidamente publicada” sea menos utópico. Indudablemente llama la atención que el Estado se despreocupe de la importante tarea de la edición de los códigos y le deje a la empresa privada la iniciativa lucrativa de efectuar esas publicaciones.

Otro aspecto que se puede señalar aquí es de las leyes vigentes, pero que, por diversas circunstancias no se aplican. Un ejemplo llamativo de esta situación la presentó Chile durante el gobierno del Dr. Salvador Allende. (+). Efectivamente, uno de los asesores jurídicos del ex Presidente Allende, el Dr. Eduardo NOVOA (actualmente investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México) hizo un análisis sobre las leyes vigentes en su país y encontró varias normas relativas al campo económico y agrario, que le permitieron a ALLENDE tomar medidas acordes con la línea política de su gestión pública. Se trataba de leyes emitidas hacia varias décadas que no se habían puesto en vigencia ni, tampoco, se habían derogado expresamente. Esta situación fue muy discutida en los círculos, políticos y jurídicos, chilenos y latinoamericanos ya que constituía una novedad dentro del tinglado del ejercicio del poder por sectores socialistas que se desarrollaban en los marcos de la denominada “legalidad burguesa” o “sistema racional burgués capitalista”, como lo llamó Max WEBER. Cabalmente, NOVOA ha publicado un libro con el título *El derecho como obstáculo al cambio social* (México: Siglo XXI. 1975), en el cual recoge su valiosa experiencia en el gobierno de la Unidad Popular chilena.

Es de suyo interesante este ejemplo propuesto, ya que perfila una circunstancia en la que se aplican leyes no derogadas, pero desaplicadas por décadas. Será posible hablar de “leyes vigentes” y de “derecho positivo” en este caso de normas jurídicas emitidas hace un poco más de 40 años, inaplicadas por décadas (lo cual perfilaría el fenómeno de las leyes vigentes sin aplicación). El camino más sencillo nos llevaría a tomar el principio de que la ley vigente es la norma jurídica emitida y promulgada debidamente; y, no derogada de modo expreso. Desde este ángulo, aquellas leyes vigente, aunque inaplicadas por años, integrarán el derecho positivo y la ley vigente de un país. Ahora bien, no hay duda de que esto es cuestionable, ya que —desde el perfil de la sociología jurídica— se podría argumentar que la efectiva positividad de un orden legal radica en su plasmación fáctica; en su aplicación cotidiana mediante la conducta de los individuos y en la guía que esas leyes constituyen para la acción humana. Claro está, que en rigor, una ley promulgada que no ha-

sido derogada, está vigente. E, invocada su positividad por el Estado, éste tiene los mecanismos necesarios para hacer que esa ley se aplique y se cumpla. Por supuesto que los grupos de interés y los grupos de presión afectados negativamente (*perjudicados*) por este tipo de leyes, argumentarían el desuso, interpretando el aforismo legal “la costumbre crea derecho”, en su sentido inverso: “la desaplicación y el desuso derogan, *fácticamente*, el derecho promulgado”. Este tipo de situación se resolverá de conformidad con el poder de negociación y de persuasión que pueden tener los *perjudicados* y los *beneficiados*, respectivamente, con esas leyes emitidas, dejadas de aplicar por años y de pronto invocadas por el Estado (o, por sectores privados, según corresponda) para aplicarlas en un momento dado.

En el caso de Chile ya sabemos lo que ocurrió: el experimento del “socialismo a la chilena” falló con su lamentable saldo de destrucción material y humana.

e) Poder judicial

Esta clase de estudio puede referirse a la estructura administrativa de la “Corte Suprema de Justicia”. Es decir, cómo está organizada. Nos estamos refiriendo al organograma u organigrama. Dentro de este aspecto, se podría estudiar, por ejemplo, si la organización actual que tiene nuestra Corte, consistente en una sala de Casación y luego Salas especializadas Civiles y Penales, es funcional para el momento actual del país. Nos parece que se hace necesaria una reestructuración, fundamentalmente, de los tribunales de mayor jerarquía de la Corte. La Sala de Casación compuesta por cinco Magistrados que tienen que resolver sobre cualquier materia de derecho que se les someta a su conocimiento es impráctica en el mundo de las especializaciones en que vivimos. En otras palabras, lo que tratamos de indicar es que hace imprescindible plantear una reestructuración del Poder Judicial.

Otro aspecto que la sociología jurídica indagaría sería aquel relativo a la política de nombrar hombres en los puestos de la judicatura, haciéndose los nombramientos de abogadas por vía de excepción y por ausencia o inopia de abogados. Se encuentra aquí todo un rico filón analítico.

Asimismo, el aspecto del método de nombramiento de los Magistrados (los jueces de mayor rango de la Corte); son 17 en total en la Sala de Casación; cinco en la Sala de Casación y los restantes distribuidos equitativamente, en dos Salas Penales y dos Salas Civiles; en nuestro país es polémico, ya que es el partido político mayoritario en la Asamblea Legislativa el que hace los nombramientos de los Magistrados de la Corte. En fin, se trata de un nombramiento político en el sentido de que es ese partido político quien realiza los correspondientes nombramientos o, en su caso, los “arreglos” o “componendas” que se pueden hacer entre varios partidos políticos. Ante esta situación, se ha considerado la posibilidad de que se haga una

reforma a la Carta Magna, para que se implementen nuevos sistemas de nombramiento de los citados jueces, que le dan menos oportunidad a los partidos políticos de actuar con criterios inadecuados al momento de realizar los nombramientos indicados.

Por el momento, los Magistrados nombrados tienen un fuerte respaldo técnico-profesional y solvencia moral, pero, hacia el futuro no hay garantía alguna de que los manipuladores de los partidos políticos pueden efectuar nombramientos, de los señalados, ateniéndose más a criterios de adhesión partidista que a las cualidades humanas y técnicas de los eventuales candidatos a Magistrados.

Parte de esa ausencia de estudios sobre la realidad nacional, nos muestra que no hay trabajos de investigación sobre los entes que componen el Poder Judicial, además de los tribunales, como serían la Policía Técnica Judicial, el Organismo Médico-Forense, la Oficina de Certificaciones de Pensiones, la Oficina de Defensores Públicos, etc.

Cabalmente ha llamado la atención en círculos jurídicos foráneos que el Poder Judicial tenga como asalariados a varios abogados para que realicen defensas, en materia penal, de personas de clase baja, que por sus escasos recursos económicos no pueden pagar los servicios profesionales de un abogado litigante. La extrañeza de esos abogados extranjeros la hacen patente en este punto: ¿hasta dónde pueden tener independencia de criterio y de actuación, abogados litigantes pagados por la Corte? Tratan de hacer ver que la Corte es el patrono de esos abogados "defensores de oficio" y que por consiguiente su condición de asalariados les puede coartar su radio de acción "pleitista". Claro está que la posibilidad de que eso ocurra existe. Sin embargo, dentro del contexto de nuestro país y de las organizaciones nacionales, el sistema de los "defensores de oficio" pagados por la propia Corte funciona de un modo aceptable. Tal vez, la materia —penal— y los sujetos en esta circunstancia presentes —"clasebajeros"— propende a que se tenga un interés relativo por el destino de los miembros de la clase baja, cuyo peso específico en la vida política y en la gestión económica del país es casi nula ya que se trata de obreros no especializados, con una cuota de poder político y económico insignificante.

f) Poder Legislativo

La Asamblea Legislativa podría ser objeto de estudio. Por ejemplo, en cuanto a la composición de cada legislatura; se indagaría cuántos abogados-diputados hay, con el fin de observar la participación del abogado en la política nacional. Esta información se compararía con el resto de los integrantes de la Asamblea Legislativa para verificar la proporción respectiva de profesionales que la forman.

Asimismo se podría analizar cuáles de estos abogados-diputados tienen bufete u oficinas profesionales, con el objetivo de comprender las relaciones que se podrían establecer entre la *curul* y el *bufete*:

Es decir, de qué maneras y mediante qué mecanismos los abogados-litigantes utilizan su puesto político para allegarse clientes a su despacho particular; y, haciendo valer su influencia política (máxime, si se trata de "diputados de Gobierno", o sea, de diputados del mismo partido político que controla la Presidencia del País) para hacer "arreglos", en vía administrativa, satisfacen los intereses personales de sus clientes y engrosando —así— sus patrimonios personales.

Claro es, que mientras estos diputados-abogados "de gobierno" (e incluso, aquellos pertenecientes a partidos políticos distintos, *formalmente*, del que ocupa el Poder Ejecutivo) usan su fuerza política para favorecer los asuntos de sus clientes y resolverse los, (mediante el pago del estipendio respectivo) los otros abogados litigantes en condiciones de desventaja ya que se enfrentan a esos abogados-litigantes que gozan del favor de su fuerza política y de su influencia amistosa o legislativa. Estos son fenómenos de mucho interés para el investigador social, sin duda.

Otro campo de estudio para el investigador sería aquel relativo a las leyes que se emiten en la Asamblea Legislativa; preguntándose qué intereses favorece y en qué forma, por ejemplo. También, analizando a cuáles leyes se da un trámite acelerado, en los cuales tiene un gran interés el Poder Ejecutivo.

g) Abogados

En este apartado nos vamos a servir de un estudio efectuado por Jaime B. FUSTER "Los abogados de Puerto Rico. Fundamentos para una Sociología de la profesión legal" (San Juan: Graficart Corp. 1974).

Este autor trata, entre otros, los temas siguientes:

1) Proporción de abogados en relación a la población total del país

En Costa Rica hay, registrados en el Colegio de Abogados (cerca de 1.175, de las cuales, aproximadamente, son del sexo femenino, 72. Los habitantes que componen nuestra nación son, aproximadamente, dos millones. A esto, FUSTER le llama *el tamaño de la profesión*. Lo que se indagaría sería el número de abogados que se dedican efectivamente a la profesión; cuáles de ellos son notarios a la vez que litigantes o sólo notarios; o, quiénes de ellos, trabajan en otras actividades no jurídicas, etc.

2) Distribución de los abogados por zona geográfica, sexo y por la naturaleza del trabajo que realizan

La *zona geográfica* puede ser tanto aquella en la cual han nacido los abogados, como en la que desarrollan sus

actividades profesionales y en la cual tienen sus domicilios particulares.

Tanto en Costa Rica como en Puerto Rico, la mayoría de los abogados se encuentran ubicados en la ciudad capital (San José y San Juan respectivamente). De este modo el sector rural tiene un número pequeño de abogados (y, en general de profesionales por cada mil habitantes).

La distribución por sexo, refleja en nuestro país que la mayoría de los abogados es de sexo masculino. Así, de un total de unos 1.175 juristas, 72 de ellos son mujeres. En Puerto Rico las cifras son de 2.635 abogados y 335 abogadas. La relación en los Estados Unidos de América es la siguiente: 259.221 abogados y 13.180 abogadas.

Por lo que respecta a la distribución de acuerdo al trabajo que realizan los abogados o la actividad de desarrollan y el lugar en que la efectúan, cabe decir, que en Costa Rica el estudio tendría que realizarse detectando cuántos abogados trabajan para la burocracia pública y cuántos para la empresa privada y en bufetes particulares.

La distribución laboral, se podría llevar a cabo, del siguiente *grosso modo*:

—Abogados que trabajan en la Administración Pública

De ellos, cuántos reciben ingresos sólo por concepto de salario otorgado por el patrono Estado. Por ejemplo, los abogados que trabajan en el Poder Judicial, como juzgadores; (ya que los defensores de oficio, *v. gr.*, pueden tener su propio despacho profesional) y los abogados de la Contraloría General de la República y de la Procuraduría General de la República. Todos estos son profesionales a tiempo completo y de dedicación exclusiva a su patrono el Estado.

De esos abogados se analizaría cuántos son hombres y cuántos son mujeres. Aquí también es importante el concepto de "carrera administrativa o judicial"; o sea, quiénes de esos abogados hacen *carrera* en el Estado; trabajan en la maquinaria estatal hasta obtener la *pensión*, cuyo logro completo se obtiene después de 30 años de servicio, por regla general. Asimismo se estudia a los que trabajen con el Estado por un lapso de tiempo para tener "*escuela*" administrativa o judicial; es decir, para adquirir los conocimientos de las fórmulas, ritualidades, requisitos formales, procedimientos, mecanismos formales e informales que componen ese *mundillo secreto* del funcionamiento *por dentro* de la *cábala* estatal. Además se hacen amistades y se entablan buenas relaciones con los funcionarios y empleados que se quedan en la colmena burocrática. Todo esto es natural y lógico que suceda. Es "*humano, demasiado humano*".

Hay además abogados y notarios que trabajan en la burocracia pública y pueden tener sus propios despachos profesionales. Serían

asalariados de tiempo completo, o parcial, pero no de dedicación exclusiva al Estado. Por ejemplo, los abogados y notarios del sistema bancario nacional. Aunque, con respecto a los bancos estatales costarricenses hay que aclarar que además de los abogados y notarios de planta o con escritorio fijo en las oficinas bancarias, también hay un grupo de ellos que se pueden calificar de trabajadores a domicilio, por cuanto en sus bufetes particulares realizan labores de su competencia bajo *honorarios* o *salarios* derivados de la actividad que le proporcionan a esos bancos.

En lo relativo al sector privado se dan situaciones relevantes para el análisis. Veamos en los bufetes o despachos particulares algunas de las circunstancias que se puedan dar. i) Que un despacho lo ocupe un sólo abogado. En este caso, este abogado puede ser el propietario del bufete o trabaja para otro abogado (o abogados). ii) Bufetes colegiados. En este caso varios abogados ocupan un solo despacho con el fin de distribuirse los gastos de secretaría, mensajero, luz, alquiler de la oficina, etc. En este supuesto, puede darse una jerarquía de mando y de poder formal y/o informal, de acuerdo a cuál sea el "colega" que posea la clientela más solvente y que proporciona una cantidad de honorarios relativamente alta. Puede darse el caso, aquí, del "colega" que posea *contactos*, es decir, tiene amistades y gente conocida que le significan clientes. Este *hombre-contactos*, puede hacer él mismo el trabajo profesional de modo total o parcial. Si es de manera parcial, le da una participación del 30 o del 40 por ciento a su colega-socio-trabajador. Si sólo es un *gancho* que atrae clientes su participación en los respectivos honorarios puede ser del 10 a 30% por ciento. En fin, hay una serie de permutaciones y de combinaciones. Otra situación se da cuando hay un abogado que es el patrono y otros "colegas" que trabajan para él.

Asimismo hay abogados y notarios que trabajan tiempo completo o parcial para empresas privadas; a la vez que pueden tener su despacho particular.

También en un despacho profesional hay "colegas" que prefieren dedicarse sólo al notariado, ya que no les gusta litigar. Al revés: "colegas" que optan por los litigios abandonando la notaría. Por supuesto, que hay quienes hacen notariado y abogacía propiamente dicha.

Otro aspecto interesante que se puede estudiar con respecto a los abogados es su situación socio-económica. En este momento en Costa Rica se está dando una creciente *proletarización* del profesional en derecho, y en general, de los *profesionales*) ya que la clientela adinerada, nacional y extranjera, está monopolizada por ciertos bufetes, la mayoría de ellos con vínculos políticos en las esferas estatales. Esta circunstancia está produciendo un número, relativamente en aumento, de abogados que tienen que ingresar en la Administración Pública o en el Poder Judicial debido a lo "precaria que está la calle" (*sic*), como se dice en el *argot*.

Parte del fenómeno de la creciente *proletarización* del abogado, implica a su vez, el del mayor *aburguesamiento* de aquellos co-

legas pertenecientes a familias de clase alta, socios de clubes exclusivos y exclusivistas. Generalmente, estos abogados de clase alta van poco casi nunca al Colegio de Abogados, ya que prefieren sus clubes y organizaciones de *membrería*, que lo distinguen, precisamente, como miembro del estamento alto de la sociedad.

También, con base en el actor del drama social abogadil, se pueden hacer estudios que muestren la relación del abogado con la política, las prácticas de cobro de honorarios, los diversos tipos de clientes que se dan, etc.

Finalmente, destaquemos el hecho de que de los asesores que tiene la Casa Presidencial de Costa Rica, sólo uno es abogado, existiendo varios economistas; éstos han llenado los espacios ocupacionales que por inopia desempeñaba el abogado. Por ello, tradicionalmente, los políticos eran abogados. Asimismo los que estaban cerca de los políticos-gobernantes. Por ejemplo, en el gobierno actual, tanto el Presidente de la República como varios Ministros de Gobierno son abogados. Lo que sí se puede decir, es que en términos relativos y por causas explicables, la participación del abogado en la política ha disminuido relativamente conforme otros profesionales han integrado los cuadros políticos de los respectivos partidos.

h) *Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica*

Se estudiarían los programas de cada curso, con el fin de indagar si son obsoletos o si tienen vigencia. Como lo expresó un profesor de esta unidad académica: "si lo que enseña aquí tiene algo que ver con lo que sucede en nuestra avenida central".

Además del aspecto *curricular*, (que se está analizando en los organismos respectivos de esta unidad académica), en cuanto a los cursos que integran la carrera de derecho, (si tiene materias que ya no deberían impartirse o si hay otras que deben ser incorporadas, etc.), es preciso el análisis de la *bibliografía* que usan profesores y estudiantes para desarrollar los programas de las correspondientes lecciones. Ello nos mostrará que se carece de textos y libros sobre la realidad jurídica nacional. Hay una serie de obstáculos institucionales y no institucionales que han hecho posible que la literatura jurídica del país sea escasa y deficitaria con respecto a las necesidades de los estudiantes; y, de los abogados del país que necesitan monografías y tratados sobre el derecho costarricense.

En estas breves líneas sobre estos puntos de la cuestión tratada hay material de comentario suficiente para elaborar una monografía, como es natural.

Pregunta sugestiva es aquella que plantea si el abogado que guía la Facultad de Derecho es el que el país necesita; a la vez que debe definirse qué significa aquí "*necesario*". Y si la preparación que esta facultad le da al estudiante de derecho es idónea para capacitarlo como profesional del terreno legal. Entramos así al difícil campo de la planificación de la educación universitaria, integralmente considerada. Area polémica y llena de problemas. Estos indi-

ces ayudan un poco a entender la magnitud y la gravedad del problema: el financiamiento para la formación de profesores universitarios significa una cifra muy pequeña del presupuesto de la Universidad de Costa Rica; los sueldos que se les pagan a los educadores son bajos y proletarizantes; estrangulamiento de las políticas universitarias debido a la dependencia del Gobierno de la República por llenar las necesidades económicas de la Universidad. En última instancia, se podría hablar de presupuestos raquíuticos para las necesidades que debe llenar el Alma Máter. La pregunta clave es: ¿Constituirá una efectiva y verdadera preocupación para los altos mandos del país, el desarrollo socio-económico de Costa Rica? O más bien, a la clase alta fincada un suelo nacional le interesa fijar aquellas metas y pautas de desarrollo acordes con sus más imperiosas necesidades de dominación social? No olvidemos que es la clase alta de nuestra sociedad la que controla el destino de Costa Rica. Por ello nuestro sistema socio-político está desvirtuado, distorsionado, en beneficio de los grupos hegemónicos "nacionales".

VII

EL METODO DE LA SOCIOLOGIA JURIDICA

La ciencia social que queremos promover es la ciencia de la realidad. Queremos comprender la realidad de la vida que nos circunda, y en la cual estamos inmersos, en su especificidad; queremos comprender, por un lado, la conexión y significación cultural de sus manifestaciones individuales en su configuración actual, y, por el otro, las razones por las cuales ha llegado históricamente a ser así —y no de otro modo—⁽⁴⁵⁾.

Max WEBER

(1864-1920)

A) Preliminares

El método científico es de aplicación a la sociología jurídica, en la tarea que ésta tiene de indagar ciertos aspectos de la realidad social.

Se ha dicho que el "método científico" es el enfoque general que comparten todas las ciencias y el conjunto de normas que dirigen y encauzan la actividad científica.⁽⁴⁶⁾

Como es sabido la palabra "método" es fundamentalmente una *reflexión sobre una acción*. *Método* significa *camino*, forma de llegar a una meta o de realizar un propósito. Es una propiedad de la *praxis* humana. Expresan GUTIERREZ y BRENES que interesa la acción, conocer el proceso de pasar de una proposición a otra; la aceptación

⁽⁴⁵⁾ WEBER, Max. *Ensayos sobre metodología Sociológica*. (Buenos Aires, amorrtortu. 1973. págs. 61 y 62).

⁽⁴⁶⁾ COVO, Milena E. *Conceptos comunes en la metodología de la investigación sociológica* (México: Instituto de investigaciones sociales de la Universidad Autónoma de México. 1973. Págs. 18 y 19). Umberto CERRONI. *Metodología y ciencia social*. (Barcelona: Martínez Roca. 1971., págs. 65 y 66). LA-ZARSELD, et al. *Tendencia de la Investigación y las Ciencias Sociales. Sociología*. (Madrid: Alianza. 1973., págs. 288 y ss.).

tación o rechazo de los enunciados desde el punto de vista respectivamente de su verdad o falsedad. (47).

Con respecto a la polémica entre el método en las ciencias sociales dichos autores expresan que es en el campo de estas ciencias donde todavía quedan dudas y se definen con intensidad posiciones no solamente antirreduccionistas, sino también mantenedoras de la multiplicidad del método científico. (48).

Lo que podemos enunciar sobre el método aplicable a los estudios de la sociología del derecho, es que serán métodos y las técnicas de la sociología y de la investigación social global —*mutatis mutandis*— los que se usen en dicho sector del conocimiento científico.

B) Los métodos de las ciencias sociales

Los métodos y las técnicas que usan las ciencias sociales son variados y complejos. Vamos a citar algunos con un breve comentario.

a) Observación

1) Observación en general

Observación es la acción de mirar, detenidamente. Tiene al menos, dos sentidos este término: la acción del investigador, que puede llamarse también la experiencia e este sujeto: En sentido amplio, la observación es el proceso de someter conductas de algunas cosas a condiciones manipuladas de acuerdo con ciertos principios para llevar a cabo la citada observación. asimismo, observación, significa el conjunto de cosas observadas, el conjunto de datos y el conjunto de fenómenos. En este segundo aspecto, observación se está delineando en sentido *objetivo*; es decir, haciéndolo equivalente a *datum*, a información, a hecho. El primer uso que se le dio a la voz en cuestión, se puede indicar que es "*subjetivo*".

2) Observación de fenómenos sociales

Las ciencias sociales estudian las conductas humanas. Así, se puede definir la conducta como la serie de acciones o de actos que perceptiblemente son vistos u observados en una entidad o grupo de entidades determinadas.

El método de la observación en las ciencias sociales incide sobre conductas observables por el investigador.

Se pueden dar *observaciones heurísticas* o de auscultación de un problema que nos hemos planteado; *de comprobación de hipótesis*.

(47) GUTIERREZ CARRANZA, Claudio; y, BRENES, Abelardo. *Teoría del método en las ciencias sociales*. (San José: EDUCA. Colección Aula. 1971. pág. 13).

(48) *Idem.*, págs. 41 y 42.

En este caso la observación tenderá a la verificación de una o varias hipótesis o a desecharlas, si es pertinente. Asimismo, la observación puede recaer sobre documentos, sobre monumentos y sobre conductas denominadas de laboratorio o estructuras según los criterios del investigador para los fines respectivos. (49).

b) Observación participante

En este tipo de observación, el investigador o el observador ingresa al grupo que desea analizar y "participa" en las actividades del mismo, asumiendo un *papel social en él*. La crítica que se le hace a este método es que el observador forma parte de lo observado y al integrarse al grupo pierde objetividad, introyecta pautas culturales de ese grupo, y, paulatinamente, va incorporándose al grupo, con todo lo que ello implica. En otras palabras pierde un grado importante de objetividad. (50).

c) Observación no participante

En este tipo de observación, el observador no participa de los roles del grupo. Es un extraño al grupo y éste es un extraño para él. Por ello se dice que la observación sin participación es difícil, ya que tanto el grupo como el observador se sentirán a disgusto. Además, cómo podría un sociólogo investigar una pandilla de delincuentes, sin correr el riesgo de que la policía lo remita a la cárcel o, eventualmente, lo mate en una lucha callejera? O, si estuviera estudiando una brigada policiaca, cómo evitar los riesgos que corren los policías, por ejemplo, en las callejuelas de Nueva York? (51).

d) Observación estructurada y no estructurada

Estructurada: es aquella que el investigador "estructura". Realiza un diseño, un esquema analítico que debe guiar la observación. El investigador sabe qué aspectos de la actividad del grupo (o de lo observado) son relevantes para sus propósitos y está en posición de desarrollar un plan específico para la cristalización y el registro de la observación antes de empezar a recolectar los datos. Este tipo de observación se utiliza tanto en estudios empíricos como en trabajos de laboratorio experimental.

No estructurada: esta observación no se efectúa de acuerdo con pautas prefijadas. Se utiliza cuando el investigador desea analizar un aspecto de la realidad que él desconoce total o parcialmente. Frecuentemente, el investigador permite que lo observado sea la guía de la ob-

(49) PARDINAS, Felipe. *Metodología y técnicas de investigación en ciencias sociales* (México: Siglo XXI. 1969., págs. 47 a 66).

(50) GOODE William J., y HATT, Paul K. *Métodos de Investigación Social*. (México: Trillas., págs. 152 y 153).

(51) Apud GOODE y HAT, págs. 151 a 153.

servación. El observador, mediante este método, desea obtener mayor información y datos relativos a lo que está estudiando. (52).

Sobre las ventajas del método de la observación, se dice que permite ver el fenómeno, el acontecimiento, el hecho o el comportamiento en el momento que se da o sucede. Las limitaciones derivan de que el observador forma parte (directa o indirecta mediata o inmediatamente) de lo observado. Se da una observación distorsionada por nuestros propios esquemas mentales, por nuestros sentidos y por el hecho de que hay una imposibilidad de observar a los demás individuos sin influir en su conducta y sin que la conducta de ellos, influya sobre la del observador. (53).

Al respecto escribió el Premio Nobel de Economía, Gunnar MYRDAL que puesto que la ciencia social no es nada más que sentido común altamente sofisticado, se debe estudiar el marco de referencia de los sujetos: sus ideas, creencias, prejuicios, estereotipos, sentimientos y pasiones. (54).

Todo lo anterior nos lleva a la indicación trivial de que la observación misma modifica lo que se observa. (55). O, como había afirmado Karl MARX: el experimentador forma parte del experimento; el investigador no puede evadirse de su grupo de pertenencia y de su grupo de referencia. Pertenecer a su respectiva comunidad y es fruto de la socialización operada sobre él. Así, los comportamientos sociales, por diversos y complejos que sean, tienen una significación inmediata para el observador. (56).

b) Entrevista

Se ha definido la *entrevista* como una reunión de personas cara a cara, en especial con el propósito de tratar formalmente algún tema. (57).

i) Entrevista no dirigida

En ella, no hay una intencionalidad expresa, sino que el investigador lo que desea es encontrar una ayuda, una orientación acerca de su estudio. Por ello, la entrevista parece ser más bien una conversación sin plan alguno. También, se le llama entrevista de asesoramiento. El entrevistado narra sus experiencias al entrevistador. Aquí la iniciativa está fundamentalmente a cargo del entrevistado.

(52) Cit. COVO, págs. 102 y 103. SEGER. Imogen *El libro de la sociología moderna*. (Barcelona: omega. 1970., págs. 184 a 188).

(53) COVO, *op cit.*, págs. 104 a 107.

(54) MYRDAL, Gunnar. *Objetividad de la Investigación Social*. (México: Fondo de Cultura Económica. 1970. Pág. 18).

(55) MADGE, John. *Las herramientas de la ciencia social* (Buenos Aires: Paidós. 1969., pág. 127).

(56) BOUDON, Raymond. *Los métodos en sociología* (Barcelona: a. redondo. 1973. pág. 19).

(57) Apud MADGE, pág. 143.

ii) Entrevista dirigida

Esta es la que se hace en virtud de un plan previamente trazado por el investigador, tendiente a la obtención de una determinada información. Hay un cuestionario al cual se sujeta el entrevistador al hacer la entrevista fiscalizada.

iii) Entrevista centralizada

Se le ha llamado así en virtud de un trabajo realizado por Robert King MERTON y P. L. KENDALL. (58), en el cual se tuvo por finalidad probar algunos recursos específicos que se usaron durante la guerra para levantar la moral tales como películas, transmisiones radiales y folletos. Así, por ejemplo, los informantes escucharon un programa radiotelefónico y las siguientes entrevistas se centraron sobre sus respuestas al mismo.

iv) Entrevista informal

En ella el entrevistador no lleva un cuestionario previamente elaborado, al cual someter al entrevistado. Por el contrario deja que el entrevistado se refiera a una serie de aspectos que se van desarrollando al hilo y al tenor de la conversación informal con el entrevistador. La idea de fondo es que no somete al entrevistado a un cuestionario fijo, sino que puede llevar un *set* de preguntas o cuestiones básicas, que constituirán la columna vertebral de la conversación. (59).

v) Entrevista "panel"

Esta modalidad consiste en repetir, a intervalos, las mismas preguntas a las mismas personas. El objetivo de estas entrevistas es el de estudiar la evolución de las opiniones, durante períodos cortos. (60).

Es preciso que el entrevistador cambie la forma de las preguntas de una entrevista a otra, con el fin de que el entrevistado no distorsione las respuestas debido a los efectos de la repetición. (61).

Modalidad de las preguntas

Las preguntas que hace el entrevistador pueden ser *abiertas* o *cerradas*. Serán *abiertas*, aquellas preguntas en las cuales se estructura el tema para el sujeto entrevistado, pero se deja a su cargo la tarea

(58) Publicado en *American Journal of Sociology*, 1946, N° 51, págs. 541 a 557, citado por MADGE, *loc cit.*, pág. 162, nota 26.

(59) Apud MADGE, págs. 169 a 173.

(60) PARDINAS, cit., págs. 80 y 81.

(61) PARDINAS, *idem*.

de responder con sus propias palabras, con libertad de estructurar la respuesta según le parezca conveniente y hablar todo lo que quiera. Un ejemplo de la pregunta abierta, podría ser éste: ¿Cuál es su criterio acerca de que los judíos en Costa Rica ocupen puestos de Ministro? ¿Cree Ud. conveniente que un negro ocupe la presidencia de la República? La pregunta cerrada es aquella en la que sólo hay un marco de referencia a partir del cual el entrevistado puede contestar a la pregunta; dentro de ese marco hay una gama conocida de posibles respuestas y en ese *set* de respuestas hay puntos de elección claramente definidos que representan con precisión la posición de cada sujeto. Ejemplos: ¿Es Ud. casado, viudo, soltero, divorciado o separado?. Su ingreso es mayor, menor al del año pasado? ⁽⁶²⁾.

c) La técnica del muestreo

Por lo que corresponde a esta técnica, el investigador debe decidir una vez hecho el diseño de su estudio, qué casos analizará referidos a cuál población.

El objetivo de la técnica del muestreo es, tomando en consideración una muestra de la población total respectiva, con el fin de indagar algo acerca de dicha población. Por este motivo se dice que la *muestra* debe ser representativa de la población. Así, pues, se puede señalar que *muestrear* es tomar cualquier porción de una población o universo que, generalmente, se designa con la letra N ; a esa porción se le llama n , conociéndose como muestra. Esta debe ser lo más representativa de N , para que sea útil a la investigación propuesta por el estudioso. La justificación que se le da al deseo del investigador de que n sea representativa de N consiste en que el estudioso *querá generalizar*, ⁽⁶³⁾ los datos obtenidos a partir de la n , a N . Por ello, se dice, que una buena parte de los problemas del técnico en *muestreo* al diseñar una n representativa de N ⁽⁶⁴⁾.

Así, pues, se puede indicar que una *muestra* consiste de una reducida colección de un agregado mayor, del cual deseamos obtener informes. La n es examinada cuidadosamente, teniendo un conocimiento adecuado sobre ella. De este modo el problema que nos presenta la técnica del *muestreo* es el de hacer *inferencias* acerca del *agregado* o población ⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶²⁾ CANNEL, Charles F. y, KAHN, Robert L. *La reunión de datos mediante entrevistas* (Buenos Aires: Paidós, 1972. Ensayo editado en la obra compilada por Leon FESTINGER y Daniel KARTZ. *Los métodos de Investigación en las ciencias sociales.*, págs. 330 a 332).

⁽⁶³⁾ Aquí es conveniente recordar que en ese concepto de la *generalización* se está haciendo relación al tema de la inferencia estadística. Una idónea presentación de esta temática la da Harold FREEMAN en su libro: *"Introducción a la inferencia estadística"*, editado por Trillas, México, 1970).

⁽⁶⁴⁾ SNEDECOR, George W. *Métodos estadísticos aplicados a la investigación agrícola y biológica* (México: Compañía Editora Continental S. A., 1966. págs. 15 y 16).

La técnica del *muestreo* (o de la utilización de la *muestra*) tiene un papel importante en la investigación cuando el estudioso tiene ante sí una N grande, que en vista de su magnitud cuantitativa no puede manipular de cara a la investigación que se propone llevar a cabo. También, es práctico el uso de la n cuando la N es hipotética. En estos casos el estudioso tiene que obtener la información acerca de N mediante una muestra de esa *población*. La escogencia de una parte de N , con el fin de representar el todo (población o universo según el caso), es denominada *muestreo*. ⁽⁶⁶⁾.

Clases de Muestras Probabísticas

i) Muestreo simple al azar

Es la más simple de las muestras aleatorias. Aquí todas las combinaciones de individuos tienen igual probabilidad de ser elegidos; es decir, cada elemento de la muestra tiene igual "chance" de ser seleccionado que los demás. Ejemplo: extraer una bolita numerada que contiene cien de ellas debidamente numeradas de 0 a 100.

ii) Muestra estratificada

Implica, igualmente, un procedimiento de selección al azar dentro de varios estratos o agrupamientos de individuos. Por lo general, las muestras estratificadas no dan, a todos los individuos o elementos de n , el mismo "chance" de resultar seleccionados.

iii) Muestreo por áreas o por "conglomeración"

En este caso, se subdividen aquellas áreas censales obtenidas al azar. De este modo, los encargados de efectuar el muestreo deben realizar su tarea en sectores censales previamente elegidos de acuerdo con los fines propuestos por el estudio del caso. ⁽⁶⁷⁾.

C) Apreciación final

En el punto anterior *B* hemos señalado algunas de las técnicas y de los métodos de la investigación social. La idea que nos movió a dar esa somera y simple descripción de ese aspecto de la cien-

⁽⁶⁶⁾ PANSE, V. G.; y SUKHATME, P. V. *Métodos estadísticos para investigadores agrícolas*. (México: Fondo de Cultura Económica, 1963., pág. 39). OSTLE, Bernard. *Estadística aplicada. Técnicas de la Estadística moderna. Cuándo y dónde aplicarlas*. (México: Limusa-Wiley, 1970., pág. 63 y 64).

⁽⁶⁷⁾ BLALOCK, Jr., Hubert *Introducción a la investigación social* (Buenos Aires: Amorrortu, 1971., págs. 64 a 68).

cia social es la de dar una vista panorámica y rudimentaria sobre estas técnicas y métodos; y, sobre la posibilidad de su uso en la sociología jurídica, de conformidad con los objetivos del trabajo que el investigador respectivo se proponga efectuar.

En los estudios de campo o empíricos ⁽⁶⁸⁾, que se lleven a cabo sobre este sector de la sociología, los directores de los estudios utilizarán aquellos métodos y aquellas técnicas que estimen más idóneos para el buen resultado de la investigación.

Así, pues, como es lógico suponer, al campo de la sociología del derecho, le serán aplicables aquellos métodos y técnicas de la ciencia social que se le sean pertinentes.

VIII

REALIZACION DE LA INVESTIGACION SOCIOJURIDICA

A) Preliminares

En este campo de la sociología jurídica pueden darse varios medios que faciliten la investigación que el estudio se ha propuesto llevar a efecto.

Claro está que esos estudios usarán los métodos y las técnicas de investigación social que sean pertinentes, en criterio del estudioso, ya se trate de encuestas, muestreos, observación, etc.

Documentos, archivos, hechos, personas físicas, entes públicos y privados, costumbres, usos sociales, modas, reglas de trato social (normas de urbanidad expresadas —algunas de ellas en el conocido "Código de Carreño"), etc., pueden ser instrumentos importantes para la realización adecuada de un trabajo de sociología jurídica.

B) Medios de obtención de la información

La información que el investigador desea la puede obtener de las siguientes fuentes.

1) Documentos

Acerca del concepto se han dado varias acepciones. Algunas de ellas las citaremos aquí.

i) Documento como sinónimo de "escrito"

Es la definición que da el Código Civil, en su artículo 732, refiriéndose al *documento público*:

"Son documentos públicos todos aquellos que han sido redactados o extendidos por funcionarios públicos, según las formas requeridas y dentro del límite de sus atribuciones".

A su vez, el artículo 733 define lo que es un "instrumento público", con el fin de distinguirlo del género "documento público" y configurar así la "especie":

⁽⁶⁸⁾ KARTZ, Daniel. *Los estudios de campo*, en la obra colectiva citada *Los métodos de investigación en las ciencias sociales*, cuyos compiladores fueron FESTINGER y KATZ., págs. 67 a 103.

"Es instrumento público la escritura otorgada ante el notario o cartulario y los correspondientes testigos instrumentales. El cartulario o notario debe estar legalmente autorizado para el otorgamiento de la escritura conforme se establece en la Ley Orgánica del Notariado. Los testigos instrumentales deben ser mayores de dieciocho años, de buena conducta, saber escribir y no tener impedimento legal".

Por su parte serán documentos privados, aquellos emitidos por particulares. (69).

En esta línea, documento es todo escrito en el cual consta la narración y circunstancias de uno o más hechos jurídicos que constituyen, modifican o extinguen relaciones de derecho, entre dos o más personas. (70). También se ha sostenido que es toda escritura que incorpora, enseña, expresa, constata, publica, prueba, declaraciones de voluntad positivas o negativas, o bien de no saber, no querer o no conocer, o simplemente hechos o derechos. (71).

ii) Documento como "algo más que escrito"

A esta tesis se le llamó "intermedia", ya que se puede ubicar entre la estricta de "escrito" y la "amplia" que analizaremos luego.

En esta corriente se define el documento como objeto o materia en el que consta por escrito, una declaración de voluntad o de conocimiento o cualquier expresión del pensamiento. En un sentido lato, documento es todo lo que encierra la representación de un pensamiento, y más aún, una representación cualquiera, como los hitos, fotografías, precintos, tallas, etc. (72).

También se ha afirmado que documento es toda incorporación o signo material de un pensamiento (73); existiendo quien admita al disco fonográfico y la escritura Braille dentro de esta tesis del documento. (74).

(69) ROMERO PEREZ, Jorge Enrique. *Teoría del documento y la prueba de documentos en el proceso civil de Costa Rica*. (Madrid: monografía doctoral elaborada bajo la dirección y tutoría del Dr. Leonardo PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ. 1973. Un resumen de este estudio se ha publicado en el *Anuario de derecho civil*, 1975, editado por el Instituto Nacional de Investigaciones Jurídicas, Madrid).

(70) MIGUEL Y ROMERO, Mauro; y. DE MIGUEL Y ALONSO, Carlos. *Derecho Procesal Práctico* (Barcelona: Bosch. 1967. T. I., pág. 276).

(71) GONZALEZ PALOMINO, José. *Negocio jurídico y documento* (Valencia. 1951. s. p. i., pág. 96).

(72) PRIETO CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo. *Derecho Procesal Civil*. (Madrid: ed. Revista de Derecho Privado. T. I. 1972., pág. 490).

(73) GOMEZ ORBANEJA, Herce. *Derecho Procesal* (Madrid: e. a. Vol. I. 1962, pág. 272).

(74) NUÑEZ LAGOS, Rafael. *Concepto y clases de documento* (Madrid: Revista de derecho notarial. Abril-junio de 1957., pág. 21, nota 124).

iii) Documento, en su concepción amplia

CARNELUTTI es el mejor exponente de esta tesis. Para este autor el documento es una cosa que sirve para representar otra, siendo el resultado de un trabajo, de un *opus*. Este mismo clásico, hizo la distinción entre documentos directos e indirectos. Los *directos* serían aquellos en los cuales la representación se obtiene inmediatamente, "sin pasar" por la mente del hombre, como en las fotografías; en los *indirectos*, la representación se da mediatamente, mediante la mente del autor del documento. (75).

iv) Concepción amplísima del documento

En esta postura el documento se identifica con una cosa mueble, pudiendo ser llevada a la sede del tribunal. GUASP define el documento como un medio de prueba que consiste en un objeto que, por su índole, procesalmente mueble, puede ser llevado a la presencia del juez. (76).

Tales son varias de las posibles definiciones de documento que se pueden dar. En cualquiera de estos sentidos cabe realizar una investigación documental con vista a un estudio sociojurídico.

En esta línea de razonamiento, la investigación puede recaer sobre escrituras públicas, sentencias emanadas del Poder Jurisdiccional, revistas jurídicas, monografías, manuales y tratados, ensayos, exégesis o glosas jurídicas, artículos o editoriales periodísticos sobre temas de derecho o parajurídicos, iconos, etc.

2) Monumentos

Se ha definido como *monumento* a aquellas cosas que no admiten movilización, que no permiten desplazamiento. (77). El Diccionario de la Real Academia Española dice que monumento es la obra pública y patente, como las estatuas, las inscripciones y los sepulcros, puesta en memoria de una acción heroica u otra cosa singular (acepción primera de esa voz). (78).

En un sentido o en otro, el *monumento* puede ser útil en la investigación sociojurídica, como elemento "proporcionador" de información al estudioso.

(75) CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires: EJE. T. I. 1944., págs. 140 a 145).

(76) GUASP DELGADO, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. (Madrid: Instituto de Estudios Políticos. T. I. 1968., págs. 391 a 392).

(77) ALMAGRO NOSETE, José. *La prueba de informes*. (Sevilla: e. a. 1968., págs. 63 a 80).

(78) Apud GUASP, págs. 407 y 408.

(79) Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. (Madrid: Espasa-Calpe. 1956 18ª ed., pág. 894).

3) Hechos

Todo el mundo factual puede ser un valioso instrumento de información para el investigador. La realidad se le presenta al estudioso como un macroconjunto en el cual se introduce para indagar aquello que ha determinado como heurísticamente relevante para su trabajo.

En este punto hay que recordar lo manifestado por DURKHEIM, cuando indicó que los hechos sociales deben ser tratados como *cosas*. Entendiendo por *cosa* todo objeto de conocimiento que no sea naturalmente aprehensible por la inteligencia; todo aquello de lo que no podemos tener una noción adecuada por un simple procedimiento de análisis mental; todo lo que el espíritu sólo puede llegar a comprender a condición de salir de sí mismo a través de observaciones y experimentaciones, pasando progresivamente desde los caracteres más exteriores accesibles hasta los menos visibles y más profundos. Aclarando que tratar como cosas a los hechos sociales de un cierto orden, no significa clasificarlos en cierta categoría de la realidad ("cosificarlos, reificarlos"), como diría Georg LUKACS, (*Historia y conciencia de clase*: México, Grijalbo, págs. 89 y ss.), sino enfrentarlos con cierta actitud mental. Es —subraya— abordar su estudio tomando por principio que se las ignora absolutamente y que tanto sus propiedades características como las causas desconocidas de las que dependen, no podrían ser descubiertas aún por la más atenta introspección. ⁽⁷⁹⁾ Es tratarlos como externos al individuo.

En este sector será muy fructífero el contraste de la *normatividad* (el conjunto de normas vigentes) con la *normalidad* el comportamiento de la realidad con respecto a los dictados de la Ley). Este análisis *dialéctico* permitirá al investigador auscultar mejor el corte de la realidad que le interesa analizar.

Así, el mundo de lo real, contrapuesto al orbe normativo (lo estipulado en las Leyes), le permite al estudioso una serie grande de trabajos que puede elaborar, sociojurídicamente significativos. Por supuesto, que uno de los principales problemas que encontrará será el del financiamiento de sus trabajos de investigación, máxime en países sub-desarrollados como el nuestro.

IX

ALGUNOS POSIBLES INDICADORES SOCIO-JURIDICOS

Para este acápite será muy útil el estudio del sociólogo español José Juan TOHARIA "*Cambio social y vida jurídica en España. 1900-1970*"; así, como también su ensayo "*indicadores en sociología del derecho*" (los dos ya citados).

Las tipologías que se pueden construir parten, al menos, de estos puntos de vista:

- 1º) Los indicadores relativos a los actores del "drama jurídico": profesores, jueces —en sentido alto—, diputados, notarios, etc.
- 2º) Otra clase de indicadores relativos a la dinámica del derecho.

En lo que concierne al primer modo de enfrentar estas tipologías, es decir, "los actores del drama jurídico", se pueden señalar una serie de indicadores, como por ejemplo, los siguientes:

- * zona en la cual viven
- * ocupación o profesión de sus padres
- * pertenencia a partidos políticos
- * adherencia a clubes sociales
- * fuentes de sus ingresos y destino de los mismos.

La otra tipología apunta hacia la "dinámica del derecho". Aquí de lo que se trata es de destacar otros problemas.

En este caso se trabaja con índices o proporciones que apuntan en determinado sentido del desarrollo de la actividad jurídica de un país o región.

Así por ejemplo:

a) *índice general de actividad jurídica* = *i.g.a.j*

total de protocolos notariales P

=

totalidad de la población del país N

⁽⁷⁹⁾ DURKHEIM, Emile: *Las reglas del método sociológico*. (Buenos Aires: Schapire, 1969., pág. 12).

Mediante este índice se podría encontrar una medida del grado de "juridificación" o "juridificación" de las relaciones sociales en una sociedad. Relaciona el total de protocolos notariales con el total de habitantes de una nación.

Se pretende así hallar el *grado de juridicidad* de un país, en base a la relación de protocolos notariales con respecto a N.

N: población total de una nación o país.

P: total de protocolos notariales existentes en un país.

Con relación a los protocolos, se puede decir que las matizaciones señalables son, entre algunas otras, éstas:

- no todos los notarios tienen protocolo
- no todos los notarios que poseen protocolo lo usan personalmente (se trata de precisar el grado de utilización del protocolo y quiénes, realmente, lo usan).
- no todos los abogados son notarios.

Este "grado de juridicidad" de una nación fija su atención en la rama notarial y deja por fuera el ejercicio de la abogacía y lo atinente a los conflictos judiciales. Por ello, su enfoque es parcial, como es obvio.

b) *Nivel de litigiosidad absoluto* : n.l.a.

$$\frac{\text{total de casos presentados ante los tribunales}}{\text{totalidad de habitantes del país}} = \frac{C}{N}$$

C: total de casos presentados ante los tribunales.

Aquí buscamos el *grado de conflictividad* presentada ante los tribunales que administran el derecho.

Las series que se pueden establecer, ya sea por años, (o usando otro criterio clasificatorio), facilitarían percibir las fluctuaciones respectivas del "nivel" indicado.

c) *Niveles de litigiosidad relativos o netos* :n.l.r.

$$\frac{\text{total de casos presentados ante los tribunales (civiles; administrativos; penales; laborales; etc).}}{\text{total de habitantes del país}} = \frac{C}{N}$$

C: casos de derecho civil o contencioso-administrativo o penal (depende de la rama del derecho que se esté analizando).

Se trata de una pormenorización del anterior "nivel de litigiosidad absoluto", como se observa fácilmente. Es una descomposición del "nivel absoluto" de conformidad con las grandes secciones del derecho. En el prómo "nivel" el detalle y la concreción se darán a un grado mayor.

d) *Nivel de conflictividad "específico"* * : n.c.e.

$$\frac{\text{Número total de juicios ejecutivos ante los tribunales.}}{\text{Número total de conflictos presentados ante los tribunales.}} = \frac{J}{C}$$

J : juicio "específico" en estudio

* : lo de "juicio ejecutivo" es un mero ejemplo. Se podría también, citar un juicio ordinario, o de cualquier otra naturaleza, siempre y cuando responda al criterio de que se trate de un proceso bien individualizado y caracterizado.

Es otro modo de analizar por secciones más pequeñas el grado, la intensidad, la dirección y la velocidad de los conflictos que se presentan ante los tribunales.

e) *Propensión social a llevar conflictos ante los tribunales*: "propensión social a pleitear: p.s.p.

$$\frac{\text{Número total de expedientes desatendidos}}{\text{Número total de expedientes tramitados}} = \frac{Ed}{Etr}$$

Mediante este nivel, índice o proporción, se trataría de contar con una idea sobre la tendencia que tiene la gente de acudir a los tribunales para dirimir sus conflictos.

La vida de los expedientes que inician su tramitación en los tribunales correspondientes puede ser diversa. Así, unos son desatendidos por ambas partes o inactivados por alguna de ellas; como también, cabe la posibilidad de los llamados "arreglos extrajudiciales". De este modo no todo expediente que se tramita en los tribunales llega a su finalización cumpliendo todos los pasos y trámites procedimentales, como es sabido.

f) *Conflictividad inter-comparada; o, simplemente conflictividad comparada: c.c.*

total de casos civiles presentados ante los tribunales c.c.

..... = N

total de habitantes del país N

en comparación con el total de casos penales. c.p.

presentados ante los tribunales c.p.

..... = N

total de habitantes del país N

Comparación entre:

$$\frac{c.c.}{N} \quad \text{y} \quad \frac{c.p.}{N}$$

en donde cc. (casos civiles) y c.p. (casos penales). pueden ser sustituidos por casos administrativos, casos laborales casos de conflictos agrarios, etc., según corresponda al estudio que se haga.

Como es fácil de ver de lo que se trata es de obtener relaciones entre diferentes campos de aplicación del derecho con el fin de indagar más a fondo sobre la litigiosidad del país que se estudie o de la región (provincia, departamento, distrito, etc.).

g) *Litigiosidad "diferencial" : l.f.*

en una breve y simple investigación que realicé en el cantón de Desamparados de la provincia de San José, pude darme cuenta de otro hecho llamativo y cotidiano; siempre al tenor del dicho de que la sociología es la ciencia de los hechos triviales y obvios. Tal hecho fue el siguiente:

Al estudiar los diversos y múltiples expedientes que se han presentado en los últimos diez años en la Alcaldía del citado lugar, se observa una tendencia, entre otras, sugestiva. Tal situación se puede presentar así: Se da una "especialización" a una mayor incidencia de cierto tipo de procesos en ciertos distritos de tal cantón.

distritos	tipo de proceso más frecuente por razón de esta materia:
A	sexual
B	lesiones
C	desahucios

Lo que interesa en este caso atractivo es que en una determinada zona "geo-jurídica" los conflictos que se dan varían en el interior del área analizada. Ello es explicable al nivel simple de enunciar que, por ejemplo, en un cantón es posible plantear que sus habitantes incurran en hechos relevantes jurídicamente de un modo diverso, tanto cuantitativa como cualitativamente.

Pensar lo contrario: es decir, que los habitantes de un mismo sector realizan los mismos hechos jurídicos, dándole así una tonalidad homogénea al posible "mapa-jurídico", no tiene mayor sentido por cuanto las actuaciones de los seres humanos son diversas e "impactan" de manera distinta el ordenamiento legal. Por esta razón, es más factible plantearse en una investigación que en el "territorio judicial" que se analiza es posible que se den diversas conductas relevantes para la norma legal. Y, la pequeña investigación que llevé a cabo en el indicado cantón es un buen indicio (una pista heurísticamente pertinente) de que una tarea de este tipo presenta aspectos muy interesantes en el campo de la sociología jurídica.

Este tipo de estudio ⁽⁸⁰⁾ permite hacerse una serie de preguntas.

Veamos algunas:

- ¿Por qué en el distrito A se comete con mayor incidencia esa conducta jurídica; mientras que en los otros distritos las conductas jurídicas que se cometen son de otra naturaleza?
- ¿Cuáles son las causas que generan y explican la realización de esos procesos en determinados distritos?
- ¿La población de esos distritos se ha mantenido estable durante los últimos diez años estudiados; o, por el contrario se han efectuado movimientos "poblacionales"?

⁽⁸⁰⁾ El método que usé en esta pequeña investigación fue, a *grosso modo*, el siguiente: revisé los informes judiciales (tanto mensuales como anuales) que prepara la Alcaldía mencionada. También revisé varios de los expedientes relativo a los procesos para ser remitidos a la Corte Suprema de Justicia en mención. Realicé entrevistas con los funcionarios y empleados de esta Alcaldía, usando un sencillo cuestionario orientador. Existen otras variables, que en un estudio más amplio y profundo podrían tomarse en cuenta, como por ejemplo, las relativas a los movimientos "poblacionales". A partir de 1960, el cantón de Desamparados, fundamentalmente en sus distritos más cercanos al Central, han venido experimentando inmigraciones de personas provenientes del Valle Central o "cartagos" (para usar la voz guanacasteca), formando así las llamadas "ciudadelas" y "barriadas", que han llevado a este cantón a la cifra de 65.000 habitantes. Otro aspecto interesante en este tipo de estudio es que en la actualidad existen dos despachos abogadiles y notariales para atender una población de unos 60.000 habitantes. Simplificando, se puede decir que sólo hay dos abogados para esa cantidad de habitantes. La razón, es fácil de entender: "no paga estar en una zona pobre", como dice el argot. Efectivamente, esta zona sur de la Capital es pobre y no es atractiva para los profesionales en derecho. Como se observa, esta clase de investigación es muy sugestiva.

—¿Se podría descomponer el análisis en los diversos posibles factores que lo integran: demográficos, políticos, sociales, ocupacionales, etc.

En otras palabras, y circunscribiendo nuestro pensamiento, la tipología de los *delitos* (definidos, en su sentido más amplio como infracción al ordenamiento jurídico; y, por lo tanto, extendiendo así el sentido penal del mismo ⁽⁸¹⁾), nos permitiría construir un mapa de las infracciones al citado ordenamiento. Esto sería de gran utilidad ya que permitiría conocer, rápida y fácilmente, las áreas con mayor grado de “delictuosidad” específica y genérica. Esta información daría mucha luz acerca del estado real de anomia de la colectividad analizada”.

X

EL PROYECTO “DERECHO Y DESARROLLO” DE LA
UNIVERSIDAD DE STANFORD QUE SE REALIZA
EN COSTA RICA

Como lo expresa GUTIERREZ la investigación “*Derecho y desarrollo*”, constituye un plan de trabajo que “se propone esclarecer el efecto que produce el cambio social sobre el funcionamiento del sistema jurídico”. Dicho plan está dividido en 4 estudios: I.—Descripción del cambio social ocurrido durante el período 1945-1970. II.—Funcionamiento del sistema jurídico dentro de dicho período. III.—Papel del derecho en la solución de los conflictos laborales. IV.—Papel del derecho en la solución de los conflictos agrarios”.

“El diseño y ejecución del plan —expresa el citado autor— es el resultado del trabajo de un grupo compuesto por John Henry Merryman y Lawrence Friedman, de los Estados Unidos de América; Edmundo Fuenzalida, de Chile; Lorenzo Zolezzi, del Perú; Miguel Wionzeck y Luisa Leal, de México; José Juan Toharia, de España; Sabino Casezze y Stefano Rodotà, de Italia; Ricardo Harbottle y el que escribe, de Costa Rica. La investigación se lleva a cabo bajo el auspicio y administración de la Escuela de Derecho de la Universidad de Stanford, y fue financiada por una donación hecha a ella por la Agencia de Desarrollo Internacional del gobierno de los Estados Unidos. ⁽⁸²⁾.”

Nos referimos a los documentos elaborados por el equipo de Costa Rica que investiga bajo la dirección del Lic. Carlos José GUTIERREZ. Estos trabajos son:

- * *Cantidad y cualidad de la función notarial en Costa Rica.*
- * *Cambio social y actividad jurídica; y,*
- * *El mejoramiento de la infraestructura del Derecho costarricense.*
- * *Los jueces de Costa Rica. Hipótesis y sugerencias para su estudio.*

(82) GUTIERREZ, Carlos José. *Cantidad y calidad de la función notarial de Costa Rica.* (San José: contribución al XII Congreso Internacional del Notariado Latino.- Tema II: el notariado y el mundo moderno. Setiembre de 1973. Con la colaboración de Zoila Rosa CUBERO y Agustín ALVAREZ. 38 páginas. 28 x 21 cms. En mimeógrafo. Presenta 25 cuadros).

(81) CAPITANT, Henri *Vocabulario jurídico.* (Buenos Aires: Depalma. 1973., pág. 195. El autor citado es el director de este diccionario).

a) *Cantidad y cualidad de la función notarial en Costa Rica:*

El índice o temario de esta ponencia es el siguiente:

- I — Introducción
- II — Metodología
- III — Hipótesis
- IV — Macrocefalia y actividad notarial
- V — Aumento demográfico y vida notarial
- VI — Desarrollo económico y vida notarial
- VII — Cualidad en la actividad notarial.

Introducción:

Aquí se indica que el trabajo se realiza bajo los auspicios de la Escuela de Derecho de la Universidad de Stanford y los otros detalles a los que ya hicimos anteriormente referencia.

Asimismo manifiesta GUTIERREZ que "en la realización del trabajo en Costa Rica colaboran además Zoila Rosa Cubero, Agustín ALVAREZ y James ROWELS".⁽⁸³⁾

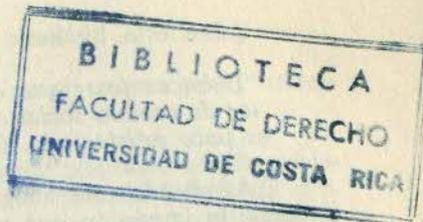
Metadología

El estudio partió de uno de los ficheros del Archivo Nacional, en que se lleva el control del número de protocolos entregados por cada notario y el tiempo que requirió para agotarlos. Del análisis de tales fichas se logró determinar cuáles notarios habían ejercido dentro del período 1945-1970 y la provincia en que llevaron a cabo esa actividad.⁽⁸⁴⁾

Con la lista elaborada —continúa el autor citado— con base en el fichero de protocolos se pasó al fichero en que se lleva el control de los índices notariales, que están agrupados por notarios y por años de ejercicio. Cada folleto o libro de índices tiene su correspondiente número y comprende cinco años de actividad notarial.⁽⁸⁵⁾

Al principio, afirma dicho jurista, se pensó que el estudio de cada grupo de índices abarcaría tanto el volumen, número de escrituras otorgadas por el notario, como la clase de actividad desarrollada. Para ello se contaba con una clasificación de actas notariales incluida en el plan de estudio que comprendía a siete clases de actos, a saber:

- 1º) contratos de compra venta
- 2º) hipotecas
- 3º) testamentos
- 4º) constitución de sociedades
- 5º) modificación de estatutos
- 6º) poderes; y.
- 7º) otros.



Al realizar el estudio de siete notarios, el primero de cada provincia, para todo el período, señaló que se requería un mínimo de unas cuatro horas —la jornada diaria de trabajo— para cada notario. Este estudio representa el primer esfuerzo, de medir la actividad notarial en nuestro país.

Al juzgar por el total de notarios activos sobrepasaría de cuatrocientos, lo que significaba más de un año de labor, se abandonó la tesis de hacer el estudio cualitativo completo y se limitó la investigación del universo al número total de escrituras otorgadas.

Terminado el conteo total, se elaboró una muestra representativa. Para seleccionar la muestra se utilizaron los siguientes criterios:

- i) Agrupación de las provincias;
- ii) agrupación por años: períodos de 1945-1949
1955-1959
1960-1964
- iii) Selección individual de notarios: para elegir los integrantes de la muestra se sumó el total de notarios que había para cada uno de los tres grupos de provincias y para cada uno de los grupos de años. Vistos los totales, para San José, se decidió tomar un notario de cada cincuenta; para Alajuela, Heredia y Cartago, uno de cada diez, y para el grupo de provincias periféricas, uno de cada cinco.

Hipótesis

Antes de señalar las hipótesis del estudio GUTIERREZ manifiesta que "un obstáculo que presenta la relación entre derecho y cambio social, es la falta de suficientes hipótesis de base de estudio. La novedad del tema hace que el marco teórico tenga todavía un nivel de generalidad demasiado amplio, filosófico casi, que dificulta la labor empírica. Ello hizo que trabajara con hipótesis bastante sencillas".⁽⁸⁶⁾

⁽⁸³⁾ Apud, GUTIERREZ, pág. 1.

⁽⁸⁴⁾ *Idem.*, pág. 4.

⁽⁸⁵⁾ *Ibidem*, pág. 4.

⁽⁸⁶⁾ GUTIERREZ., Op. cit., pág. 10.

Sobre esta hipótesis el jurista costarricense, afirma que:

"Debo confesar que este primer intento de relacionar un factor de cambio social con el funcionamiento del sistema jurídico es poco satisfactorio. (87).

Añadiendo este abogado que "lejos de señalar una relación estrecha, la impresión que se obtiene es una cierta autonomía entre ambos factores". Precizando que "pendientes otras pruebas de correlación, frente al fracaso de tan sugestiva hipótesis, casi que lo único que cabe recordar es a Konrad LORENZ cuando nos dice: "para el investigador es un buen ejercicio matinal deshacerse antes del desayuno de alguna hipótesis favorita. Así, se conserva joven". (88).

Cualidad en la actividad notarial.

En este punto los aspectos más significativos son:

- 1º) la circunstancia, aparentemente contradictoria, de que en la constitución de sociedades es mayor la actividad que se realiza en las provincias periféricas (Guanacaste, Limón y Puntarenas) que en el grupo intermedio (Cartago, Heredia y Alajuela). Ello sugiere que estas últimas se encuentran dentro de una mayor esfera de atracción de San José, por lo menos en esas actividades.
- 2º) La preponderancia en los tres grupos regionales de las compraventas de inmuebles como la actividad de mayor incidencia de los notarios en Costa Rica. Esto, demuestra, señala el mencionado autor, el carácter básicamente rural de nuestra economía y la circunstancia de mantener nuestro país su fisonomía de país subdesarrollado.
- 3º) La demostración de la hipótesis planteada, dado que efectivamente en la muestra de San José, la constitución de sociedades es mucho mayor que en las otras dos regiones (Alajuela, Cartago, Heredia; y, Guanacaste, Limón, Puntarenas. (89).

En fin, con respecto a la hipótesis propuestas se puede decir que la vida notarial es mayor en San José que en el resto del país, dada la "macrocefalia" de la ciudad capital.

En relación a la segunda hipótesis: desarrollo económico y vida notarial los datos que se manejan pusieron en evidencia, a la altura de la investigación, que pareciera más bien que, en Costa Rica, en el período analizado, actúan como variables "autónomas".

(87) *Idem.*, págs. 10 y 11.

(88) Apud GUTIERREZ. págs. 13 a 23; fundamentalmente la pág. 17.

(89) *Idem.*, pág. 28.

Tales fueron:

- 1º) La actividad jurídica costarricense se concentra, básicamente, en San José.
- 2º) La actividad notarial, en relación constante con la población de los distintos años del período habría de presentar un crecimiento. Dicho crecimiento económico, de manera directa, dado que la función que cumple el notario, está estrechamente vinculada con una serie de actos de la vida económica.

Este jurista advierte que esta última hipótesis está inspirada en los resultados del estudio realizado por el profesor José Juan TOHARIA "Cambio social y vida jurídica en España.1900-1970" (al cual ya hemos hecho referencia). (90).

Macrocefalia y actividad notarial

El término "macrocefalia" está orientado hacia el fenómeno del crecimiento demográfico de la ciudad capital: San José.

El autor indicado, nos indica que, al respecto, se puede decir que en 1945 esa ciudad tenía el 68% de la actividad notarial del país; en 1950, ese porcentaje fue del 71.61; en 1960, fue del 74.2; y en 1970 el porcentaje llegó al 77.8.

Agregando que, de tal manera que la importancia de la actividad notarial de San José frente al resto de las provincias aumenta sensiblemente durante el período de 1945 a 1970. (91).

Aumento demográfico y vida notarial.

El crecimiento de la actividad notarial durante el período estudiado (1945-1970) es bastante grande, afirma el autor señalado.

Con base en los datos analizados, se da un relación entre el aumento demográfico y el aumento de la actividad notarial. Tal relación es signo positivo; es decir, que la actividad notarial aumentó conforme aumentaba la población.

Desarrollo económico y vida notarial.

GUTIERREZ acepta la hipótesis que formuló TOHARIA, sobre este punto:

a medida que aumente el grado de desarrollo aumentará también en forma correlativa el volumen de la actividad notarial.

(90) *Idem.*, págs. 10 y 11.

(91) Apud, GUTIERREZ. págs. 13 a 23; fundamentalmente, la pág. 17.

b) Cambio social y actividad jurídica.

Este trabajo se refiere a la misma investigación, ya indicada, de Stanford y presenta datos y consideraciones mucho más amplias y detalladas que las que contiene el interior "paper", ya que se elaboró en la etapa final de la mencionada investigación.

Este estudio constituye la ponencia de GUTIERREZ al III Congreso Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, que se celebrará en la Universidad Central de Venezuela —Caracas—, en enero de 1975, con el nombre completo de *Cambio social y actividad jurídica. Presentación esquemática de los resultados de una investigación*".⁽⁹²⁾

Esta ponencia presenta la siguiente división:

I — Introducción

II — El cambio social durante el período de 1945 a 1970.

1. Cambio demográfico
2. Cambio migratorio
3. Cambios en la población económicamente activa
4. Dimensión psico-social
5. Déficit habitacional
7. La seguridad social
8. Dimensión educativa
9. Resumen.

III — La actividad judicial.

1. El sistema judicial
2. Fuentes de información
3. Aspectos estudiados
4. El crecimiento de la actividad judicial
5. Duración media de los juicios
 - a. En materia civil
 - b. En materia penal
 - c. En materia laboral
6. Las variaciones entre los tipos de juicios civiles
7. Las variaciones en los juicios penales
8. Conclusiones.

IV — La actividad notarial

1. Concentración de la actividad notarial
2. Crecimiento de la actividad notarial
3. Las variaciones en la actividad notarial
4. Conclusiones.

(92) Esta ponencia tiene un total de 45 páginas. Es una versión mecanográfica. Presenta 19 cuadros.

A los efectos de estas breves indicaciones sobre la sociología jurídica, haremos referencia a algunos aspectos del valioso y sugestivo trabajo del jurista GUTIERREZ.

i) Conclusiones de la parte relativa a la actividad judicial.

Nos dice el autor de cita que en esta actividad encontramos un proceso de concentración de ella en la zona más desarrollada del país (esencialmente, área metropolitana) que tiene una tendencia a disminuir cuando se mide en números constantes. La duración media de los juicios es más o menos constante en materias penales y laborales, mientras crece considerablemente en materia civil. Agregando que, la única categoría de juicios civiles que aumenta durante el período es la de juicios ejecutivos. Y, en lo concerniente a los únicos juicios penales con sentencias condenatorias que aumentan son las faltas contra el orden y la seguridad públicas; al honor y las buenas costumbres.⁽⁹³⁾

ii) Conclusiones acerca de la actividad notarial.

En nuestro país, la actividad notarial se encuentra concentrada, en forma creciente, en el área de mayor desarrollo (región metropolitana).

Asimismo, el volumen de dicha actividad tiende a crecer y el crecimiento es mayor de acuerdo con el mayor desarrollo (económico-social).

Por lo que hace a los tipos de actividad, cabe señalar lo siguiente:

- * Las *compraventas* de inmuebles y los *testamentos* tienen una tendencia decreciente y mantienen una relación inversa al grado de desarrollo relativo.
- * Las *hipotecas* tienen una tendencia creciente y el aumento guarda una relación directa con el grado de desarrollo relativo.
- * La constitución de *sociedades* y el otorgamiento de poderes tienen una tendencia creciente y se presentan con mayor frecuencia en la zona de mayor desarrollo, aunque la relación entre provincias centrales y laterales no corresponda a este criterio.⁽⁹⁴⁾

iii) Conclusiones sobre el apartado relativo a cambio social, y actividad jurídica.

(93) GUTIERREZ. Op. cit., pág. 45.
(94) *Idem.*, págs. 58 y 59.

En el período analizado (1945-1970) el cambio social experimentado por nuestro país de acuerdo a los indicadores utilizados durante ese lapso de tiempo, fue el siguiente: se experimentó un alza considerable de la población, cuyo impulso se redujo al final del período. Esta población mantuvo un régimen migratorio que se dividió en rural y urbana, orientándose el primero en búsqueda de tierras de fácil adquisición; y, el segundo, desde las ciudades más pequeñas hacia el Área Metropolitana de San José. Empero, la mayoría de la población continuó siendo rural, lo cual se refleja en la población económicamente activa con tendencia a disminuir; en la que, además, aumentó la participación de las mujeres y disminuyó la de los jóvenes. La tasa de desocupación se mantuvo casi constante; los empleados de comercio e industria crecieron ligeramente; y, el sector de mayor crecimiento fue el gubernamental.

La exposición de los costarricenses, añade el autor, a los medios de comunicación masiva aumentó en forma considerable. El déficit habitacional se mantuvo en términos parecidos. La distribución del ingreso experimentó una reducción del ingreso "de las clases más necesitadas y de las más poderosas" ⁽⁹⁵⁾, con un "fortalecimiento de los sectores medios". ⁽⁹⁶⁾ Se "elevó el nivel de seguridad social sin llegar a las pretensiones constitucionales" ⁽⁹⁷⁾ y aumentó el nivel educativo.

Advierte el autor en cuestión que todo lo anterior fue posible, gracias a un aumento del producto económico, que está muy lejos de aproximarse siquiera a los niveles propios de los países desarrollados. Finalizando sus observaciones, afirmando que se está en presencia de

⁽⁹⁵⁾ Probablemente el autor se está refiriendo a los estratos bajos y altos, respectivamente de la sociedad. Tal y como los llama (clases más necesitadas; y, más poderosas) nos parece que, si bien el giro plástico-imaginativo, puede ser pertinente; es, tal vez, más preciso usar el vocabulario sociológico de estratos bajos (medios y altos, por ejemplo). El problema con este lenguaje es que "más necesitadas"; "más poderosas") es que es muy impreciso; equívoco, ambiguo; responde más al estilo literario del léxico de los políticos en ejercicio. Cabalmente los políticos son expertos en la utilización de conceptos multívocos, difusos y ambiguos. Ello les permite moverse en el contexto de la *praxis* de una forma estratégicamente hábil.

⁽⁹⁶⁾ La literatura en América Latina sobre los denominados "sectores medios" es sumamente abundante. Se aplica con más facilidad a países como Chile, Argentina, Costa Rica. El estereotipo, explotado políticamente por las clases altas latinoamericanas, es de que se da una sociedad abierta, democrática y "pluralista" en la cual tales "sectores medios" tienen un peso específico importante en los rumbos del país. Ello se usa para volatilizar el "rol" de la clase, heterogénea, alta en cuanto oligárquica y detentadora del poder político y económico de la sociedad.

⁽⁹⁷⁾ La Constitución Política de los sistemas organizacionales juega un papel ideológico dentro del Sistema social global. Así, *verbi gratia*, nuestro país se puede decir que es de índole pluto-oligárquico, configurando una "democracia" matizada por el elitismo financiero.

un país que era subdesarrollado al principio del período y continúa en esa condición, al final. ⁽⁹⁸⁾.

c) *El mejoramiento de la infraestructura del Derecho costarricense.*

Este otro estudio de GUTIERREZ es una ponencia que presentó a la XVIII Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados, celebrada en Río de Janeiro, en agosto de 1973.

Las ideas que seleccionamos, de este interesante trabajo, son las siguientes:

1. Se presume de una manera absoluta que todas las personas conocen las leyes; y, el común de los ciudadanos supone que esa presunción, falsa para ellos, es cierta para los abogados, que son los especialistas en el conocimiento de las normas jurídicas.
2. La fórmula "Esta ley deroga o modifica todas las anteriores en cuanto se le opongan", por su simplicidad, pareciera ser el ideal para resolver dificultades. Empero, en muy pocos casos sirve para saber cuáles leyes se encuentran vigentes y cuáles han sido derogadas total o parcialmente por normas posteriores ⁽⁹⁹⁾.

Asimismo, nos dice este autor, la falta de correspondencia exacta entre unas y otras plantea continuamente la pregunta de cómo se hace para saber a ciencia cierta dónde hay oposición total y por lo tanto derogatoria, dónde contradicción parcial y por ende, modificación y dónde se regula una situación distinta y deben coexistir la ley anterior y la nueva. Así, las diferencias de criterio que han surgido en multiplicidad de casos son prueba de que la *derogatoria tácita* es para los abogados un terreno muy inseguro cuando les piden determinar una fuente de problemas (y no una manera de evitarlos), que coloca el Derecho vigente sobre una determinada actividad social. ⁽¹⁰⁰⁾.

3. La percepción de la ley, emanada de su ente creador, es de carácter individual, separada, solitaria y casi nunca se piensa que habrá de integrarse dentro del conjunto de normas del sistema jurídico ⁽¹⁰¹⁾, que pueden surgir antinomias, y que el propósito particular puede ser desvirtualo al entrar la nueva en roces con la legislación anterior. ⁽¹⁰²⁾.

⁽⁹⁸⁾ GUTIERREZ, *Cambio social...*, págs. 25 y 26.

⁽⁹⁹⁾ GUTIERREZ. *El mejoramiento de la ...* pág. 1.

⁽¹⁰⁰⁾ *Idem.*, pág. 2.

⁽¹⁰¹⁾ Se recuerda aquí lo escrito con anterioridad acerca de la visión "estructuralista" del sistema legal.

⁽¹⁰²⁾ *Ibidem.*, pág. 2.

4. La situación se complica aún más si nos damos cuenta de que el sistema jurídico no se compone exclusivamente de leyes e incluimos dentro de él, las sentencias de los tribunales. En Costa Rica, nos manifiesta el autor en mención, es posible que todavía ocurra (al igual que en otros países latinoamericanos) que se den profesores que enseñan a los estudiantes de Derecho que la jurisprudencia de los tribunales no es obligatoria; y, que como consecuencia, ella no tiene carácter de fuente de Derecho. Pero, aunque se preste nominal respeto a ese viejo mito, la realidad

de la actividad jurídica otra cosa. Los jueces siguen con cuidadosa atención lo que han dicho los tribunales superiores en casos similares. ⁽¹⁰³⁾ Los abogados prácticamente se afanan siempre por descubrir sentencias que sostengan criterios parecidos a los que defienden en cada litigio⁽¹⁰⁴⁾, y los artículos en las revistas jurídicas no consideran completo en análisis de un problema, mientras no comentan las principales sentencias que se hayan dictado en esa materia. Si a ello añadimos el uso cada vez más frecuente de los fallos para las lecciones de pedagogía activa ⁽¹⁰⁵⁾, nos encontramos con que la accesibilidad de la jurisprudencia como la certeza en la vigencia de la ley, son problemas que demandan una solución urgente. ⁽¹⁰⁶⁾

⁽¹⁰³⁾ Esta observación puede ser explicada, entre otras cosas, por la mentalidad que se desarrolla en las burocracias. El derecho se administra burocráticamente. El Poder Judicial constituye un sistema burocrático. Esto es obvio. Ahora bien, las burocracias desarrollan y condicionan una mentalidad, una "idiosincrasia", una *weltanschauung* específica: la del burócrata. Este hecho trivial de que el derecho lo administra una burocracia tiene implicaciones muy importantes para entender el ejercicio de lo que se llama la función jurisdiccional. Valga aquí remitirse a la literatura cada día más cuantiosa sobre la Organización o la Burocracia. Ahora bien, digamos que los jueves *ad quo* prefieren someterse, de hecho, a los fallos de los juzgadores *ad quem* con el fin de que las sentencias que elaboran "no se las eche abajo el juez de instancia". Visto el asunto desde otro ángulo, la rutina y la "ley del menor esfuerzo" que no tiene nada que ver con la "economía procesal" condiciona una situación en la que los jueces (en sentido genérico) prefieren seguir los derroteros de sentencias anteriores, ya que ponerse a pensar en nuevas soluciones a los conflictos jurídicos, los obliga a buscar fuentes de estudio y de información para estructurar la nueva sentencia. Claro está que no siempre se podrá echar mano de sentencias anteriores; razón por la que en determinados casos, se verán constreñidos a redactar sentencias para resolver el litigio o el asunto presentado a su despacho. Sin embargo, la regla es que la rutina campea. Precisamente estos son los puntos, también de sumo interés para la sociología del derecho. Nada menos que el mundo real de lo jurídico.

⁽¹⁰⁴⁾ Por supuesto, que los abogados litigantes se afanan por tratar de estar al día en la jurisprudencia de los tribunales, ya que saben que, factualmente, la sentencia juega un papel muy importante, en la solución de casos.

⁽¹⁰⁵⁾ También el Area de Investigación de la Facultad de Derecho, ha dispuesto que las Tesis de grado para la obtención del título de licenciado en Derecho, contengan jurisprudencia relevante acerca del tema objeto del trabajo de graduación.

⁽¹⁰⁶⁾ Apud, GUTIERREZ, págs. 2 y 3.

5. El volumen de la legislación y de la jurisprudencia y la limitación del tiempo que pueden emplear el juez, el abogado y el profesor de Derecho, para conocerlas y utilizarlas, hacen imperativa una labor de clasificación y organización de ambas. En Costa Rica esta tarea la llevó a cabo la iniciativa particular de varios abogados, que la realizaban con entusiasmo pero sin la técnica debida. En 1968, siendo el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del citado país, el Lic. GUTIERREZ, esta Facultad tomó la iniciativa de proponer un trabajo general de tipo institucional, tanto en el campo legislativo como en el judicial. Así fue, como en 1972 salió publicado el Índice general de la legislación promulgada en el período 1948-1970.

Asimismo se inició el Digesto de Jurisprudencia, en marzo de 1971; y, la Asamblea Legislativa procedió a crear el Departamento de Servicios Técnicos, destinado a llevar a cabo la tarea de orientación de la legislación que se fuera produciendo en el Poder Legislativo, entre otras faenas asignadas. ⁽¹⁰⁷⁾, ⁽¹⁰⁸⁾.

d) *Los jueces de Costa Rica.*

En este estudio el jurista GUTIERREZ ⁽¹⁰⁹⁾, plantea una serie de hipótesis acerca del "rol" del juzgador en el sistema jurídico nacional.

⁽¹⁰⁷⁾ Otras funciones adscritas a este Departamento son las de estudiar los proyectos de ley, que los diputados desean que se conviertan en "ley de la República". Cabe aquí hacer la observación de que, en ciertas ocasiones, se puede dar un enfrentamiento entre el diputado y el técnico en Derecho. Ello es simple de entender: el diputado es político y lo que le puede interesar es satisfacer el objetivo político que pretende lograr con ese proyecto de ley convertirlo en norma. Ahora bien, en este enfrentamiento entre el jurista y el político, probablemente, de hecho, sale triunfante el diputado, no sólo porque es el que paga el sueldo del jurista (se da una relación de patrono-asalariado), sino también porque dispone del poder de negociación parlamentaria suficiente para convertir en norma, aunque sean algunos proyectos de ley defectuosos. Es probable preferir algunas tiranteces en las relaciones diputados y juristas. De toda suerte, es el tema conocido y muy estudiado del papel de intelectual en las burocracias públicas, como lo llama Robert King MERTON.

⁽¹⁰⁸⁾ GUTIERREZ, Op. cit., págs. 4 a 6.

⁽¹⁰⁹⁾ GUTIERREZ GUTIERREZ, Carlos José. *Los jueces de Costa Rica. Hipótesis y sugerencias para su estudio.* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas. N° 22. Setiembre de 1973. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Págs. 71 a 113). Este trabajo fue hecho en base al Seminario "El papel del juez en el Derecho" que el Lic. Gutiérrez dirigió en 1970 en la Facultad aquí citada. Este autor nos dice que las "hipótesis planteadas revelan que el estudio del proceso judicial, como toda actividad científica sobre el derecho, no puede limitarse a una simple descripción de lo dicho por las normas jurídicas. Es necesario ir al estudio del comportamiento que realizan los hombres al cumplir o hacer cumplir el derecho", (Op. cit., pág. 99).

Además de las hipótesis, propone varas sugerencias. Las hipótesis son las siguientes:

- 1ª El absoluto predominio de la concepción mecánica de la función judicial no resulta verificada por las respuestas dadas en las entrevistas. ⁽¹¹⁰⁾.
- 2ª La actividad creadora de los jueces aparece con mayor evidencia en las sentencias estudiadas que lo sugerido por las concepciones que los entrevistados tienen de su *papel*. Dicha actividad aparece no sólo en los jueces que admiten su condición de creadores de derecho, sino también en aquellos que niegan ese carácter. ⁽¹¹¹⁾.

Por su parte, las "sugerencias" que el autor indicado propone son éstas:

- a) Los jueces costarricenses en su mayoría provienen de familias de la parte inferior de la clase media urbana. ⁽¹¹²⁾.
- b) La mayoría de los jueces costarricenses provienen de cabezeras de provincia. ⁽¹¹³⁾.
carrera, a la cual se ingresa muy temprano en la vida y
- c) La judicatura constituye en Costa Rica una verdadera a la cual se dedica el funcionario de manera permanente. ⁽¹¹⁴⁾.

Finaliza su trabajo el jurista citado, diciendo que "dado ese grado de institucionalización cabría preguntarse en qué medida la identidad creada entre los jueces al sentirse pertenecer a una *organización* influye en sus fallos". ⁽¹¹⁵⁾.

Precisamente este ensayo de GUTIERREZ abre toda la senda de la relación burocracia y su estrecha relación con los sujetos con respecto al poder de la Organización, como ya lo hicimos observar anteriormente.

⁽¹¹⁰⁾ *Los jueces de . . .*, pág. 79.

⁽¹¹¹⁾ *Idem.*, pág. 85.

⁽¹¹²⁾ *Ibidem.*, pág. 100.

⁽¹¹³⁾ *Op. cit.*, pág. 108.

⁽¹¹⁴⁾ *Ibidem.*, pág. 110.

⁽¹¹⁵⁾ *Ibidem.*, pág. 113.

NUESTRAS OBSERVACIONES ACERCA DE LOS "PAPERS" GUTIERREZ

Indudablemente que el filósofo del Derecho, Carlos José GUTIERREZ ha llevado a cabo una labor muy importante y pionera en el campo de la sociología del Derecho. Esto es innegable.

Partamos de la anotación trivial, pero relevante, de que una vez más la sociología del derecho debe su nacimiento a un filósofo del derecho en un país periférico como es el nuestro.

Nosotros, desde 1969 le habíamos dedicado también, atención a la sociología jurídica con la presentación de la tesis de Licenciatura de Derecho sobre la sociología dicha en la obra de Max Weber, la cual fue publicada este año, como ya dejamos indicado. ⁽¹¹⁶⁾. Sin embargo, es preciso señalar que nuestra investigación (aunque completa luego entre los años de 1969 a 1974, tanto en lo relativo a su desarrollo y composición, como con indicadores socio-jurídicos no contiene el tratamiento empírico que los "papers" citados realizan, además, de que tampoco hacemos un tratamiento como el que el jurista indicado ha realizado. En este sentido, podríamos decir, que los estudios de GUTIERREZ pueden verse como complementarios y apuntando hacia un mismo objetivo: hacer luz sobre la sociología del derecho, especialmente en Costa Rica.

El trabajo realizado por el autor indicado es muy valioso y esperamos verlo pronto publicado en un solo volumen para leerlo sistemática y ordenadamente.

El estudio en comentario es el intento en profundidad destinado al conocimiento y comprensión de la realidad del derecho costarricense; de su comportamiento efectivo en nuestra sociedad. De contrastar las normas con su referente empírico específico.

Cabe decir que en el equipo de trabajo bajo la dirección de GUTIERREZ se nota la ausencia de un sociólogo. Efectivamente, este equipo de trabajo estuvo compuesto por dos abogados Carlos José GUTIERREZ y Ricardo HARBOTTLE, una estadística (Zoila Rosa CUBERO), y dos estudiantes de derecho (Agustín ALVAREZ y José Manuel GUTIERREZ). Con la participación de un sociólogo el nivel

⁽¹¹⁶⁾ Página Inicial.

del estudio, probablemente, mejoraría ya que, indiscutiblemente, este tipo de investigación es interdisciplinario; para que sea todo lo fructífero y conducente que es doble esperar.

Sólo el conjunto de datos que nos da la investigación del proyecto de la Universidad de Stanford, con fondos de la Agencia Internacional para el Desarrollo A.I.D., merece un detenido y exhaustivo análisis. Es toda una cantera para extraer de ella observaciones, consideraciones y planteamientos. En una próxima oportunidad esperamos volver hacia estos trabajos para realizar un comentario concreto parezcan llamativos, de acuerdo con nuestros marcos de referencia y al interés que tengamos en resaltar puntos que estimemos relevantes. Eso sí, consideramos que el esfuerzo del equipo *supraindicado* es muy sugestivo, meritorio y digno de un análisis exhaustivo ya que la riqueza de ese material así lo permite y así lo sugiere.

Finalmente, hagamos la observación de que en nuestro país no tiene una tradición de intelectuales dedicados a la sociología del derecho. Es, en estos años, que el interés por esta materia, se ha despertado. La Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, todavía no cuenta con una Cátedra sobre dicho campo de investigación. Es probable que dentro de poco tiempo se establezca este curso, ya que el ambiente es propicio para ello. Dentro de este clima académico, el prof. Luis Varela dirigió este año un Seminario de la temática de "Violencia y Ley", con una orientación propia de la sociología jurídica, ya que este educador realizó estudios en esta rama del saber de la Universidad de Wisconsin. Como se observa, este tema es una variante del macrocampo social: el derecho.

XII

TAREAS DE LA SOCIOLOGIA DEL DERECHO

A) *Delimitación del derecho en el campo del "control social"*

El derecho tiene su propio lugar dentro del contexto global del *control social*, como es dable suponer. Varios aspectos pueden contribuir a perfilar el orden legal como instrumento del control social. Ellos serían, entre otros, a saber:

1) Las exigencias del derecho tienen un carácter circunscrito, al precisar las fronteras de sus aspiraciones. Por ejemplo, el derecho penal sanciona el quitar la vida a un semejante; pero, en la guerra y en legítima defensa, la punibilidad de ese hecho social sufre una modulación importante, ya que esos hechos juegan como excepciones a la regla sancionadora.

2) El derecho tiene un carácter bilateral o multilateral, ya que encadena las pretensiones de unos individuos con las de otros sujetos. Adquiere así una nota o cualificación "imperativa-atributiva", en virtud de la cual derecho tiene por consecuencia la delimitación de sus requerimientos y la insoslayable urgencia y necesidad de su imposición por la autoridad legitimada correspondiente; en última instancia, sancionada, promulgada, ejecutada y administrada por el Estado.

3) Asimismo se sostiene que el derecho debe y tiene que tener un aval, una garantía, una "fianza" social, la sociedad avala lo estatuido o lo reconocido como derecho; de lo contrario éste pierde legitimidad y se erosiona. Debe existir una congruencia aceptable entre el mundo de lo Real y el orbe normativo o del derecho. No siempre esto se logra como es conocido. Allí reside el esfuerzo de los legisladores por mantener una Ley de conformidad con las exigencias de su contexto real.

De lo anterior se puede inferir la definición del derecho como un ensayo de realizar, en un cuadro dado la justicia (o sea, una reconciliación previa, y esencialmente, variable de las obras de "civilización" en contradicción) mediante la imposición de encadenamientos multilaterales entre pretensiones y deberes, cuya validez deriva de

los hechos normativos que llevan en sí mismos la garantía de la eficacia de las conductas correspondientes. Tal garantía social es particularmente eficaz en el caso de que esos hechos normativos están ubicados en estructuras de la comunidad, parciales o totales. ⁽¹¹⁷⁾.

B) Tareas de la sociología jurídica

Se pueden establecer, convencionalmente, algunas tareas de esa rama del saber sociológico. Por ejemplo:

1) El ser un instrumento de análisis de la realidad social. En esta labor del derecho, hay que distinguir varios conceptos. Por *géneros jurídicos*, se entenderán diferencias del derecho, en su estructura interna: derecho penal, derecho civil, administrativo, etc. Así, *ordenamientos jurídicos* significará la sistematización y la jerarquización que asumen en la estructura integral del derecho los distintos *géneros* existentes. Cada *género* tiene su propio ámbito de acción y todos en conjunto forman una unidad estructurada.

Sistemas de derecho es un concepto que engloba, de un modo sistematizado, a varios ordenamientos jurídicos plasmados en determinadas sociedades globales. V. gr., el derecho vigente en una sociedad capitalista o en una comunidad socialista. Por *formas del derecho* se entenderá, las diversas maneras de expresar y concretar el derecho.

Mediante la comprensión de esos conceptos, en su íntima relación con el fenómeno jurídico, del cual son parte sustancial, el derecho deviene en un estratégico elemento analítico de la realidad social.

2) Otra labor de la sociología del derecho es el estudio de las variaciones que ha sufrido el *ius* en el contexto del control social, y de la sociedad global, y de la cultura ⁽¹¹⁸⁾. Se trata de un estudio dinámico de las transformaciones del derecho en su localización normativa en el área del control social y de lo macrocultural.

3) Aquí, se trataría del estudio de las transformaciones operadas en el terreno de la sistematización del derecho en función de sus correspondientes contextos reales. Se incluirá aquí el análisis de las llamadas teorías y doctrinas jurídicas, constituyentes de la *ideología jurídica*. Es decir, como el *corpus* intelectual elaborado para la comprensión y la percepción del fenómeno del derecho.

⁽¹¹⁷⁾ GURVITCH, Georges. *Problemas de la sociología del derecho*. (ensayo de la obra *Tratado de sociología*, dirigida por ese mismo autor); Buenos Aires: Kapelusz. T. 2., págs 217 y 218).

⁽¹¹⁸⁾ Se llama cultura a la herencia social global del hombre, en contraposición a *Habitat* (la naturaleza). Ralph LINTON, en su obra: *Estudio del hombre* (México: Fondo de Cultura Económica. 1963. Esencialmente sus Caps. V, VI y XVII) hace un análisis, ya clásico del concepto de cultura.

4) En este punto se debe señalar que analizará el *rol* que desempeñan y han efectuado las personas físicas y las jurídicas en la plasmación del derecho. El Estado, la Iglesia, la Escuela, el partido político, el sindicato, la cooperativa, merecerían un tratamiento especial dada la forma específica en que influyen en la vida social. Así, quedaría explicado por qué estudiarían en forma separada del resto de las personas jurídicas o morales.

Tales podrían ser algunas de las posibles tareas asignadas al derecho. Las que se han enunciado, lo han sido a modo meramente enunciativo e ilustrativo. ⁽¹¹⁹⁾.

Finalmente —indiquemos— que ante la disparidad de criterios que se han usado para configurar el término Ley, POUND manifiesta, que independientemente de las tareas de la Norma Jurídica, se debe entender por ese concepto el control social ejercido por la aplicación sistemática de la fuerza procedente de una sociedad políticamente organizada. ⁽¹²⁰⁾.

⁽¹¹⁹⁾ Apud, GURVITCH, págs. 219 y 220.

⁽¹²⁰⁾ POUND, Roscoe. *Sociología y jurisprudencia* editado en la obra colectiva dirigida por Georges GURVITCH y Wilbert MOORE, *Sociología del Siglo XX*, Buenos Aires. El Ateneo. T. I., pág. 274).

CAPITULO XIII

EJEMPLOS DE TEMAS TRATADOS EN SOCIOLOGIA DEL DERECHO

A) Preliminares.

Se han escrito antologías sobre el campo de la sociología del derecho que reflejan cuál es el rumbo que ha tomado esta disciplina. Lo importante de estas colecciones de lecturas o "papers" es que le brindan al lector una vista panorámica de tal sociología específica.

En el apartado B) de esta sección VIII, citaremos algunos de los temas constitutivos de esa colección de textos con la finalidad de completar esta sencilla presentación que estamos haciendo de la sociología jurídica. Con la lectura de esos temas se puede comprender el camino que ha constituido el área en estudio. Así, su finalidad, es, esencialmente, informativa y formativa acerca de esta sugestiva rama de la ciencia social.

Asimismo, nos interesa llamar la atención sobre la urgente necesidad de llevar a cabo estudios de campo, ya que es inconveniente esa carencia de contactos empíricos con la realidad. ⁽¹²¹⁾.

B) "Antologías"

1) Vilhem AUBERT "Sociología del derecho"

(Caracas: Tiempo nuevo. 1971).

Esta antología o selección de lecturas, nos presenta esta temática:

PARTE I

El derecho y la estructura social:

Emile DURKHEIM

Formas del derecho en relación con formas de la solidaridad social.

Henry MAINE

De la posición social del contrato

O. KANN-FREUND

Introducción al libro de Karl Renner

(121) HERRERA FIGUEROA, Miguel. *Sociología del derecho*. (Buenos Aires: Divalpa. 1968., pág. 67).

"Las instituciones del derecho privado y sus funciones sociales.

Karl RENNER

El derecho de la propiedad capitalista y las instituciones jurídicas complementarias del derecho de propiedad.

Thurman W. ARNOLD

El derecho como simbolismo

Harry C. BREDEMEIER

El derecho como mecanismo de integración

PARTE II

La legislación, la aplicación del derecho y el público

A. V. DICEY

El derecho y la opinión pública en Inglaterra

Yehezkel DROR

El derecho y el cambio social

Jan GORECKI

El divorcio en Polonia. Un estudio sociojurídico

Vilhelm AUBERT

Algunas funciones sociales de la legislación

Michael BANTON

La aplicación de la ley y el control social

Adam PODGORECKI

Actitudes hacia los tribunales de trabajo

PARTE III

El derecho y la solución de conflictos

Max WEBER

Formas racionales e irracionales de administración de Justicia

Max GLUCKMAN

Los procedimientos judiciales entre los barotes de la

Rhodesia del Norte

Torstein ECKHOFF

El mediador y el juez

Takeyoshi KAWASHIMA

La solución de los litigios en Japón

Stewart MACAULAY

Relaciones no contractuales en los negocios

PARTE IV

La conducta de los jueces

Glendon SCHUBERT

La creación política judicial

Roger HOOD

Las sentencias en tribunales letrados

Harry KALVEN Jr.; y, Hans ZEISEL

Desacuerdo entre jurado y juez

Julius STONE

Computadoras, ciencia del comportamiento y el juez como ser humano

PARTE V

Las profesiones jurídicas

Dietrich RUESCHEMEYER

Abogados y médicos: comparación de dos profesiones

Brian ABEL-SMITH; y, Robert STEVENS

Los abogados y los tribunales

Ralf DAHRENDORF

Las facultades de derecho y la clase alta alemana

Ezio MORIONDO

El sistema de valores y la organización profesional de los jueces italianos

Abraham S. BLUMBERG

El ejercicio de la profesión de abogado como un juego de confianza

Jerome E. CARLIN y, Jan HAWARD

La representación en juicio y la justicia de clase

- 2) Lorenzo ZOLEZZI IBARCENA "Introducción a la sociología del derecho" (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Programa académico de Derecho. 1970) Sección I. Ciencia del Derecho, sociología y sociología del derecho

Oliver WENDEL HOLMES

La senda del derecho

Roscoe POUND

La necesidad de una jurisprudencia sociológica

Philip SELZNIK

La sociología del derecho

Jerome H. SKOLNICK

La sociología del derecho en los Estados Unidos de América: visión panorámica y tendencias

Sección II. Derecho y Sociedad

Bronislaw MALINOWSKI

Un nuevo instrumento para la interpretación del derecho, especialmente el primitivo

Joseph FICHTER

Control social

Judith N. SHKLAR

Derecho e ideología

Talcott PARSONS

Consideraciones de un sociólogo sobre la profesión legal

William Graham SUMNER

Los Folways y las Mores

William EVAN

El derecho como instrumento de cambio social

Yehezkel DROR

C) Algunas áreas de investigación en el derecho costarricense

Se pueden señalar algunos sectores en donde los estudios empíricos contribuirían bastante en el conocimiento y en la solución de problemas sociales que presenta nuestro país.

1) Derecho de familia

Con el nuevo Código de Familia, Ley N° 5476, firmado en la Casa Presidencial el 21 de diciembre de 1973, se abre una nueva etapa del derecho familiar en nuestra nación. Los trabajos de los Profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Dr. Víctor Pérez, Dr. Gerardo Trejos y el Lic Eladio Vargas, a la par de la tesis de grado de la abogada Leonor Antillón, constituyen un excelente medio de ahondar en la problemática que genera la emisión de dicho código.

Los anteriores enfoques, son esencialmente, de corte jurídico, salvo el de la abogada Antillón que realiza un intento de sugerir algunas ideas de índole sociológica.

Uno de los puntos relevantes que plantea esa nueva normativa se refiere a la falta de protección que padece la compañera, la amante o la concubina junto con la prole surgida de las uniones libres o de *facto*. Así, el "matrimonio de hecho" queda ayuno de asistencia debida por el mencionado código. Este problema social es sumamente importante en un país que como el nuestro presenta —en la realidad— una gran cantidad de "uniones de hecho". Pensamos en zonas como Guanacaste, San Isidro de El General y áreas adyacentes, la denominada "zona bananera", las barriadas pobres de San José (Ciudad capital). En fin, se podrían señalar una serie de aspectos socialmente relevantes a propósito de la aplicación del Código de Familia. Cabalmente, aquellos puntos que le interesan al sociólogo: el comportamiento real de la norma, las clases de conflictos sociales que produce, cómo son resueltos ellos por el tribunal respectivo, etc.

En este mismo terreno se podría cuestionar el *papel* del Patronato Nacional de la Infancia como institución llamada, teóricamente, a proteger a la madre y a los menores de edad art. 4 del Código de Familia). Ese ente tiene el personal idóneo para desempeñar las labores asignadas? ¿Cuáles podrían ser los problemas que impiden que ese ente llene a cabalidad su cometido? ¿Tiene un presupuesto adecuado?

2) Derecho laboral

Todo el campo de las relaciones empleado-empleador (obrero-patrono), requiere la necesidad de un análisis empírico que nos lleve al conocimiento del mundo real del sindicalismo en Costa Rica,

de los sindicatos "blancos" o "pro-patronales", de los sindicatos apéndices de partidos políticos, de la naturaleza propia de los sindicatos de la Administración Pública, v. gr. Asimismo se indagaría sobre el por qué las reformas al código de trabajo no hay manera que se conviertan en Ley. Aquí veríamos al sector de los empresarios o patronos actuando, en defensa de sus intereses —lógicamente— con el fin de impedir que se puedan dar modificaciones en ese código que pongan en peligro sus expectativas de ganancia en la empresa y su esfera de poder socioeconómico. También, se descubrirían, sistemáticamente las relaciones de "mecenaz" que asumen los empresarios con respecto a los partidos políticos con la intención de que éstos sirvan a sus intereses, entre ellos, hacer todo lo posible para que la legislación laboral siga institucionalizando una situación favorable al dueño del capital, en el mundo de lo *factual*.

Asimismo, interesa el estudio de los conflictos y los convenios colectivos de trabajo, como una innovación al *corpus* jurídico laboral.

Las sentencias de los tribunales de trabajo serían analizadas para auscultar en ellas la ideología imperante, la "oficial", que juega al momento de plantearse y resolverse un juicio laboral. También se analizará el *papel* que desempeña el Ministerio de Trabajo en ese campo de batalla "pacífico" entre obreros y patronos.

3) Legislación penal

Con la promulgación de un nuevo código sustantivo y otro, con rasgos interesantes, relativo al campo procedimental nuestro país presenta la nota particular de contar con una normativa penal que apenas inicia sus primeros pasos en ese amplio y profundo terreno de la realidad social.

Por ello es de notable importancia el analizar cuál es el comportamiento efectivo de esas normas en su correspondiente referente empírico. Cómo actúan los entes físicos y "morales" en relación con esos códigos? Cómo los tribunales asimilan esa normativa y en qué sentido la aplican para solucionar los conflictos que se le presentan en sus innumerables expedientes? Qué actitud asumen los abogados litigantes ante esa nueva normativa? Qué impacto tiene el código penal y el código de procedimientos penales, en la sociedad costarricense, tanto en sus áreas urbanas como en las rurales? Qué conflictos, problemas o dilemas se van presentando en los juicios orales y públicos? ¿Cuál será el rendimiento y la eficacia de los "defensores públicos" en relación con esa novedosa normativa?

Como una temática relacionada directamente con la legislación penal, se puede citar el significativo problema que implica las cárceles del país. Eso que se ha dado en llamar el "sistema penitenciario nacional", y el tópico de la denominada "reforma penitenciaria". Tantas preguntas se pueden hacer aquí de interés para el investigador social. Por ejemplo: por qué se ha dejado, por años, que las cárceles costarricenses sean infrahumanas? Por qué los gobiernos

no han mostrado un efectivo interés en solucionar esa situación? Por qué los "delincuentes" que van a las cárceles son de clase baja? Será que los miembros de la clase media y de la clase alta no violan la normativa penal, tal pareciera que en las clases media y alta no hay "delincuentes" dignos de ser huéspedes en nuestras cárceles.

Si hay dinero presupuestado para la famosa "reforma penitenciaria", en qué invierten esas sumas presupuestadas; fundamentalmente, las partidas que el Poder Judicial ha venido girando para ese fin específico y que asuman varios millones de colones. ⁽¹²²⁾.

Los medios de comunicación colectiva han anunciado que en el año de 1976 la penitenciaría central tendrá una construcción adecuada y un lugar idóneo, y que no rebaje la dignidad de los seres humanos que están internos allí. Veremos con el tiempo qué de cierto hay en esas declaraciones "oficiales".

Estimamos que el problema penitenciario será resuelto cuando se convierta en un problema político. Es decir, cuando el partido político que aspire a la toma del poder tenga necesariamente, que ponerle una seria atención al problema de las cárceles nacionales. Esto ocurrirá debido a la presión social y a la toma de conciencia nacional acerca de que es urgente ponerle coto a esta situación "carcelaria". Este clima se ha venido creando a lo largo de los años, pero no ha sido suficiente para que los gobernantes de turno se vean constreñidos a solucionar este gravísimo problema.

D) Reflexión final

En esta sección XIII deseábamos dejar planteados algunos temas de la sociología del derecho que ya han sido tratados por determinados autores. Al mismo tiempo, sugerimos varios puntos en relación a nuestro sistema legal.

En nuestro país y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, se ha venido fermentado un ambiente propicio para la realización de investigaciones de campo. Existe una mentalización positiva hacia estos estudios empíricos. Por supuesto, que en la medida en que se dé un financiamiento idóneo, estos estudios deben hacerse utilizando un equipo interdisciplinario (estadísticos, sociólogos, abogados, trabajadores sociales psicológicos, etc.). Ello con el fin de que esas investigaciones tengan un futuro aceptable. No es posible pensar en efectuar trabajos de campo en ciencias sociales, sin el trabajo en equipo de profesionales y técnicos de disciplinas complementarias y afines.

⁽¹²²⁾ Esta temática ya la hemos tratado en nuestro ensayo: "Algunas Anotaciones sobre el Código Penal de Costa Rica", publicado en el "Anuario de Derecho Penal de Ciencias Penales", Madrid, 1972. Instituto Nacional de Investigaciones Jurídicas.

CAPITULO XIV

CONSIDERACIONES FINALES

El juez viene a ser un burócrata en el tanto en que es parte vital de actividad bien rutinaria. ⁽¹²³⁾.

Es la vida real del Derecho la que interesa, desde el ángulo comportamiento de la norma jurídica en la sociedad en la cual opera.

Para decirlo de conformidad con DAVID, tarea esencial de la sociología del derecho es el estudio de las bases sociales del derecho; lo cual fue bien delineado por EHRlich en su pensamiento sobre tal materia. ⁽¹²⁴⁾.

A manera de reflexión final sobre estas líneas que hemos escrito, digamos lo siguiente:

- 1ª Los estudios de sociología del derecho en Costa Rica apenas se inician; eso sí, con los "papers" citados el principio está configurado de una manera sólida.
- 2ª Es muy probable que proliferen más trabajos en el mencionado campo de investigación en un futuro próximo, mediando una calculada y oportuna financiación. Ello forma parte del fenómeno social de la *modernización*. ⁽¹²⁵⁾.

⁽¹²³⁾ MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano canónica*. (México: Fondo de Cultura Económica. 1971., pág. 70).

⁽¹²⁴⁾ DAVID, Pedro, *Conducta. integrativismo y sociología del derecho*. (Buenos Aires: Ed. Víctor P. de Zavalia. 1970. Págs. 92 y 93). De acuerdo con lo que dice Víctor IRUIRZUN, quien prolonga el libro citado de DAVID, éste pretende formular una visión integradora del hombre y de sus instituciones, enfatizando que las motivaciones, el lenguaje, la comunicación y los procesos de socialización son polos en la constitución de actitudes, valores y normas jurídicas; todo lo cual lo canaliza por medio de la sociología del derecho (op. cit., pág. 6).

⁽¹²⁵⁾ Entre las obras importantes sobre el tema de la *modernización*, está la de El SNSTADT "Ensayo sobre el cambio social y la modernización" (Madrid: Tienf. 1970).

- 3ª Es sumamente necesario llevar a cabo estudios sobre la temática indicada ya que la tradición y el ambiente imperante, a nivel de lo que se podría llamar "ideología jurídica", es muy conservador, "normativista" y "fetichista", en el sentido de que se cree que los problemas sociales se pueden arreglar por el mero hecho de la promulgación de una ley, lo cual conlleva una conceptual creaci-mágica de la actuación del derecho en las estructuras y relaciones sociales.
- 4ª Los estudios sobre el contenido ideológico de las sentencias en el sentido de GUTIERREZ. ("Los jueces...", pág. 86 a 99, se lleva a cabo este tipo de análisis de un modo muy interesante) son de gran importancia para ayudar a comprender el fenómeno jurídico en su totalidad, tanto en el aspecto normativo como en el del comportamiento de la norma en la esfera de lo real.
- 5ª Un aspecto importante de la sociología del derecho es su posibilidad de mostrar las causas sociales y económicas que condicionan la evolución de las normas e instituciones jurídicas y el auscultamiento de las tendencias sociales existentes tras la legislación. (126).
- 6ª En las relaciones entre el derecho y la costumbre se debe tener presente que en un sistema de derecho legislado puede haber algunas normas aisladas, rigurosamente jurídicas en su aspecto no sólo formal, sino aún en el material, pero carentes en absoluto de *facticidad* y hasta de especie alguna de repercusión social. Serían la pura estructura lógica y su inherente expresión verbal. *Letra muerta* se les suele denominar. Pero no puede afirmarse lo propio de la *costumbre jurídica*, que es *jurídica* esencialmente por su bilateralidad y su coercibilidad; y, *costumbre* cabalmente por su factividad. (127).
- 7ª La sociología del derecho apunta hacia el tema de la eficacia de la Ley; a la temática de cómo es que la norma jurídica surte efectos en la realidad. (128).

Aunque desde su ángulo PALAZZO, tenga un buen grado de razón al indicar que es difícil llegar a una de-

(126) BODÉNHEIMER, Edgar. *Teoría del derecho*. (México: Fondo de Cultura Económica. 1964., pág. 368).

(127) CASTILLO FARRERAS, José. *Las costumbres y el derecho*. (México: Sepsetentas. N° 107. 1973., págs. 15 y 16).

(128) VALLADO BERRON, Fausto E. *Teoría general del derecho*. (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México. 1972., págs. 10 y 11).

finición unívoca y satisfactoria del objeto de esa rama de la sociología (129), lo cierto del caso es que es sumamente arduo encontrar conceptos unívocos para denominar o señalar los fenómenos sociales, en donde la participación del hombre de este tono equívoco y múltívoco a la dimensión en la cual el *Homo sapiens* actúa. Claro está que se sabe que para los efectos metodológicos y didácticos se suele trabajar con una definición dada, haciendo caso omiso —a sabiendas— de la complejidad del mundo social y de la *cultura*.

Los hechos son los que dan esa tónica relevante al derecho para insertarlo en la problemática de la sociología jurídica. Ya, MAUSS había señalado que los fenómenos jurídicos representan lo más característico de las sociedades (130), en la medida en que contribuyen a delimitar la conducta de sus componentes, de las estructuras que ellos crean y de las relaciones sociales que tejen. Por ello es el orbe de la normalidad el que adquiere relevancia para el sociólogo; es lo real lo que matiza certeramente la eficacia y la aplicabilidad del derecho. La normatividad es ese referente de la norma pura (ese "deber ser jurídico"), mientras que la realidad es el específico referente empírico (ese "ser jurídico").

Importa distinguir, entonces, la *validez empírica* (enfoque sociológico) y la *validez normativa* (enfoque jurídico) del orden legal. (lo que interesa a la perspectiva de la sociología jurídica es el comportamiento real de las personas orientadas por el derecho en su conducta. (131).

8ª Debido a la estrecha relación entre el Poder Judicial y la evolución del derecho, (132), es de suma importancia realizar estudios empíricos que muestren en forma adecuada los matices y las imbricaciones de esa conexión.

9ª La realidad jurídica costarricense es desconocida, en términos relativos, la ausencia de estudios de campo publicados, ha impedido comprender la aplicación del derecho nacional a la realidad. Se desconocen sus efectos y la forma en que condiciona el cambio social en nuestra nación.

(129) PALAZZO, Agostino. *Sociología del derecho*. (Barcelona: Hercher. Ensayo de la obra colectiva preparada por Francesco ALBERTONI *Cuestiones de sociología*. 1971., pág. 323).

(130) MAUSS, Marcel. *Sociedad y ciencia especiales* (Barcelona: Barral, 1970., pág. 320).

(131) Apud, PALAZZO, págs. 336 a 339.

(132) FRIEDMANN, Wolfgang. "Law in a changing society" (Great Britain: Penguin. 2ª ed. 1972., págs. 45 y ss.).

Por el momento organismos públicos o privados nacionales no han mostrado interés en trabajos de campo específicos sobre aspectos de la sociología del derecho. Probablemente conforme la estructura social se torne explosiva o alguna zona, en especial, de ella, entonces los grupos de poder radicados en suelo costarricense o foráneo —mediante sus testaferros y representantes— tomarán “cartas en el asunto” y financiarán investigaciones sobre el comportamiento real de las sociedades anónimas, sobre la estructura fáctica de los registros públicos, sobre la aplicación de la legislación en materia de arrendamientos urbanos y rurales, sobre las normas de áreas turísticas, etc.

La hipótesis que dejamos planteada es que las investigaciones sociológicas sobre el comportamiento del derecho costarricense, ya sea en su estructura global o en sectores de ella, se llevarán a cabo cuando grupos de la clase alta ubicada en territorio nacional o las “élites de poder” extranjeras vean amenazados sus intereses económicos y/o su hegemonía política. O cuando comprendan que para obtener más beneficios políticos y financieros de los recursos naturales y humanos de Costa Rica se hace necesario conocer mejor la estructura y las relaciones sociales propias de este país. Cuando ello suceda los estudios sobre la sociología del derecho “brotarán como los hongos”. Todo esto forma parte integrante del proceso de racionalización, de modernización y de desencantamiento del mundo que le pronosticó, a Occidente y a Oriente, el abogado Max WEBER.

10 ABR. 1980

TESIS

RESUMEN DE TESIS DE LICENCIATURA EN DERECHO

presentados durante 1974 por sus autores (*)

- “El veto constitucional”. *Aragón B., Bernal.*
- “Los cabildos en Costa Rica”. *Barahona Melgar, Rafael A.*
- “Los contratos de adhesión y su aplicación práctica en Costa Rica”. *Carvajal Fernández, Alvaro.*
- “Las causales de separación judicial según la jurisprudencia”. *Gómez Cortés, Antonio.*
- “La seguridad social y el régimen jubilatorio”. *Guzmán Chaves, Alfonso.*
- “La deserción de la instancia”. *Hilge Quirós, Ricardo.*
- “La intervención en el negocio ajeno. Dos casos: comisionistas y corredores”. *Houed Vega, Mario Alberto.*
- “Problemática de la seguridad social costarricense”. *Méndez Ramírez, Odilón.*
- “Sugerencia para un régimen constitutivo del actual auxilio de cesantía”. *Montes de Oca Delgado, Irene.*
- “La forja de una nación. El comercio exterior como factor de cambio social en la interpretación de la realidad costarricense”. *Quesada López-Calleja, Ricardo.*
- “Análisis del proyecto de protocolo para manejar en forma flexible el arancel Centroamericano de importación”. *Quintana Musmanni, Mario.*
- “Los partidos políticos en la legislación costarricense”. *Quirós Carmona, Luis Adrián.*
- “Hacia una nueva concepción de las fundaciones en el medio costarricense”. *Ramírez Fonseca, Arturo.*

(*) Enumeración parcial.
 Esta reseña es la que prepara el graduando para la Secretaría de la Facultad de Derecho antes de presentar su respectivo examen de graduación.

- “El proceso ejecutivo del delito”. *Rivera Quirós, Juan Rafael.*
- “El seguro de automóviles”. *Sánchez Zamora, Manuel.*
- “Los alcances y límites de la acción del Estado a través del artículo 50 de la Constitución Política de Costa Rica”. *Segares Masis, Pedro.*
- “La jurisprudencia como fuente de Derecho y las distintas concepciones de la función judicial”. *Trejos Zúñiga, Fernando.*
- “Abandono y depósito de menores de edad”. *Vargas Benavides, Luis Fernando.*
- “Spinoza y la filosofía del Derecho”. *Vargas Villegas, Egennergy.*
- “Algunos aspectos de la representación política legislativa en Costa Rica”. *Ventura Robles, Manuel Enrique.*
- “Homicidios calificados”. *Zepeda Aguilar, José Luis.*

EL VETO CONSTITUCIONAL

Bernal Aragón Barquero

Trata la presente tesis del análisis de la institución contenida en el artículo 128 de nuestra Carta Política, conocida comúnmente en nuestro medio con el nombre de “veto judicial”. Es aquella situación en la cual el Poder Ejecutivo, como órgano colegislador, le niega la sanción a un proyecto de ley, alegando que no lo hace por cuanto lo objeta por contener supuestos vicios de inconstitucionalidad.

En este caso, una vez devuelto el proyecto a la Asamblea Legislativa para su reconsideración, si ésta no acepta las observaciones del Ejecutivo, el proyecto pasa a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, a la que le tocará, por disposición constitucional, dilucidar la discrepancia sobre la constitucionalidad del decreto legislativo.

Nosotros hemos hecho a través del presente trabajo, primero un análisis histórico del movimiento conocido con el nombre del constitucionalismo, para demostrar que las raíces de este tipo de instituciones nacen ahí y luego examinado el tipo de régimen conocido con el nombre de sistema presidencialista, donde se ha caracterizado el llamado “veto suspensivo”, para concluir, al final con una serie de observaciones sobre esta institución particular de nuestra democracia constitucional.

También en un capítulo aparte comentamos los casos en los cuales a la Corte Suprema de Justicia, le ha tocado intervenir, señalando ahí los aspectos de sus resoluciones que consideramos más importantes, los que hemos ordenado no en orden cronológico, sino en orden de artículos afectados según las alegaciones hechas por el Poder Ejecutivo.

Como punto final cabe llamar la atención, que después de un detenido estudio, decidimos no llamar a este veto con el nombre de “judicial” por cuanto consideramos que ese nombre que se le ha asignado a partir de la Constitución de 1949, no responde a la realidad, ya que no es el Poder Judicial el que lo interpone, sino que éste lo único que hace es conocer de un proyecto para dictaminar sobre su constitucionalidad, en virtud de la objeción levantada por el Poder Ejecutivo como poder colegislador; de ahí que optamos por lla-

marlo con el nombre de "veto constitucional", pues en nuestro concepto ésta es una facultad concedida al Poder Ejecutivo en aras de la protección del ordenamiento jurídico fundamental de nuestro país, y, para cuyo ejercicio es requisito indispensable que la misma esté contemplada en la Constitución Política.

LOS CONTRATOS DE ADHESION Y SU APLICACION PRACTICA EN COSTA RICA

Alvaro Carvajal Fernández.

Constituyendo el contrato el medio de relación patrimonial reconocido por el ordenamiento jurídico entre los miembros de una sociedad, es por ello que se encuentra sujeto a las necesidades prácticas de un determinado período histórico.

Así, el contrato de adhesión surge a la realidad como el medio jurídico por el cual se canaliza toda la actividad patrimonial del moderno tráfico en masa, pues es en él donde se uniforma y estandariza el contenido o clausulado de todo un grupo de convenciones dentro de una actividad comercial determinada, a fin de agilizar y acelerar las relaciones contractuales conforme a las necesidades de la época.

Sin embargo, como toda forma nueva, requiere de estudio con el objeto de establecer, por un lado, su adecuación o inadecuación con el ordenamiento contractual vigente, y por otro lado, ofrecer una solución a los posibles abusos que en su aplicación se puedan producir.

Para tal efecto, es necesario remitirse a la doctrina, legislación y jurisprudencia, tanto nacional como extranjera, con el objeto de establecer los diferentes modos en que los contratos de adhesión han sido acogidos en su aplicación tan generalizada por las diversas legislaciones, estableciéndose de este modo un estudio comparativo acerca de las mismas.

Si bien es cierto, que esta forma de convención implica un forzamiento del principio consensual en su elaboración teórica, es indudable que los contratos de adhesión constituyen verdaderos contratos que se adecúan perfectamente al ordenamiento contractual vigente en la mayoría de las legislaciones.

En último término, y siguiendo el ejemplo dado por Italia, como legislación de avanzada, es necesario concluir que por la flexibilidad propia de este tipo de contratos es susceptible su aplicación de prestarse para abusos por parte de las grandes empresas organi-

zadas frente a los individuos considerados aisladamente, lo cual hace pensar en la existencia de un desequilibrio económico y técnico entre los contratantes, que favorece, desde luego, al oferente.

En consecuencia, para reestablecer el equilibrio convencional se hace necesaria la aplicación de un principio de uso generalizado en otras disciplinas jurídicas, como el Derecho de Trabajo y el Derecho Penal, cual es el de que *la duda beneficie a la parte más débil de la relación*, en el caso en estudio, el adherente.

Así, en los contratos de adhesión, en caso de duda acerca de la existencia de un verdadero consentimiento contractual por parte del adherente, se deberá entender como no prestado y, en consecuencia, incapaz de obligarlo; porque de lo contrario, estaríamos en presencia de una voluntad unilateral contraria al espíritu consensual.

Resulta necesario establecer este principio con el carácter de ley a fin de brindar apoyo a los juzgadores para la correcta interpretación de la voluntad de las partes en los denominados "contratos de adhesión".

En nuestro medio, la interpretación de los contratos de adhesión se ha venido efectuando con base, únicamente, de criterios doctrinales y de interpretación general, ya que el Código Civil al respecto no legisla. En consideración a ello, resulta conveniente y necesario establecer normas que brinden apoyo a los órganos jurisdiccionales para equilibrar los intereses de las partes y tener por inexistentes las cláusulas que resulten lesivas para el más débil de los pactantes ante la duda de la verdadera existencia de su consentimiento.

LAS CAUSALES DE SEPARACION JUDICIAL SEGUN LA JURISPRUDENCIA

José Antonio Gómez.

La tesis "Las causales de separación judicial según la jurisprudencia", como su nombre lo indica, está basada en las resoluciones y sentencias más importantes dictadas por nuestros más altos tribunales.

Esta compuesta por cinco capítulos que comprenden los siguientes temas:

Primero.—Un planteamiento del tema que contiene la naturaleza y el concepto de la institución de la separación de cuerpos.

Segundo.—Este capítulo abarca el tema central del estudio, es decir, las causales propiamente dichas, las cuales hemos dividido según su naturaleza, en contenciosas y no contenciosas. Las no contenciosas son la separación de hecho y la separación por mutuo consentimiento de los cónyuges; las contenciosas son: las que autorizan el divorcio, el abandono voluntario y malicioso, la negativa a proveer alimentos, la embriaguez habitual o escandalosa, y las ofensas graves.

En cada una de las causales citadas se ha desarrollado su concepto y los requisitos necesarios para que las mismas se configuren. Además, hemos hecho comentarios de sentencias y resoluciones sobre puntos específicos de cada causal, como por ejemplo en cuanto a las ofensas graves en las cuales se analizan las ofensas directas, indirectas y justificadas.

Tercero.—Su contenido enmarca los efectos principales que produce la separación de cuerpos a los esposos, tales como la cesación de la vida común, la separación de intereses patrimoniales y las sanciones a los esposos.

Cuarto.—Este capítulo incluye un estudio de la cesación de cuerpos; en este caso, se analiza la reconciliación, y,

Quinto.—Las conclusiones personales.

LA SEGURIDAD SOCIAL Y EL REGIMEN JUBILATORIO

Alfonso Guzmán Chaves

Introducción: Capítulo I.—La Seguridad Social.— Concepto, Referencia histórica.— Campos que comprende.— Principios. Fundamento y características.— Objetivos de la misma.— Los conceptos de la “asistencia social”, la “protección social”, los “seguros sociales”.— Otras disciplinas. Convenios internacionales.

Capítulo II.—Relaciones y diferencias entre la Seguridad Social y el Derecho de Trabajo. Autonomía de la Seguridad Social en relación a otras ramas afines. Naturaleza jurídica. Intervención del Estado en el establecimiento y organización de las Instituciones administradoras de la Seguridad Social.

Capítulo III.—Sistemas jubilatorios.— Las protecciones de jubilación y pensión. Principios. Legislación comparada.— Jurisprudencia nacional y extranjera.

Capítulo IV.—Las leyes de pensiones en Costa Rica.— Reseña histórica. Evolución. Regímenes existentes: Para el sector público (derecho, gracia, especiales); para el sector privado. Administración.

Capítulo V.—Bases técnico-jurídicas para la elaboración de los sistemas. Estructuras de las normas positivas jubilatorias. Análisis y crítica de las leyes vigentes en Costa Rica.— Necesidad de un régimen único para el sector público.

Capítulo VI.—Conclusiones.— Bibliografía.—

LOS CABILDOS DE COSTA RICA (1502-1812)

Rafael Ángel Barahona Melgar.

En el presente trabajo de investigación el autor se propone practicar un análisis sobre los Municipios de Costa Rica durante la Epoca Colonial hasta el año de 1812, ya que para ese año advino la Constitución de Cádiz con lo cual el orden normativo anterior varió.

El primer capítulo está dedicado al estudio de la Legislación de Indias y sus normas referentes al Cabildo, haciendo una enumeración de los oficios capitulares y las funciones que desempeñan, como asimismo un análisis socio-económico del Ayuntamiento.

En el capítulo siguiente se practica un estudio sobre las poblaciones y fundaciones de Costa Rica, en donde el autor demuestra que el único Ayuntamiento que funcionó en Costa Rica, anterior a las Cortes de Cádiz, lo fue el de Cartago, ya que si bien se instauraron otros Cabildos como en Villa Bruselas, Villa Vieja, Villa Hermosa... etc., su actividad fue sumamente fugaz, y la información que se tiene al respecto es sumamente escueta, lo que no permite hacer un estudio serio y sistemático sobre ellos, por lo que el autor en el capítulo tercero se aboca exclusivamente a la tarea de estudiar el Cabildo de Cartago, partiendo desde Garci/Muñoz.

En otro capítulo siguiente el autor practica un análisis sobre la catolicidad de los cabildantes, la relación dialéctica que existió entre el poder civil y eclesiástico, y aunque los sacerdotes lograron sacar de su arcaísmo cultural a nuestros naturales, sin embargo, fue un órgano de conservación a favor del poder civil, ya que la religión impulsada por el mismo ayuntamiento se miró como punto de arranque para la conquista antes que para la evangelización, porque la idea de la conquista aparejaba la idea de riqueza y de lucro, que era el ideal máximo de los “segundones” que detentaban el poder político y económico de la actividad cartaginesa.

Todo el estudio del Ayuntamiento cartaginés lleva al autor a practicar una comparación entre la legislación vigente de Indias y la actividad real y concreta del Municipio en cuestión, para concluir que se apartó del derecho positivo para crear sus propias normas

de conducta, lo cual lo atribuye: 1) A la posición geográfica, 2) Al estado de abandono administrativo referente a Guatemala, 3) Al carácter especial de nuestros primeros pobladores, 4) y por último al estado de pobreza de la colonia que únicamente fue de subsistencia, y no de explotación como Lima, Quito, Cuenca, San Luis Potosí, etc.

LA DESERCIÓN DE LA INSTANCIA

Ricardo Hilge Quirós.

Esta tesis contiene una parte histórica y otra dedicada al estudio de la deserción en la legislación, doctrina y jurisprudencia.

En el aspecto histórico se enfoca la deserción desde su nacimiento en el derecho romano y se analiza su evolución, que culmina con la aparición en el derecho francés del concepto moderno de la institución. Se hace un estudio histórico de la deserción en el derecho positivo costarricense, a través de los códigos procesales, desde el Código de Carrillo.

La segunda parte comprende quince capítulos, dentro de los que se examina la naturaleza jurídica de la deserción, que abarca el examen de los casos de duda en la procedencia y de la irrenunciabilidad; el fundamento y justificación de la institución, donde se critica el superado criterio subjetivo, que ve en la inactividad procesal de las partes una presunta renuncia al litigio; las condiciones de procedencia, entre las que figuran la inactividad injustificada y objetiva de la instancia y el transcurso del tiempo; los juicios en que procede, donde se examina la deserción en los diversos procesos civiles, en el juicio contencioso-administrativo y su posibilidad en los procesos administrativos, laborales y penales; la determinación de los sujetos legitimados para solicitarla, en que se discute la posibilidad de que el actor se encuentre entre ellos; la interrupción y suspensión del término, donde se realiza el estudio de los actos y situaciones con efecto interruptivo o suspensivo del plazo; la naturaleza procesal, en que se determina su carácter incidental y la aplicabilidad consiguiente de las normas que regulan los incidentes; los efectos de la declaratoria en cuanto al proceso, al derecho, las pruebas evacuadas, etc., analizándose también dentro de los mismos la responsabilidad profesional del abogado; los recursos procedimentales previstos. Se dedican dos capítulos, finalmente, al estudio de la deserción de recursos y de la caducidad de incidentes, como instituciones procesales afines.

Se hace notar la necesidad de introducir algunas reformas al capítulo sobre la deserción, como la de conceder apelación contra la resolución desestimatoria del incidente, la de establecer la perentoriedad del término y la de instituir la deserción de la segunda instancia. En el trabajo abundan citas de doctrina y de la jurisprudencia más reciente sobre la materia.

LA INTERVENCION EN EL NEGOCIO AJENO

Dos casos: Comisionistas y Corredores

Mario Alberto Houed Vega.

La intervención en el negocio ajeno es un tema que reviste gran trascendencia, sobre todo cuando tratándose del derecho mercantil aparecen las figuras de los auxiliares del comerciante, y en especial la de los comisionistas y corredores.

En mi tesis de grado la labor de investigación, que fue ardua, se ha dirigido con singular énfasis al examen en primer lugar de las instituciones de la representación y del mandato, las cuales nuestra jurisprudencia nacional y la mayoría de las legislaciones mercantiles han mezclado con poca fortuna y desacierto al referirse a la figura del comisionista, permitiendo que éste actúe en nombre y por cuenta de otro, caso en el cual la labor del comisionista se desnaturaliza para dar paso a otra institución jurídica: la del mandatario con representación.

En mi tesis de grado se insiste en el punto de que la verdadera labor del comisionista lo es por cuenta ajena pero en nombre propio, criticando a las legislaciones que como la nuestra (art. 273 del Código de Comercio) mezclan los conceptos de comisionista y mandatario con representación. Posteriormente se hace un estudio y análisis profundo de la representación indirecta, a la cual corresponde la labor propia del comisionista, deslindando su actividad de la del simple corredor o mediador, el cual queda fuera del contrato resultante de su actividad, además de señalar con precisión las diferencias radicales que existen entre corredores y comisionistas.

Se realiza así un estudio comparativo de las legislaciones mercantiles de los diferentes países, llegándose a la conclusión de que la moderna doctrina italiana, plasmada en un código unificado de trascendentales proyecciones, es la que debería seguir nuestro país, como ya lo han hecho en Centroamérica las repúblicas de Honduras y El

Salvador, este último país en un reciente Código promulgado en el año de mil novecientos setenta.

El análisis de legislación comparada también ha servido para revelar que los Códigos de Comercio de España y México son los que, en el caso de Centroamérica con las excepciones apuntadas, han servido de base, para no decir transcripción casi literaria, de las normas mercantiles que fundamentan las figuras de comisionistas y corredores, naciendo así en forma innecesaria, la posible confusión que nuestros juzgadores han sufrido al apreciar las instituciones de la representación y el mandato, el contrato de comisión y el corretaje, y en última instancia, la distinción entre comisionistas y corredores.

Asimismo ha sido mi preocupación constante el señalar en la tesis de grado por la cual opto al título de Licenciado en Derecho, la labor de análisis profundo y serio que en los últimos tiempos han realizado nuestros máximos Tribunales de Justicia, algunos con acierto, otros en forma errónea en mi criterio, pero siempre demostrando que han estudiado profusamente los puntos de controversia que señalo en aquella.

El apéndice de Jurisprudencia que he puesto al final de mi trabajo, después de intensos meses de labor bajo la orientación y dirección del Dr. Fernando Mora Rojas, constituyen en última instancia, la demostración de la forma en que nuestros Tribunales han ido variando sus criterios, conteniendo todos los pronunciamientos sobre comisionistas y corredores han hecho los mismos desde el año de mil novecientos, hasta el año de mil novecientos setenta y uno.

Esta breve reseña, pues, esquematiza en forma simple la labor realizada a través de catorce meses de trabajo para finalmente culminar con la tesis de grado que espero presentar con éxito en el transcurso de los próximos días.

PROBLEMATICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

COSTARRICENSE

Odilón Méndez Ramírez.

Mediante el estudio de la problemática de la seguridad social costarricense se pretende dar una visión de conjunto de las condiciones y limitaciones actuales en que el Estado y sus instituciones realizan su labor en la prevención de los riesgos más importantes que afectan la vida del ser nacional, así como las posibilidades futuras de mejoramiento.

Es indudable que en el estudio general del ordenamiento jurídico que se remite a la prevención de los riesgos, se llega a la conclusión de que una parte muy importante de la sociedad costarricense queda desprotegida por no reunir la condición de asegurado o por estar en una zona donde no llega la acción benefactora de la Caja Costarricense de Seguro Social.

La anterior situación discriminatoria induce a pensar que es deber del Estado reexaminar su política económica, estableciendo los ingresos necesarios para extender definitivamente los servicios de protección a toda la población, y construir, así, una plataforma desde la cual cada persona pueda partir en sus realizaciones y a la cual pueda retroceder cuando fuere menester, en busca de asistencia médica, económica o de cualquier otra naturaleza.

La seguridad social, como se expone en el estudio a que hacemos referencia, no debe limitarse a ofrecer una simple ayuda económica o médica, sino que debe constituir un medio fundamental en el desarrollo de la personalidad humana, debe ser un instrumento que contenga los elementos esenciales que permitan la realización plena del hombre.

Nuestro sistema de seguridad social es insuficiente y no logra, en consecuencia, cumplir con los objetivos que se indican anteriormente; sin embargo representa un buen principio que debe servir

de cimiento para la creación de una base más sólida y universal que penetre con profundidad la naturaleza humana y sus necesidades, sin hacerla dependiente de su estructura.

La Caja Costarricense de Seguro Social debe ser reestructurada y el Estado asumir todas las obligaciones que le corresponden respecto de esta institución, a través de la creación de un ingreso parafiscal que asegure la financiación de este organismo social para el buen cumplimiento de todos y cada uno de los objetivos que debe satisfacer dentro de un extenso programa de seguridad social.

Los riesgos profesionales, actualmente a cargo del Instituto Nacional de Seguros, deben ser trasladados a la Caja Costarricense de Seguro Social, para evitar la duplicidad de funciones que conduce a un gasto excesivo e innecesario en una economía subdesarrollada como la nuestra, además de que, de este modo, los riesgos profesionales serían administrados con un criterio social en beneficio de los asegurados, y eventualmente de todos los ciudadanos.

Como la sociedad nuestra está estructurada de acuerdo con los principios del capitalismo, produce una situación permanente de desocupación, que amerita, además de la creación de nuevas fuentes de trabajo y un estudio profundo de este fenómeno desocupacional, el establecimiento de un seguro contra la desocupación, que sustituya el régimen del auxilio de cesantía que no cumple con los fines para los cuales fue instituido.

Los regímenes de invalidez, vejez y muerte, al igual que los de maternidad, enfermedad y orfandad, deben ser generalizados a toda la población, mediante las transformaciones pertinentes a un cambio tan profundo como el que se propone.

El establecimiento de un régimen de asignación familiar por parte del Estado requiere un estudio más intenso, atendiendo a los sectores que, de un modo o de otro, contribuyen al fortalecimiento del esquema económico nacional; esto, porque el traslado de la carga de la asignación al costo de producción, puede incidir directamente en la elevación del costo de la vida, circunstancia que va a reflejarse en la economía de todas las clases sociales de nuestro país, pero con mayor intensidad en aquellos estratos marginados que no cuentan con los privilegios de la clase burocrática.

En consecuencia, un régimen de seguridad social amplio debe contemplar una multitud importante de fenómenos que conjugados sabiamente, contribuyan poderosamente al desarrollo de un hombre equilibrado, capaz de construir en su mente y en la realidad, una sociedad futura con base en perspectivas de una civilización superior.

SUGERENCIA PARA UN REGIMEN SUSTITUTIVO DEL ACTUAL AUXILIO DE CESANTIA

Irene Montes de Oca Delgado.

El presente trabajo constituye un esfuerzo que lleva la ambición de recomendar la sustitución del actual auxilio de cesantía por un régimen más acorde con las necesidades económico-sociales de nuestro país.

Al inicio aparece un análisis de las distintas teorías en que la doctrina fundamenta la institución del auxilio de cesantía: Resarcimiento por daños y perjuicios, cláusula penal, sustituto del seguro de desempleo, derechos adquiridos en la empresa, indemnización por tiempo servido, etc.

Se presenta luego un análisis sobre la posibilidad de que el auxilio de cesantía solucione el problema social que origina el despido de trabajadores. Con el fin de conocer cuál es la realidad con respecto del cumplimiento del artículo veintinueve del Código de Trabajo, se realiza una investigación de campo entre los empresarios de los sectores industriales y comerciales del Valle Central. Esta investigación es bastante detallada; indica cuál es el criterio de los empresarios, el movimiento de personal en las empresas, la frecuencia de los reclamos ante los tribunales, la existencia de un fondo de reserva para cubrir el auxilio de cesantía, para citar los puntos de mayor relevancia.

Con fundamento en el estudio realizado se establecen las CONCLUSIONES y RECOMENDACIONES que sugieren la sustitución del actual régimen de auxilio de cesantía por la integración de un Sistema Nacional de Seguro de Desempleo, manteniendo, complementaria, con algunas variantes, los derechos que actualmente concede, por este concepto, la legislación social.

La tesis contiene además un capítulo sobre derecho comparado, que trata sobre las diferentes soluciones que da la ley extranjera al problema que origina el despido de trabajadores. (Vgr. Argentina, México, Guatemala, Venezuela, España).

CAPITULO PRIMERO

Se explica la razón de ser de la mentalidad costarricense, producto de una suma de complejos factores, que aliena la realidad nacional y nos impide un desarrollo consecuente con nuestras necesidades y posibilidades.

En vista de que nuestra Historia empieza con la formación de las nacionalidades aborígenes, y no como se nos impuso por obra y gracia del imperialismo español, desde la llegada de Cristóbal Colón a nuestro país, la obra investigativa arranca desde las culturas aborígenes.

La investigación fue centralizada en la sección norte del litoral pacífico, en vista de lo amplia y compleja que es esta tarea. En todo caso y para los propósitos que se buscaba, la prueba es suficiente y definitiva.

CAPITULO SEGUNDO

El mundo aborigen se presenta en todas sus facetas y se establece como nuestra nacionalidad; es el fruto de una suma cultural muy vasta, con organización social, económica y jurídica altamente desarrollada.

La investigación deparó considerables sorpresas en este campo y obliga a revalorar absolutamente la importancia del mundo aborigen en su influencia sobre nuestra cultura actual.

En el capítulo cuarto se analizan las consecuencias de la irrupción del imperialismo español en Costa Rica y el fenómeno deculturante-aculturante que con este fenómeno se produjo. En el capítulo quinto, la reinterpretación de los sucesos que culminan en la independencia; del patriarcado republicano y su confrontación con el aparato eclesiástico; el desarrollo del cultivo del café hasta llegar al incremento de la ganadería permiten explicarse la aparición de una élite dominante la cual genera una legislación que favorece ampliamente a sus intereses clasistas.

En el capítulo sexto, también en la etapa republicana, presentó experiencias personales en el campo del comercio exterior, iniciadas en 1956 y que terminaron en abril de 1970. A propósito de estas actividades fue necesario redactar y lograr la aprobación de una legislación especial que amparara el comercio con nuevos mercados.

En este capítulo se expone un Plan de Producción y un Proyecto de creación de un Ministerio de Comercio Exterior, al igual que varios Tratados, Acuerdos de Pagos, Bancarios, Amistad y Navegación que negocié con varios países europeos.

LA FORJA DE UNA NACION

El comercio exterior como factor de cambio social en la interpretación de la realidad costarricense.

Ricardo Quesada López-Calleja

La cual consta de unas 600 páginas, empastada en dos tomos y dividida así:

Título

Dedicatoria

Introducción

Prólogo

Método y propósitos de trabajo

Siete capítulos de desarrollo

Bibliografía

Anexos

Índice.

En la Introducción se da una visión de conjunto de la obra a la luz de la teoría más moderna en el campo del derecho, la antropología, la economía y la ciencia política. Tiene el propósito esta explicación de orientar al lector novato en este método y asuntos, para que comprenda de feliz manera el desarrollo histórico de nuestras instituciones, mitos, costumbres e idiosincrasia. Por el hecho de manejar muchos elementos de prueba y luego concretarlos en conclusiones parciales y finales, una primera lectura no basta y esto es necesario advertirlo desde el principio.

En el prólogo expongo mis puntos de vista filosóficos relativos a la formación y perspectiva de nuestra Patria dentro del contexto de América Latina.

A continuación se exponen los métodos de trabajo empleados en la investigación y los propósitos que con esto se persigue.

En el capítulo sétimo se exponen las perspectivas futuras en la lucha contra la dependencia política, económica y cultural que hoy aquejan a nuestra Patria.

En la bibliografía se da noticia de las 250 obras consultadas. La parte de Anexos abarca unos 100 documentos de prueba relativos al texto de la obra investigativa.

Hasta aquí la exposición monográfica que espero sea de su satisfacción.

ANÁLISIS DEL PROYECTO DE PROTOCOLO PARA MANEJAR EN FORMA FLEXIBLE EL ARANCEL CENTROAMERICANO DE IMPORTACION

Mario A. Quintana Musmanni

En este trabajo se indican las causas y antecedentes que llevaron a los órganos de la integración económica centroamericana, y a los Estados participantes, a promover los estudios y la elaboración de un proyecto de Protocolo al Convenio Centroamericano sobre Equiparación de Gravámenes a la Importación a efecto de poder manejar en forma flexible el arancel centroamericano de importación. Asimismo se estudian los objetivos de dicho proyecto.

En forma de anexo se incluye literalmente el texto del proyecto.

La tesis hace un análisis del significado que tendría dentro del marco legal del programa de integración centroamericana la adopción del proyecto y su formalización como instrumento legal. Dicho análisis abarca no sólo el punto institucional del esquema integracionista y su mecánica, sino también su significado como muestra de la voluntad política de los Estados participantes en avanzar a estadios superiores en su unidad económica, y en ir dándole al proceso un mayor carácter compulsivo y comunitario en contraposición a las características de proceso voluntario e internacional que predominan en la actualidad. Básicamente se estudia la ampliación y clarificación de las facultades del Consejo Económico Centroamericano, del Consejo Ejecutivo, y de algunos de los otros órganos menores del proceso. En cuanto a los instrumentos legales de la integración se analizan los efectos de creación, ampliación y modificación que la posible adopción del "flexibilizante" implicaría para el Tratado General de Integración Económica Centroamericana, al Convenio Centroamericano sobre Equiparación de Gravámenes a la Importación, al Convenio sobre el Régimen de Industrias Centroamericanas de Integración, al Convenio Centroamericano de Incentivos Fiscales al Desarrollo Industrial, y sus respectivos protocolos.

En virtud de que el flexibilizante implica la graduación de los aforos uniformes centroamericanos de importación dentro de lí-

mites máximos y mínimos, y dentro de ciertos criterios de oportunidad, fijados en el proyecto, por parte del Consejo Económico Centroamericano, se plantea directamente un problema de delegación de funciones propias de los poderes nacionales de los Estados contratantes a favor de un órgano comunitario, y a la vez un problema de derecho fiscal en cuanto a que la materia impositiva se encuentra reservada a la ley. Así en las tesis se estudian estos aspectos, y el autor sostiene que no existe impedimento constitucional para la adopción del proyecto. Se incluyen dentro del trabajo algunos antecedentes, principalmente uno de carácter centroamericano.

Por último este estudio termina con una propuesta de modificación a algunos artículos del proyecto de protocolo para aplicar en forma flexible el arancel centroamericano a la importación, y se aportan algunas conclusiones, básicamente referentes a la imposibilidad de mejorar el estado actual del proceso integracionista si no existe una verdadera voluntad política de los Estados de solucionar el problema y dar su acatamiento a las disposiciones legales que enmarcan dicho proceso.

LOS PARTIDOS POLITICOS EN LA LEGISLACION COSTARRICENSE

Luis Adrián Quirós Carmona

En una democracia, y desde luego en la nuestra, los partidos políticos nacen como una respuesta a la búsqueda del procedimiento para escoger a los gobernantes. Estas instituciones aparecen en nuestro país a fines del siglo pasado e inicios del presente. Como respuesta a esa realidad socio-política, poco a poco se fue forjando una Legislación que los fue institucionalizando; institucionalización que se consolidó definitivamente en 1946.

La tesis, previo un ligero enfoque doctrinario de esas instituciones, efectúa una reseña de la legislación dicha, para desembocar en un análisis y crítica de la Legislación vigente que rige la materia: artículos 96 y 98 de la Constitución Política; Título Cuarto, Capítulo Único del Código Electoral y Título Décimo, de la Deuda Política, Capítulo Único de ese mismo Código; específicamente en lo que se refiere a la Constitución, estatutos, organización, inscripción y financiación de los partidos políticos, llegando a la conclusión de que se hace imprescindible una transformación total de nuestra Legislación en materia de partidos políticos. Como lógico corolario se exponen algunas ideas sobre las bases en que tal transformación puede llevarse a cabo.

HACIA UNA NUEVA CONCEPCION DE LAS FUNDACIONES EN EL MEDIO COSTARRICENSE

Arturo Ramírez Fonseca

A finales del siglo pasado, el ilustre ciudadano Rafael Barroeta Baca, hombre de gran visión, constituyó por testamento la primera fundación que apareció en nuestro país para beneficiar a los jóvenes que desearan seguir estudios superiores y que no tuvieran los medios económicos adecuados para ello. En la segunda mitad del siglo veinte, dos grandes ciudadanos costarricenses, conscientes de las vicisitudes de la vejez y la falta de adaptación de estas personas al medio que se vive, decidieron fundar lo que conocemos con el nombre de "Hogar para Ancianos Alfredo y Delia González Flores"; fundaciones que tienen en común el ser testamentarias.

A pesar de los nobles propósitos de ambas fundaciones, desde que iniciaron el desarrollo de los fines establecidos por sus fundadores en los testamentos respectivos, han tenido que resolver serios conflictos y situaciones contradictorias, por carecer nuestra legislación por mucho tiempo de una regulación adecuada para este tipo de personas jurídicas. Para subsanar parcialmente este problema, los entes mencionados han tratado de regirse de acuerdo con la voluntad del fundador, norma suprema de este tipo de instituciones.

A pesar de esta solución, su funcionamiento no ha sido lo más conveniente para realizar los objetivos propuestos por los institutores, ya que en muchos casos los administradores de estas "personas" han interpretado erróneamente lo querido por los fundadores, haciendo en la mayoría de los casos inoperante su voluntad.

Así las cosas, en 1972 el Ministerio de la Presidencia presentó a la Asamblea Legislativa un proyecto de ley conocida actualmente como "Ley de Fundaciones", que a pesar de regular el funcionamiento de este tipo de entes, no es lo más adecuado; ya que deja por fuera una serie de elementos que impiden el buen funcionamiento de estas instituciones benéficas.

Para solucionar este problema, lo que debe de hacerse es reformar esta ley, en el sentido de que contenga sólo normas que permitan al fundador elasticidad para organizar al ente y al Poder Ejecutivo el reglamentarlas.

Estos problemas, unidos a la escasez del patrimonio de las fundaciones han hecho aparecer en la actualidad una serie de conceptos para agilizar las fundaciones y dotarlas de los medios económicos adecuados para llevar a cabo sus objetivos. Para ello, se ha creado un nuevo tipo de institución benéfica llamada "Fundación-Empresa", dándole al ente los medios económicos necesarios para llenar su finalidad e incrementar su patrimonio, permitiéndole así cumplir la voluntad del fundador o fundadores.

Siendo actualmente la escasez de recursos económicos de un gran número de individuos el factor principal de los problemas socioeconómicos, sería recomendable adaptar la legislación vigente de estos entes a la de empresa fundacional y ayudar así al desarrollo socioeconómico de nuestros pueblos.

EL PROCESO EJECUTIVO DEL DELITO

Juan Rafael Rivera Quirós

El delito para producirse, no nace a la vida jurídica como una unidad en determinado momento, sino que para su formación es necesario que recorra un largo camino, desde el pensamiento criminal, llamado extapa interna, hasta su exteriorización o etapa externa.

Ese recorrido del delito, de la ideación a la consumación, es el llamado *Iter Criminis* o El Proceso Ejecutivo del Delito.

La etapa interna está formada por las fases de Ideación, Deliberación y Resolución, situaciones estas que se dan en la siquis del hombre, por ser el único ente capaz de querer, pensar y de voluntad; siendo abundante la doctrina, en cuanto determina que la mayoría de las situaciones jurídicas prevalecientes en esta etapa, son acciones impunes, pues el Derecho Penal no puede actuar en el mundo de las ideas ni donde no se logre determinar en forma eficaz la intención del transgresor de la norma penal.

La etapa externa está formada por los actos preparatorios (comprar el arma homicida, preparar el veneno para la posible víctima), actos ejecutivos (comenzar a robar, empezar a violar); y, los actos consumativos (cuando la conducta del agente encuadra, en toda su extensión, con el contenido típico de una norma penal).

Cualquier delito, en su proceso de ejecución perfectamente realizado, recorre esas dos etapas fundamentales; pero, las conductas delictivas en su devenir, presentan lo que podríamos llamar las ejecuciones anormales de los delitos, que ocasionan figuras como el delito putativo, el delito frustrado, el delito imposible, la tentativa y otras cuantas figuras más, temas estos que tienen necesariamente que ser tratados por el jurista, a fin de dar una visión clara de la formación del *Iter Criminis*.

EL SEGURO DE AUTOMOVILES

Manuel Sánchez Zamora

La investigación consiste en un análisis jurídico de la actividad aseguradora en Costa Rica, referida a un seguro concreto: el seguro de automóviles.

En primer término se realiza un estudio histórico del seguro en general para ubicar la institución objeto de análisis.

Luego se realiza un estudio del seguro en general, considerando los elementos de contrato de seguro, las características del mismo y todos los conceptos involucrados en el seguro para facilitar la comprensión de los conceptos finales del trabajo.

Continúa la tesis con el desarrollo del seguro de responsabilidad civil voluntario. En este capítulo se estudian los caracteres diferenciales de esta modalidad de seguro. Los conceptos que aquí se desarrollan están ilustrados con fallos de los Tribunales de Justicia del país. También se incluyen las resoluciones administrativas que sobre la materia ha expuesto el Departamento Legal del Instituto Nacional de Seguros.

Un aspecto importante de la tesis es el análisis sistemático del seguro obligatorio de responsabilidad civil para automóviles, que contiene la ley de Tránsito. Se estudian las ventajas que desde el punto de vista social tiene esta institución.

La comparación de ambas modalidades de seguro; a saber, el seguro facultativo de automóviles y el seguro obligatorio de responsabilidad, desde el punto de vista de la responsabilidad del agente es interesante, puesto que implica el análisis de dos sistemas de responsabilidad, el sistema tradicional de responsabilidad aquiliana o extracontractual y el sistema que introduce la Ley de Tránsito de Responsabilidad por riesgo creado. Se destaca en este punto la incorrecta redacción de la Ley de Tránsito en cuanto a responsabilidad se refiere, puesto que en su articulado incluye ambos tipos de responsabilidad civil, con la consiguiente inseguridad jurídica.

También se estudia en este trabajo el Fondo Nacional de Garantía de Accidentes de la Circulación como una institución de gran utilidad social, puesto que su función consiste en dar la pro-

tección perseguida por la Ley de Tránsito, en los casos o para el evento de que el Seguro Obligatorio no brindara la protección requerida.

Por último se da un capítulo de conclusiones en las que se expone la necesidad de unificar la Ley de Tránsito, eliminando de su articulado el artículo 40 que introduce el sistema de la responsabilidad aquiliana y cambiarlo por una norma que contenga la responsabilidad objetiva.

Asimismo se recomienda la utilidad de crear el Fondo Nacional de Garantía para los Accidentes de la Circulación con base en el estudio realizado.

El anterior es el resumen de la tesis de grado del alumno Manuel Sánchez Zamora, titulada "El seguro de automóviles".

LOS ALCANCES Y LIMITES DE LA ACCION DEL ESTADO A TRAVES DEL ARTICULO 50 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE COSTA RICA

Pedro J. Segares Masís

El presente tema pretende analizar la participación del Estado, principalmente por medio de la actuación legislativa, en el proceso organizativo, estimulativo y distributivo de la riqueza de la producción nacional.

La tesis se compone de una parte teórica y una práctica. En la primera, se analizan los aspectos doctrinarios e históricos referentes al artículo 50 de la Constitución, objeto del presente estudio. Primeramente, se desarrollan los antecedentes históricos del indicado artículo; luego el concepto moderno de la Constitución y la clasificación de las normas constitucionales. También, se definen los principios del Estado de Derecho y del Estado intervencionista a la luz de los principios del sistema de la Democracia representativa.

En la segunda parte, o sea, en lo que refiere a las leyes específicas dictadas por la Asamblea Legislativa, de contenido social y económico, se escogieron las más importantes, y de mayor repercusión nacional en los aspectos indicados atrás. También, éstas reflejan en mayor grado los términos organizar, estimular la producción y la distribución de la riqueza, señalados por el artículo 50. Las leyes desarrolladas son: el decreto de nacionalización bancaria, Ley de Planificación, las Leyes Impositivas, Ley de Asignaciones Familiares y la Ley de Desarrollo y Protección Industrial. En realidad se prefirió desarrollar estas cinco leyes en forma más completa y detallada que hacerlo con más pero apenas superficialmente. Las hipótesis principales a probar por medio de la actuación legislativa y también ejecutiva referente a su actuación en el proceso planificativo nacional a través de las leyes mencionadas son: a) Que el Estado costarricense interviene activamente organizando y estimulando la producción y distribuyendo equitativamente la riqueza; b) Que el artículo 50 de la Constitución es una norma poco actuada a pesar de que al amparo se ha dictado una profusa legislación de tipo social y econó-

mico; c) Que Costa Rica en la actualidad **es** simultáneamente un Estado de Derecho y Estado intervencionista; **d)** La justificación de la intervención del Estado en el proceso **productivo** nacional y de distribución de la riqueza a fin de solucionar **los** conflictos sociales.

Por último, cabe mencionar que se **analiza** el Plan Nacional de Desarrollo como política única y racional del Estado costarricense en el período que va de 1974 a 1978.

LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DE DERECHO Y LAS DISTINTAS CONCEPCIONES DE LA FUNCION JUDICIAL

Fernando Trejos Zúñiga

Este trabajo hace un estudio de las distintas fuentes del derecho, con el objeto de ubicar a la jurisprudencia. Llega a la conclusión de que la jurisprudencia es tanto fuente material —inspiradora de normas— como fuente formal —creadora de normas—. Le da a la jurisprudencia el carácter de fuente formal no escrita; hace notar que la jerarquía de cada norma jurisprudencial sólo puede determinarse analizando cada una de las normas; y analiza también a la jurisprudencia como medio de expresión de las demás fuentes formales y materiales.

Hace también la tesis un análisis de las distintas concepciones de la función judicial, tanto de la concepción mecánica inspirada en la escuela exegetica francesa, como de la concepción creadora por la que abogamos. Mediante un estudio que se hace investigando el criterio de 37 funcionarios judiciales, se llega a la conclusión, después de entrevistarlos y analizar sus sentencias, de que en nuestro país predomina la concepción mecánica; y se demuestra que los resultados que se observan en los funcionarios partidarios de la concepción creadora, son más positivos, más lógicos y más justos. Se observó, sin embargo, un cierto despertar hacia la concepción creadora de parte de los funcionarios más jóvenes, y una influencia clara de ciertos funcionarios de tribunales superiores que se manifiestan partidarios de la concepción creadora.

Quedó también demostrado en este trabajo, que la jurisprudencia se comporta en la práctica como obligatoria, y justificamos esta realidad por cuanto hace posible la realización de la seguridad jurídica. Pero por otro lado analizamos la necesidad de que la jurisprudencia participe del proceso evolutivo del derecho. Estos dos últimos estudios nos plantearon un problema que se presenta, ya que existe una marcada incompatibilidad entre la necesidad de mantener la seguridad jurídica, y la necesidad de que la jurisprudencia participe del proceso evolutivo del derecho. Dimos una posible solución al problema, proponiendo lo que podríamos llamar el "principio de la irretroactividad de las normas jurisprudenciales", ya que conside-

ramos que sólo mediante el desarrollo de instituciones jurisprudenciales que regulen la creación de estas normas que emanan de la función judicial, se puede lograr que las instituciones y los conceptos jurídicos se perfeccionen, pero siempre procurando la realización de los valores jurídicos fundamentales, que son la razón de la existencia del Derecho.

ABANDONO Y DEPOSITO DE MENORES DE EDAD

Luis Fernando Vega Benavides

Ante el movimiento que en los últimos años se ha iniciado en nuestro país, tendiente a revisar la legislación familiar, hemos sentido la necesidad de estudiar con alguna profundidad dos instituciones de gran importancia y que en cierta forma han pasado desapercibidas en ese movimiento de estudio del derecho familiar patrio. Ellas son el abandono y el depósito de menores de edad.

Por otro lado, el lamentable fenómeno social del abandono de infantes, lejos de ir desapareciendo de nuestra sociedad, día con día aumenta en intensidad.

Para enfrentarse a ese abandono, nuestro ordenamiento positivo cuenta con las siguientes instituciones jurídicas: (a) la declaratoria administrativa de estado de abandono; (b) el depósito de menores, decretado tanto en la vía judicial como en la vía administrativa; y (c) la adopción. De esos institutos hemos excluido el de la adopción, por cuanto su objetivo de asemejar la filiación la aparta radicalmente de los otros institutos mencionados.

Dentro de la materia que es objeto de nuestro estudio, el abandono tiene como tarea esencial, el servir de antecedente a comprobar para hacer procedente el decreto de depósito, surgiendo aquél como consecuencia del incumplimiento de los deberes que el ejercicio de la patria potestad impone a sus titulares; y en el caso de los tutores, depositarios y simples guardadores, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones que tal cargo exige a quienes lo desempeñan.

En cuanto al depósito, éste puede obtenerse tanto por la vía judicial como por la vía administrativa, a través del Patronato Nacional de la Infancia, institución autónoma encargada por la Constitución de velar por la defensa del menor y la madre. Sin embargo, esta última posibilidad se estableció con la promulgación de la actual Ley Orgánica de esa institución en el año de 1964.

El depósito judicial tiene como característica el terminar con la patria potestad de los padres del depositado, a la vez que habilitar a los depositarios en el ejercicio de los derechos y obligaciones

inherentes a la misma. En tal sentido, las atribuciones de los depositarios se distinguen en muy poco de las de los padres del menor.

El depósito administrativo, según la tesis que nosotros proponemos, tiene la virtud de suspender el ejercicio de la patria potestad, que será ejercida mientras el menor se mantenga en tal estado por el Patronato Nacional de la Infancia. Ese depósito es un acto administrativo que como tal debe ser estudiado también a la luz de los principios que informan el derecho público y las actuaciones de la Administración.

Finalmente proponemos nosotros la supresión del depósito judicial por considerar que cada día tiene menos aplicación; que las amplias atribuciones que al depositario le confiere pueden devenir más bien en perjuicio del propio menor; y porque la función administrativa desplegada por el Patronato en esa materia, se adecúa mejor a la prontitud y ductibilidad que los procedimientos deben tener en punto a los problemas relativos a la infancia en abandono. Por otro lado, dicha institución cuenta con una experiencia vastísima en esa materia y la organización con que cuenta la señala como de lo más competente para conocer con exclusividad de la infancia abandonada.

SPINOZA Y LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Eggenery Venegas Villegas

El objeto de este trabajo ha sido un estudio acerca, fundamentalmente, del pensamiento jurídico de Baruch Spinoza. Para llegar a situarnos dentro del contexto de la filosofía del derecho en el pensamiento de Spinoza el método a seguir ha sido el siguiente: en primer lugar hemos planteado hasta donde nos ha sido posible, y dentro de las limitaciones que impone el cuestionamiento del problema mismo, lo que significa Filosofía, en un sentido muy amplio y general; luego, hemos tratado de situar a la Filosofía del Derecho, entendida como una filosofía particular, la cual sin embargo encuentra fundamento y justificación, en tanto y en cuanto, sus preguntas se dirijan en sentido semejante y traten de encontrar respuestas semejantes, a como lo hace la Filosofía. Es decir, si bien la Filosofía del Derecho debe ser entendida como una rama particular de la Filosofía General de los problemas que plantea la Filosofía del Derecho y el ámbito de que se ocupa; en otros términos, por considerar el derecho como una expresión esencialmente humana; viene la Filosofía del Derecho a importar un carácter de universalidad paralelo al de la Filosofía General.

Una vez que hemos entrado en los problemas de la Filosofía del Derecho, nuestro siguiente punto de estudio lo constituye el pensamiento filosófico de Baruch Spinoza, en ese sentido nos hemos ocupado de los dos problemas que consideramos centrales dentro de su pensamiento, a saber: su concepción del mundo y su antropología. Consideramos que el análisis del mundo y del hombre en Spinoza son los temas centrales de su concepción filosófica general y la base para poder entender cualquiera de los otros aspectos de su filosofía.

Teniendo idea de lo que es el mundo y de lo que es el hombre para Spinoza, el problema siguiente que hemos tratado, es el correspondiente a los antecedentes de la concepción jurídica de Spinoza, para ello hemos utilizado principalmente dos corrientes de pensamiento filosófico-jurídico, en las cuales nos parece encontrar las raíces de la stesis filosófico-jurídicas espinocianas; ellas son por un lado el pensamiento estoico, y por otra parte el pensamiento de Tomás Hobbes, a través del estudio que hemos hecho a propósito del pensamiento de Hobbes y de los estoicos concluimos en que gran par-

te de los principales problemas que Spinoza plantea en su Filosofía del Derecho, surgen de la influencia que pudo haber recibido tanto de los estoicos como de Hobbes. Vistos los antecedentes del pensamiento filosófico-jurídico de Spinoza, nos situamos de lleno dentro de la concepción del Derecho en Spinoza, la cual hemos analizado desglosando una serie de aspectos que constituyen dicha concepción; es así como nos hemos ocupado del Derecho Natural, del Estado de Naturaleza, de la teoría del Pacto, de la constitución de la Sociedad Civil, de la aparición del Derecho Civil, del problema de la Libertad y de la Justicia; cada una de estas cuestiones es parte de un todo, de la cuestión fundamental que nos hemos propuesto investigar en este trabajo: el concepto de derecho en Spinoza. El hecho de que tomáramos por separado el estudio de cada una de esas partes constitutivas del concepto de derecho, obedece más que todo a una cuestión de método, ya que todas ellas son una consecuencia de la otra, por ser como lo dijimos parte de una concepción general, la concepción del Derecho en Spinoza.

Ya situados dentro de la concepción jurídica de Spinoza, como un aparte de investigación y como conclusión del trabajo realizado, nos ocupamos de situar la trascendencia de la tesis jurídica de Spinoza, allí nos encontramos principalmente con un problema que constituye el punto central de ese análisis y de nuestras conclusiones: la concepción spinociana de que el derecho principalmente es fuerza; en ese problema centramos toda la atención en cuanto a que ese es el punto principal y original del aporte de Baruch Spinoza a la Filosofía del Derecho.

ALGUNOS ASPECTOS DE LA REPRESENTACION POLITICA LEGISLATIVA EN COSTA RICA

Manuel Enrique Ventura Robles.

Consta ella de introducción, cuatro capítulos de desarrollo y conclusión. Es de hacer notar que cada capítulo consta también de su propia conclusión, y al final de la tesis, añado datos complementarios de interés para el desarrollo mediante cuatro apéndices.

En el primer capítulo fundamento doctrinalmente, la noción de Derecho que me sirvió de base para realizar el trabajo, y además hablo del derecho constitucional, las instituciones políticas y de la importancia que en Costa Rica tiene el Poder Legislativo.

El capítulo segundo lo dedico a hablar de la representación popular y de las diversas doctrinas que existen de la representación popular. También analizo el artículo 106 de la Constitución Política a la luz de la doctrina de la representación popular y describo, analizo y critico el sistema de elección de los diputados que existe en el país, las clases de diputados que existen y los asuntos que conocen.

En el capítulo tercero hago un cuidadoso estudio de la opinión que sobre el primer párrafo del artículo 106 de la Constitución Política tuvieron los constituyentes del 49. También clasifico y analizo los diversos argumentos o teorías de que hicieron uso para exponer su manera de pensar.

HOMICIDIOS CALIFICADOS

José Luis Zepeda Aguilar.

Tiene como finalidad hacer un análisis de las distintas modalidades de tales homicidios, no sin antes exponer en forma breve el delito de homicidio que es el género del tipo cuestionado en este desarrollo para poder conducir el análisis con la logicidad y el mayor rigor metodológico posible, al núcleo central que en este caso lo constituyen los diferentes homicidios calificados.

He considerado de singular interés formular en varias partes del desarrollo de la investigación, aspectos de derecho comparado entre la Legislación costarricense y la salvadoreña, con el objeto de obtención de reformas penales que puedan ser de generosos beneficios en nuestras respectivas comunidades.

Los homicidios calificados que analizo son los comprendidos en los artículos 112 del Código Penal costarricense, 354 y 356 del Código Penal salvadoreño.

Hago en el desarrollo de la investigación comparaciones y refuerzo mis conclusiones con jurisprudencia de los dos países.

Los homicidios calificados expuestos y analizados a través de esta labor, son los siguientes:

- 1) Homicidio calificado por relaciones de parentesco.
- 2) Homicidio calificado por el modo de realizarlo.
- 3) Homicidio calificado por el medio que se emplea para cometerlo.
- 4) Homicidio calificado por los medios catastróficos que causan grandes estragos.
- 5) Homicidio calificado por la conexión ideológica de medio a fin.
- 6) Homicidio calificado por el móvil que determina a matar.

Al final de la exposición y en el capítulo correspondiente a las conclusiones hago notar mi conformidad con el Código Penal de Costa Rica, por considerarlo mejor orientado y acorde con los adelantos modernos de la ciencia penal; no obstante algunos inconvenientes que en el mismo capítulo enumero.

INDICE

	Pág.
IN MEMORIAM	13
NOTA	15
CURRICULUM VITAE	17
PRESENTACION <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i>	19
ENSAYOS:	
Institor o factor como alter nos económico del empresario <i>Dr. Fernando Mora Rojas</i>	23
La figura del contrato administrativo <i>Dr. Eduardo García de Enterría</i>	39
La decadencia de la cultura antigua <i>Max Weber</i>	69
El contrato administrativo en el derecho francés <i>Gr. Mario Torán</i>	91
Primera aproximación a una nueva práctica en trabajo social <i>Lics. Florisabel Ramírez</i> <i>Marta E. Odio</i>	123
El Aborto <i>Est. Gilda Ortiz Vaglio</i>	149
La prohibición de la "Reformatio in Peius" en el Código Procesal Penal <i>Dr. Francisco Castillo González</i>	183
La acumulación de acciones y de autos en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de la República de Costa Rica	211
Algunas anotaciones sobre la sociología del derecho <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i>	257
Tesis de Licenciatura en Derecho (1974)	351