

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL

Año VII - No. 24 - Marzo, 1983

*Director: Dr. Víctor Pérez Vargas
Revista Judicial
Corte Suprema de Justicia.
San José, Costa Rica.*

*Distribución y canje:
Biblioteca Judicial
Corte Suprema de Justicia.
San José, Costa Rica.*

Sección I: Estudios.

DECISIONISMO E IUSNATURALISMO COMO IDEOLOGIAS

ALGUNAS (OTRAS) NOCIONES EN TORNO A LAS IDEOLOGIAS DE CARL SCHMITT SOBRE EL DERECHO Y EL ESTADO

Dr. Enrique P. Haba
Profesor de la Facultad de Derecho.
Universidad de Costa Rica.
Investigador honorario de la
Alexander von Humboldt-Stiftung.

A León Cortiñas Peláez, por el aliento obstinado que le debo a sus indeclinables discrepancias y coincidencias, así como alguna culpa tiene de que uno haya escrito este artículo.

SUMARIO:

I. Generalidades	10
II. Normativismo, decisionismo, ordenaciones concretas	12
III. La ciencia del derecho, como asilo de la conciencia jurídica	15
IV. Un enfoque iusnaturalista	16
V. Observaciones críticas	17
Apéndice	25

* * *

Palabras como Estado, República, sociedad, clase, y también: soberanía, Estado de Derecho, absolutismo, dictadura, plan, Estado totalitario o neutral, etc., son incomprensibles si no se sabe a quién concretamente se trata de alcanzar, combatir, negar y refutar por medio de semejante palabra.

(Schmitt, 1927).

Ley es la voluntad y plan del *Führer*.

(Schmitt, 1935).

En un tiempo donde la legalidad se ha transformado en un arma emponzoñada que un partido le clava en la espalda al otro, la ciencia del derecho pasa a ser el último asilo de la conciencia jurídica.

(Schmitt, 1950) (1).

(1) Las citas corresponden respectivamente a los siguientes trabajos de Schmitt: *Der Begriff des Politischen* (El concepto de lo político), tomo la transcripción del libro de Löwith que indicaré en la n. 7, p. 115, n. 79 de dicha pág.; *Die Rechtswissenschaft im Führerstaat* (La ciencia jurídica en el Estado del Führer), tomo la transcripción del libro de Hofmann que indicaré en la n. 7, p. 185; *Die Lage*. . . (Schmitt II: *vid. infra*, n. 3), p. 426.

En un artículo reciente, el Lic. Mario Houed examina "Algunas nociones sobre el derecho y el Estado según Carl Schmitt" (2). En ese estudio son traídas a colación, principalmente, las ideas que Schmitt expusiera en dos de sus trabajos: **Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens** (Sobre los tres tipos del pensamiento científico jurídico), *Schriften der Akademie für deutsches Recht*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburgo, 67 p.; y **Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft** (La situación de la ciencia jurídica europea), *Internationaler Universitäts-Verlag*, Tübinga, 1950, 32 p. (3); les llamaré, respectivamente, Schmitt I y Schmitt II (4). Con respecto a ambos estudios, el autor del artículo se refiere a la síntesis que de ellos presenta el escritor argentino Carlos Enrique Sampay, en su opúsculo **Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica**, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, 77 p.; síntesis que, me apresuro a señalarlo, es muy correcta, y tanto más recomendable cuanto que no hay publicada (según creo) traducción de dichos trabajos al castellano. Menos recomendable me parece, en cambio, la parte crítica, por decirlo así, del estudio de Sampay, aspecto también tomado en cuenta (junto a observaciones de Hermann Heller) en la exposición del Prof. Houed. Más allá de todo el interés que esta ofrece, he pensado que puede valer la pena agregar algo en relación con ciertos puntos de los allí tratados. Mi intención es prevenir al lector sobre el sentido ideológico (5) de posiciones como la de Schmitt,

pero también alertarlo en cuanto a "críticas" como la de Sampay.

De Carl Schmitt se ha dicho que posee la habilidad de "formular sus argumentos de una manera tal que resulta difícil descubrir en él a uno de los demagogos más influyentes de los años veinte, que contribuyó en no escasa medida a articular el pensamiento prefascista en la República de Weimar" (6). Me atrevería a decir más: acaso se trate del más inteligente (e interesante) demagogo de todos los tiempos, entre los escritores de la teoría jurídica y de la filosofía política en general. Su nivel intelectual le ha permitido alcanzar destaque propio, en medio de los teóricos de la extrema derecha. La finura de sus análisis sobre historia de las ideas político-jurídicas y su agudeza al encarar la crítica de posiciones liberales, van a la par con el ingenio que despliega en disimular la realidad social de los regímenes autoritarios conservadores y la habilidad para emplear rótulos ideológicos capaces de vestir a esos regímenes con coloraciones engañadoramente románticas: "ordenaciones concretas", "identidad de especie" racial, "principio de jefatura", "axioma de la lealtad", "espíritu popular", etc.

En razón de todo esto, por tratarse de un ideólogo no menos lúcido que tramposo, pienso que ofrece el más alto interés someter al análisis sus ideas acerca del derecho y el Estado. Interés que concierne no menos a la teoría jurídica que a la ciencia política, desde dos perspectivas en ambos casos. Por un lado, no deben desperdiciarse las

(2) *Revista de Ciencias Jurídicas* No. 40 (enero-abril 1980), p. 71-80, Universidad de Costa Rica - Facultad de Derecho/Colegio de Abogados, San José, 1981.

(3) Este último estudio apareció luego reproducido, con el agregado de algunas notas aclaratorias al final, en los *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924 bis 1954. Materialien zu einer Verfassungslehre* (Estudios de Derecho constitucional de los años 1924 a 1954. Materiales para una teoría de la constitución), del mismo autor, Duncker & Humblot, Berlín, 1958, 517 p. (p. 386-429); citaré de acuerdo a esta edición. En las mencionadas notas, Schmitt aclara (p. 426) que aquel texto corresponde a una conferencia por él pronunciada en diversas Facultades de Derecho de Universidades europeas en 1943 y 1944, originariamente destinado a aparecer en un Homenaje que debía haberse publicado durante este último año.

(4) Pero conviene aclarar que antes de 1933, nuestro autor sostiene *expressis verbis* unas ideas que, al menos en el tenor de su formulación, no coinciden del todo con las tesis de Schmitt I ni con las de Schmitt II. A aquella etapa previa, de tónica "decisionista", corresponden los textos que recogemos más abajo, en los Nos. 1 y 2 del Apéndice. Sin embargo, ya veremos que las diferencias entre esta posición —Schmitt 0, si se quiere— y las posteriores son de carácter más bien aparente.

(5) El término "ideología", así como sus derivados "ideológico" e "ideólogo", admite variados significados, algunos más amplios y otros más estrechos. Nosotros lo utilizaremos, en este artículo, de acuerdo a uno de sus sentidos estrechos, a saber, para referirnos a eso que Lenk llama *Ausdrucksideologie* (ideología de expresión): "se trata, en general, de ideologías sociales. En ellas, las contradicciones de la sociedad son escamoteadas. Míticas imágenes con carácter de cosmovisión constituyen allí apriorismos que no pueden ser discutidos, en los que se hallan contenidas exigencias políticas. Son ocultadas, mediante la postulación decisionista de dichos apriorismos, la estructura antagónica de la sociedad, de la misma manera que políticas de poder expansionistas. Aquí ya no se argumenta y fundamenta, hay que creer" —Kurt LENK, "Volk und Staat". *Strukturwandel politischer Ideologien im 19. und 20. Jahrhundert* ("Pueblo y Estado". Cambios de estructura de las ideologías políticas en los siglos 19 y 20), Reihe Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Colonia-Mayencia, 1971, 196 p.; la cita corresponde a la p. 31-. Para una tipología más variada de las ideologías políticas, cf. el libro de Lenk *in toto*, esp. p. 20-42.

(6) Lenk, *loc. cit.* (n. 5), p. 120.

reflexiones de este escritor, en todo aquello donde aciertan efectivamente a poner de relieve disimulaciones ideológicas en flancos neurálgicos de otras posiciones políticas, sean estas de orden liberal-democrático o de inspiración marxista. En tal sentido, no poca cosa puede aprenderse en algunos de los estudios de nuestro autor. Pero importan también, por el otro lado, sus postulaciones de propósito afirmativo, esto es, las creaciones ideológicas y soluciones político-jurídicas propugnadas por el propio Schmitt; pues resulta de mucha utilidad hacer ver en **dónde** residen sus "trampas" precisamente, cuáles son las realidades sociales que esas cortinas de humos verbales están llamadas a justificar y qué es lo que estas tienden a disimular. Ese desenmascaramiento puede prevenirnos no solo ante las fórmulas de Schmitt mismo. Puede servir asimismo para "curarnos en salud" frente a tantas otras mistificaciones y simplificaciones congéneres, vengan de la derecha, de la izquierda o del centro.

En el marco de este artículo no es posible abordar tal labor más que en una dimensión mínima. Aquí no cabe intentar una aproximación, ni siquiera sumaria, al plurifacético conglomerado de ideas que el autor de marras lanzó al ruedo en los múltiples trabajos que fue presentando a lo largo de más de cincuenta años. Por lo demás, los comentaristas no están de acuerdo (7) acerca de si esa obra constituye la manifestación proteica de un pensamiento que sería, al fin de cuentas, unitario en su fondo. Se discute si hay allí ciertas ideas que comportarían una intención filosófica básica, de carácter más o menos estable, y cuáles propiamente serían ellas; o si, por el contrario, es

en vano buscar un meollo **teorético** de verdadera coherencia en medio de las múltiples idas y venidas que afloran en las tesis y argumentos sostenidos por Schmitt, o sea, que allí no quedaría prácticamente nada si hacemos abstracción de las respectivas funciones pragmático-ideológicas a que cada una de esas posiciones ha querido servir en la ocasión o período para el que fueron presentadas.

Por mi parte, creo que, a pesar de todo, algunas constantes existen en el pensamiento de Carl Schmitt, sin perjuicio del innegable "oportunismo" propio de muchas de las tesis sostenidas (oportunamente) por este autor. Acaso esas constantes puedan resumirse en términos como los siguientes: anti-ilustración, anti-liberalismo político, anti-humanismo, anti-individualismo, anti-socialismo, romanticismo político, pro-autoritarismo de derecha, pro-totalitarismo, pro-**status quo** jerárquico-clasistas, pro-nacionalismo agresivo, etc. No se me oculta la buena dosis de simplificación y también la cuota de imprecisiones que estas "divisas" conllevan, máxime al tomarlas como punto de referencia para caracterizar un pensamiento tan matizado y oscilante como el de Schmitt. De todas maneras, pienso que pueden ser apropiadas para ilustrar, con algún grado de aproximación, las líneas más gruesas de cierta "clave" o **penchant** de las ideologías schmittianas. Representarían algo así como el centro de gravedad a cuya fuerza centrípeta están subordinadas la generalidad de las ideas que han ido siendo defendidas por dicho autor.

Es cierto, como dice Fijalkowski, que "la lectura de las obras de Carl Schmitt ((se hace)) tan interesante como difícil su análisis. La reflexión sobre lo vivo, la consideración de lo que política-

(7) De la abundante literatura sobre las ideas de Schmitt, el estudio más omnicompreensivo y analítico que conozco es la monografía de Hasso HOFMANN, *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts* (Legitimidad contra legalidad. El camino de la filosofía política de Carl Schmitt), Luchterhand, serie Política, Neuwied y Berlín, 1964, 304 p. También son valiosos, entre otros, los estudios siguientes: Jürgen FIJALKOWSKI, *Die Wendung zum Führerstaat*, 1959 (Tr. al castellano por José Zamit: *La trama ideológica del totalitarismo. Análisis crítico de los componentes ideológicos en la Filosofía Política de Carl Schmitt*, Tecnos, Colección de Ciencias Sociales/Serie de Ciencia Política, Madrid, 1966, 354 p.); Karl LÖWITH, "Der okkasionelle Deizisionismus von C. Schmitt" (El decisionismo ocasional de C. Schmitt), en *Gesammelte Abhandlungen. Zur Kritik der geschichtlichen Existenz* (Estudios compilados. Para la crítica de la existencia histórica), Kohlhammer, Stuttgart-Berlín-Mayencia, 1960, 256 p. (p. 93-126); Kurt LENK, *loc. cit.* (n. 5), p. 120-131; Klaus-Michael KODALLE, *Politik als Macht und Mythos. Carl Schmitts "Politische Theologie"* (Política como poder y mito. La "Teología política" de Carl Schmitt), Urban-Taschenbücher, Reihe 80-No. 842, Kohlhammer, Stuttgart-Berlín-Colonia-Mayencia, 1973, 154 p. Dejo indicados además algunos otros trabajos que, aun cuando no he podido consultarlos directamente, parecen ser importantes: Christian Graf von KROCKOW, *Die Entscheidung. Eine Untersuchung über Ernst Jünger, Carl Schmitt, Martin Heidegger* (La decisión. Un estudio sobre Ernst Jünger, etc.), Göttinger Abhandlungen zur Soziologie unter Einschluss ihrer Grenzgebiete, Stuttgart, 1958; José Caamaño MARTINEZ, *El pensamiento jurídico-político de Carl Schmitt*, Santiago de Compostela, 1950; Paul MÜLLER, "Entscheidung und Ordnung. Zu den Schriften von Carl Schmitt" (Decisión y Orden. A propósito de los escritos de Carl Schmitt), en *Schweizerische Rundschau* No. 34, año 1934-1935, p. 566-576; Peter SCHNEIDER, *Ausnahmestand und Norm. Eine Studie zur Rechtslehre von Carl Schmitt* (Estado de excepción y Norma. Un estudio sobre la teoría jurídica de Carl Schmitt), Stuttgart, 1957; Leo STRAUSS, "Anmerkungen zu: Carl Schmitt, Der Begriff des Politischen" (Observaciones a propósito de: Carl Schmitt, El concepto de lo político), en *Archiv zur Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, t. 67 (1932), p. 723-749; Ingeborg MAUS, *Bürgerliche Rechtslehre und Faschismus* (Teoría jurídica burguesa y fascismo), Wilhelm Fink, Munich, 1978 (aprox.), 195 p.; las referencias bibliográficas sobre estas obras, con excepción de la indicada en último término, las he tomado del libro de Hofmann, *loc. cit.*

mente se podría hacer, la estimación racional y la opción ideológica se entrecruzan de forma harto complicada" (*loc. cit.* ((n.7)), p. 31). De todos modos, la conclusión a que este autor llega es, "en resumen, que el pensamiento de Carl Schmitt está totalmente inspirado por aquella falsa alternativa entre libertad anárquica y orden autoritario, que es precisamente la que confiere a su crítica racional los sorprendentes rasgos de ideología apologéticamente acrítica" (*ibid.*, p. 32). Por mi parte, aunque estoy de acuerdo en que se trata de una "ideología apologéticamente acrítica", no creo que su verdadera base esté suficientemente bien caracterizada con referirla a una "falsa alternativa entre libertad anárquica y orden autoritario". Porque no es **cualquiera** el "orden autoritario" que Schmitt prefiere a la "libertad anárquica", sino que se trata, en todos los casos, de un orden de derecha y prooligárquico (*vid. infra*, n. 17). Schmitt no es un ideólogo del orden por el orden mismo.

Sea como sea, y más allá de lo que en definitiva quepa pensar acerca de si existe o no cierta unidad general en las intenciones —plano psicológico— o en los fundamentos —plano teórico— a que responden los planteamientos de Schmitt, lo cierto es que sus falacias (¡como así también sus aciertos!) están ahí y pueden ser juzgados en sí mismos. El presente artículo se limita a subrayar el papel de uno de esos tipos de trampas verbales: el recurso a ciertas **fórmulas vacías** —"pensamiento concreto de ordenación y estructuración", "principios del derecho", "conciencia jurídica", etc.— como manera de justificar (y disimular) que, con ello, se le dejan las manos más libres a determinados operadores sociales; por ejemplo, a los detentadores del poder político y a jueces que no buscan sino servirles (8). Las soluciones jurídicas quedan así libradas al "decisionismo" de los intereses o ideologías de dichos operadores, quienes para el caso no eran otros que Hitler y los juristas que (como Schmitt) consagraron su "ciencia" a promover el nazismo. Tales puntualizaciones las pondré en relación, además, con lo referente a otra fórmula vacía, la idea genérica de "derecho natural"; esto me permitirá mostrar que, en contraposición a lo que intenta Sampay, una crítica consecuente de

entes retóricos como los utilizados por Schmitt no puede basarse en otras nociones que se prestan en análoga forma a la manipulación ideológica, expresiones tan desmesuradamente elásticas como "dignidad humana" o "derecho natural". La conclusión final de mi comentario será que los planteamientos de Carl Schmitt pueden empero servir de antídoto, una vez desenmascarados sus objetivos políticos y sobre todo las argucias verbales que usa en su apoyo, para quedar mejor prevenidos —no menos como juristas que como ciudadanos— frente a los variados juegos de expresiones vagas y de falsas generalizaciones con que a menudo consiguen encandilarnos esas y otras ideologías. A continuación paso a presentarlos más en detalle.

II

Según Schmitt I, hay tres formas de concebir el derecho: como **norma**, como **decisión** o como **ordenamiento concreto**.

Pensamiento **normativista** es aquel que "absolutiza y separa la norma general y abstracta de las concretas situaciones sociológicas que le dieron origen, así como de las decisiones que las crearon y que las aplican" (p. 13) (9). Ello responde a la idea básica de que deben mandar las leyes y no los hombres. Su sentido político es el de enfrentarse al poder de los gobernantes. Así, la ley sirve como instrumento para destruir "la ordenación concreta del rey y del gobernante, y los hombres de la **Lex** vencen al **Rex**" (p. 15). Cuando esta tendencia es llevada al extremo, caso de Kelsen, todo lo jurídico será encajado en conceptos de referencia normativa. Ser y deber-ser quedan, de tal modo, absolutamente escindidos.

Para el **decisionismo**, en cambio, "la última razón de toda validez jurídica y de todos los valores jurídicos, está en un procedimiento de voluntad que, como decisión, crea al derecho, y cuya fuerza jurídica no puede deducirse de la fuerza jurídica de reglas de decisión" (p. 17). Semejante tipo de pensamiento se encuentra bien configurado a partir del siglo XVII, con Hobbes. "La decisión es el principio absoluto; surge de una nada

(8) Sobre la utilización de las "fórmulas vacías" (*Leerformeln*) por parte de las ideologías, cf.: Ernst TOPITSCH, *Sozialphilosophie zwischen Ideologie und Wissenschaft* (La filosofía social, entre ideología y ciencia), Soziologische Texte 10, Luchterhand, Neuwied y Berlín, 1971, 363 p.; *passim* y esp. p. 83-84. *Vid.* también *infra*, n. 21.

(9) Las cifras indicadas entre paréntesis remiten, cuando no se señala otra cosa, a las páginas del estudio de Sampay, de donde extraemos lo transcrito. Ese mismo trabajo contiene, en sus notas de pie de página, la mención de las fuentes bibliográficas que se relacionan con la correspondiente parte de la exposición allí efectuada.

normativa y de un desorden concreto" (p. 19). Decisionismo que al fin llega a combinarse con el normativismo, en el siglo XIX, para dar lugar al positivismo jurídico como tipo histórico. Ese "positivismo adquiere un sentido polémicamente ateo que no tenía en Hobbes... por ello, tiene parentesco con el positivismo de Comte y, más radical aún, con el positivismo que lleva a las ciencias espirituales el método de las ciencias naturales. El pensamiento jurídico se transformó en pensamiento de legalidad" (p. 20-21). Una legalidad cuyo fundamento no reposa, a diferencia del normativismo puro, en algún tipo superior de normas válidas por sí mismas, sino en datos empíricos: hechos de voluntad (10).

Contra la forma de pensamiento normativista y la decisionista, Schmitt reivindica aquí, como tercera forma, lo que él llama "pensamiento concreto de ordenación" (*konkretes Ordnungsdenken*). "La norma o regla no crea la ordenación —expresa—, sino que tiene una cierta función reguladora en el terreno y dentro del marco de una ordenación dada" (p. 24). De ahí que dicha "ordenación" se nos revele como inmanente a la realidad misma. "Estos sectores de la vida tienen en sí mismos su normalidad, su propia sustancia jurídica, que también reconoce reglas generales y métodos condignos a ellas" (*ibid.*).

Tal concepción muestra singular parentesco con la teoría de la *institución*, que presentara Maurice Hauriou. Según esta, "el derecho positivo está informado por un fin, al que llama *idea de la obra o empresa por realizar*, de realidad objetiva, que el hombre no crea sino que halla incorporada a la naturaleza de las cosas" (p. 26). Por tanto, al encararse ese derecho "como un *elemento* de la

institución, no puede ser aprehendido si se deja de lado la idea de *la obra por realizar*, que causa la institución y a la que el derecho organiza en función de esa idea, y tampoco puede aprehendérselo si se descuida la situación sociológica del grupo humano que sustenta la institución, y constituye como su cuerpo" (p. 26). Tal perspectiva, por su notoria raigambre aristotélica y también por su afinidad con la filosofía escolástica, resulta muy susceptible de ser desarrollada en esta última dirección. Es lo que hará el discípulo más destacado de Hauriou, Georges Renard, quien vincula la idea de institución a consideraciones de derecho natural. Nuestro autor, en cambio, apunta hacia miras que parecen distintas, por lo menos a primera vista (11).

En efecto, y no obstante haber estado originalmente afiliado a ideas católicas (cf. n. 29, p. 36-37), Schmitt se resiste a aceptar el calificativo de "institucionalista" para su *konkretes Ordnungsdenken*, pues desea escaparle a las posibles implicancias teológicas que ello conllevaría. Prefiere vincular las "ordenaciones concretas" al *Führergrundsatz*, el principio de jefatura (12). Sin olvidar, por supuesto, que en esos momentos (1934) el *Führer* era ni más ni menos que Adolf Hitler! "La unidad política, arguye, se forma mediante tres series de ordenación, a saber: el Estado, el Movimiento y el Pueblo. El partido político nacional-socialista es el Movimiento y, como tal, constituye el nexo que une el Pueblo con el Estado. El Estado, como elemento dentro de la unidad política —agrega—, ya no tiene el monopolio de lo político, sino que es solamente un órgano del *Führer* conductor del Movimiento. El monopolio de lo político, y el ejercicio de una soberanía

(10) "El tratamiento jurídico-científico de ese positivismo legalitario tuvo tres fases: al principio, la ciencia del derecho se atuvo a la voluntad del legislador expresada en la norma; después, para soslayar las pesquisas subjetivas y psicológicas que podrían convertir el derecho positivo en un tembladero, y hacerle perder seguridad, recurrió a la voluntad de la ley; finalmente, sólo aceptó como objeto de conocimiento la ley, la norma que se basta a sí misma, prescindiendo de puntos de vista metajurídicos, esto es filosóficos, morales, económicos o políticos" (p. 21).

(11) Sobre la relación entre el *konkretes Ordnungsdenken* y las teorías del pensamiento institucional, cf. Bernd RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus* (La interpretación ilimitada. Sobre la transformación del ordenamiento jurídico de Derecho privado en el nacional-socialismo), Fischer-Athenäum (FAT 6011), Frankfurt, 1973, 496 p. (p. 277-293).

(12) La palabra *Führer* (conductor, jefe, caudillo, líder, etc.) y sus derivados no son fáciles de traducir al castellano sin que se pierda parte de la riqueza de sentido que tienen en alemán, sobre todo si se tiene en cuenta "el carácter ambiguo que dicho término posee en la vaga ideología nacional-socialista. El *Führer* no es un dictador, ni un órgano del Estado, ni un delegado del pueblo; es una especie de 'medium' del espíritu del pueblo. Su poder es originario, no delegado, autónomo y excluye el fraccionamiento orgánico y la división de las funciones estatales. Le corresponde el ejercicio de las funciones legislativa, ejecutiva y jurisdiccional y su voluntad es Derecho. Digamos, finalmente, que se encuentra investido del poder de *Führung*, aquel que esté impregnado en grado excelso del espíritu del pueblo, de forma que posea la egregia aptitud de comprenderlo e interpretarlo" (nota del traductor, J. Zamit, en el libro de Fijalkowski, *loc. cit.* (n. 7), p. 12). Prefiero adherirme, pues, al criterio de Zamit, esto es, dejar sin traducir el vocablo *Führer*, cada vez que sea necesario recurrir a este a lo largo de nuestra exposición. Re-cojo asimismo la traducción de Zamit, "principio de jefatura" (*loc. cit.*, p. 236 ss.), para la expresión *Führergrundsatz* y análogas, pues me parece más gráfica que las vinculadas a los términos "conducción" y "conductor" utilizados por Sampay (p. 39-40 y 42).

incondicionada, están en la voluntad del **Führer**" (p. 39); es decir, en manos de Hitler (13).

Pero todo ello puede únicamente darse sobre la base de una necesaria homogeneidad racial de ese pueblo al que le corresponden tales "ordenaciones concretas" y este **Führer** que lo guía en función de ellas. Como dice Schmitt: "Sobre la igualdad de especie (**Artgleichheit**) reposan tanto la continuidad de un contacto seguro entre el **Führer** y su séquito (**Gefolgschaft**), como así también su recíproca fidelidad. (. . .) La igualdad de especie ((racial)) del pueblo alemán, que en sí es unitario, resulta, por tanto, el más indispensable presupuesto y base para el concepto de la conducción política del pueblo alemán" (14).

En definitiva, el nuevo pensamiento concreto de ordenación no es otra cosa que el medio más adecuado para instrumentar la contribución que los juristas deben prestar con vistas a organizar la nación en el sentido que, según el nacional-socialismo, es el propio del espíritu alemán. Pues "el cambio en el modo de pensar de la ciencia jurídica está ligado hoy a una transformación de la estructura estatal en todo su conjunto (. . .). El Estado, como una ordenación especial dentro de la unidad política, no tiene más el monopolio de lo político, sino que es solo un órgano del **Führer** del Movimiento. Para una unidad política edificada de esta manera, el pensamiento jurídico que se daba hasta el presente, sea decisionista o positivista o una combinación de ambos, ya no es adecuado. Ahora es necesario un pensamiento concreto de ordenación y estructuración, que esté a la altura de lo que requieren las nuevas formas de la sociedad y las múltiples tareas que la situación imperante conlleva en

lo estatal, popular, económico e ideológico" (Schmitt I, p. 66-67).

En una palabra, ese tipo de pensamiento aparece justificado, según Schmitt, por el hecho de ser el que mejor se adapta —en virtud de su imprecisión y consiguiente manipulabilidad política, diríamos nosotros (15)— para llevar adelante los objetivos del nazismo. Mientras que "un tipo de pensamiento jurídico dominado totalmente por la oposición entre norma y mandato, **Lex y Rex**, no tiene posibilidad alguna de aprehender jurídicamente la idea de jefatura. Tal tipo pide, por eso, que sea jurada la Constitución, una **norma**, en vez del juramento al **Führer**" (*ibid.*, p. 51). En cambio, la fluidez característica de los pensamientos "concretos" de ordenación permite, con la mayor comodidad, que el jurista "extraiga" de ellos unas soluciones que vayan por entero de acuerdo con cualquier objetivo que establezcan los jerarcas de la política nacional-socialista (*vid. también infra*, n. 28).

Con respecto a esta etapa del pensamiento schmittiano, Sampay concluye que, "al fundamentar la realidad del Estado en la voluntad del **Führer** —porque él revela el bien que debe lograrse en común, y hacia este bien deben orientar su función las concretas decisiones, haciendo surgir todo lo jurídico de la voluntad del **Führer** y dejándolo pendiente de ella— restablece con su pristina pureza el **decisionismo** de Hobbes" (p. 41). Y así, la noción del **Konkretes Ordnungsdenken** viene a enfrentarse solo al normativismo, puesto que, de hecho, es el decisionismo quien "se ha convertido en principio dinámico ((el principio de jefatura)) que pone en movimiento la estática del orden concreto"

(13) "Las concretas ordenaciones se hallan infraordenadas en esta unidad política, y deben estructurarse conexiando inexorablemente la idea de conducción (*Führung*) con los conceptos de séquito, fidelidad, disciplina y honor. (. . .) La jurisdicción del honor social es también una aplicación del pensamiento de ordenación, que consigue que fidelidad, adhesión, disciplina y honor ya no se conciben como funciones de normas aisladas, sino como elementos esenciales de una nueva comunidad y de su concreta ordenación y estructuración vital" (p. 39-40).

"El nuevo Derecho estatal administrativo ha impuesto el principio de jefatura y, con este, conceptos como fidelidad, séquito disciplina y honor, los que solo pueden ser comprendidos a partir de un orden y sociedad concretos. En tres series de ordenación —Estado, Movimiento, Pueblo— se constituye la unidad política" (Schmitt I, p. 63). Estas ideas están desarrolladas con mayor detalle por Schmitt en su opúsculo: *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit* (Estado, Movimiento, Pueblo. La estructura trinaría de la unidad política), Cuaderno 1 de la serie *Der deutsche Staat der Gegenwart* (El actual Estado alemán), Hamburgo, 1933; para un detallado resumen de este trabajo, cf. Fijalkowski, *loc. cit.* (n. 7), p. 237 ss.

(14) *Staat, Bewegung, Volk*, p. 42 (*vid. n. 13 in fine*). Esta cita la he tomado de Hofmann, *loc. cit.* (n. 7), p. 196, quien agrega: "Y lo que se debe entender por *Artgleichheit*, Schmitt lo aclara de inmediato, a renglón seguido, refiriéndose a la teoría nacional-socialista de la raza y a su interpretación auténtica por parte de Hitler y Frank en el Congreso jurídico de Leipzig de 1933".

(15) "El aislar unos conceptos 'generales' —como culpa, complicidad, tentativa— de los delitos concretos —como alta traición, hurto o incendio—, hoy ya no lo contemplamos como una clarificación conceptual o una garantía de mayor seguridad jurídica y precisión, sino antes bien como una abstracción artificial y carente de sentido, que procede a desgarrar la manera natural y verdadera en que están dados los contextos vivientes" (Schmitt I, p. 60). *Vid. también infra*, n. 28

(Francisco Javier Conde, cit. en p. 42). En una palabra, el contenido de los "ordenamientos concretos" no es otro que el determinado, en función del **Führergrundsatz**, por el **decisionismo** del "líder" (esto es, por Hitler).

III

La posición de Schmitt II está vertebrada en torno a un examen del panorama que el derecho presenta en Europa, sobre todo a partir del final de la primera guerra mundial. "Que el derecho está en crisis en nuestro tiempo se debe —según Carl Schmitt— a la crisis contemporánea de la ciencia jurídica, la cual, a su vez, fue motivada por la adopción del normativismo como método jurídico, y del positivismo jurídico como filosofía del derecho positivo. Para el positivismo jurídico, sólo es objeto de la ciencia jurídica la norma que es válida positivamente, o sea, sólo lo es la ley dictada por el Estado. (. . .) (Ello) se acompaña del método jurídico puro, que no toma en cuenta el significado objetivo del contenido material del derecho, es decir, el sentido político, social y económico de los ordenamientos concretos y de las instituciones" (p. 44-45). La razón fundamental de esa "crisis", asentada en el predominio del decisionismo, estaría en el hecho de que se fue dejando de lado el papel preeminente que en la creación y aplicación del derecho le correspondía a la ciencia jurídica. Y "por ciencia jurídica, Carl Schmitt entiende el saber sistemático de los juristas sobre el derecho positivo vigente, librado de la **teonomía** innata en la naturaleza humana que es el derecho natural" (p. 47-48).

"La aparición del monopolio legislativo estatal con su técnica de la codificación, y la caducidad de la ciencia jurídica romana y del derecho natural como condicionantes del derecho positivo, son los elementos provocadores de la primera fase de la crisis de la ciencia jurídica en el siglo XIX. Pero en la segunda mitad de este siglo, la crítica situación de la ciencia jurídica no se había consumado del todo, porque el método de elaboración y el ritmo pausadamente lento con que se modificaban las legislaciones las colocaban, tanto durante su preparación como en lo sucesivo, en estrecho contacto con la ciencia jurídica" (p. 49). Se distinguía, allí, entre la voluntad "objetiva" de la ley y la voluntad subjetiva de sus autores. De esa manera, "la ciencia jurídica y la doctrina de la práctica judicial se con-

vertían en portadores indispensables de esta razón objetiva" (p. 50), partiendo de la base de que "la ley es más inteligente que el legislador". Por lo demás, la ciencia del derecho servía, así, para reivindicar "la unidad de la voluntad de la ley frente a la pluralidad discorde de los partidos políticos" (*ibid.*).

Luego de la primera guerra mundial, la situación cambió. El intervencionismo estatal condujo a una producción abundante y vertiginosa de preceptos jurídicos positivos, a introducirles constantes modificaciones. Asimismo, para mejor atender a los cambiantes requerimientos de cada instante, la ley fue siendo desplazada por el decreto, el reglamento y la disposición. Pero la ciencia jurídica no pudo adaptarse a este nuevo ritmo. "De igual modo que el decreto puede considerarse una 'ley motorizada' —dice Schmitt—, la 'resolución' puede denominarse un 'decreto motorizado'. Con esto desaparece el espacio imprescindible para que entre a jugar una ciencia del derecho positivo" (p. 53).

Schmitt se remite a Kirchmann, pues considera que este, en su resonante discurso de 1847 sobre **Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft** (La falta de valor de la jurisprudencia como ciencia), habría tenido ya el visionario propósito de advertir —"tres palabras rectificadoras del legislador convierten en basura bibliotecas enteras"— lo que para la ciencia jurídica significa el nuevo ritmo de legislación. Pues "nada queda de una ciencia cuya finalidad consiste en comentar e interpretar las cambiantes disposiciones positivas de órganos estatales que saben muy bien cuál es su voluntad, y que pueden decir de la mejor manera cuál es el sentido exacto de sus disposiciones" (p. 54). Para Sampay, sin embargo, esta manera de interpretar a Kirchmann no sería la correcta.

Lo que Kirchmann se habría propuesto, según Sampay, es llamar la atención sobre el hecho de que la sola ciencia posible en materia jurídica se refiere al derecho natural, consiste en "el descubrimiento puro y simple de las verdaderas leyes del derecho"; no aquella que se ocupa de la ley positiva, que es "mero arbitrio", sometida a la mutabilidad de las circunstancias históricas (p. 56). "El objeto' de las 'disciplinas científicas' —dice Kirchmann— 'es lo absoluto, lo verdadero, lo necesario' ". Para él, como para Aristóteles, "no puede ser objeto de ciencia lo mudable, contingente y temporal" (*ibid.*). La conclusión que Sampay saca,

pues, es que "Carl Schmitt vinculó arbitrariamente el estudio de Kirchmann al hecho histórico del ace-leramiento en la producción y cambio de las legis-laciones" (p. 58). Por lo demás, ya en 1612 tene-mos que "Francisco Bermúdez de Pedraza, en su libro **Arte legal para estudiar la jurisprudencia**, de-dica un capítulo a la cuestión de si 'la jurispuden-cia es verdadera ciencia', y pone entre las opinio-nes que pretende refutar cuatro 'argumentos' que son las susodichas razones de Kirchmann para ne-gar a la jurisprudencia carácter de ciencia" (p. 59).

Sea como sea, lo cierto es que Schmitt hace sobre todo hincapié en la importancia que tiene el camino señalado por otro autor, Savigny, quien en 1814 publica su estudio **Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft** (De la vocación de nuestra época para la legislación y para la ciencia jurídica). Según el, hay una vida or-gánica del derecho, anclada en el "espíritu del pue-blo" (**Volksgeist**). La tarea de los juristas es proce-der a desarrollar ese derecho "natural". "La fuente del derecho, pues, no es la ley estatal, sino que, pa-ra Savigny, la ciencia jurídica es la verdadera fuen-te del derecho. (. . .) La ciencia que guía la vida jurídica y custodia las fuentes del derecho —pro-pugnada por Savigny—, se sostiene por sí misma, es **autónoma**, pues se libra tanto de la filosofía y de la teología, que la sujetan a ellas, como de la de-pendencia que implica ser una simple faena de co-nocimiento de leyes dadas por el legislador" (p. 65).

Actualmente, el jurista debe ante todo evitar someterse al papel de mero instrumento de un tecnicismo legalista, cosa que lo degrada. Debe rei-vindicar, por el contrario, su específica y más au-téntica función científica: la de constituirse en conciencia jurídica propiamente dicha de la colec-tividad. "Los cambiantes detentadores del poder y los regímenes no podemos elegirlos nosotros ((los juristas)) a nuestro gusto, pero somos quienes pre-servamos, en medio de las cambiantes situaciones, la base de una existencia racional, que no puede prescindir de los principios del derecho. A estos principios pertenecen: un reconocimiento de la persona, sobre la base del mutuo respeto, lo cual no pierde validez ni siquiera en medio de la lucha; sentido para la lógica y la coherencia de los con-ceptos e instituciones; sentido para la reciprocidad

y para el mínimo constituido por un procedimien-to ordenado, un **due process of law** ((debido pro-ceso legal)), sin el cual no existe derecho" (Schmitt II, p. 422-423).

IV

Sampay, por su parte, se pronuncia en favor de un derecho natural universal e inmutable, supra-ordenado a toda legislación positiva (p. 68 ss.). Y entiende que Schmitt II viene a desembocar en conclusiones de esa índole justamente, **superando** así el decisionismo de Schmitt I. "Renace en Carl Schmitt el reconocimiento de 'principios de dere-cho' que son las bases para un coexistir humano racional, y que deben regir, con distintas y adecua-das modalidades, las cambiantes situaciones histó-ricas, y renace también el reconocimiento de la dignidad del hombre y del respeto que se le debe; esto, aunque él no lo quiera, es la aceptación del inextirpable derecho natural" (p. 68).

Afirmando seguir una posición que se inscribi-ría —según dice— en la línea de Aristóteles, Cicerón y Santo Tomás de Aquino, Sampay postula, sobre la base de un realismo de los universales, la existen-cia de un derecho natural eterno, emanado de Dios.

Prefiero cederle la palabra **in extenso** al propio Sampay, para que nos explique ese punto de vista (15a). A su juicio, "el derecho positivo no es sino la aplicación, a una circunstancia histórica, de un derecho metapositivo **innato** en la naturaleza del hombre, especificada por su condición de animal racional y político" (p. 9). En ese sentido, "lo que salvaguarda la dignidad y el respeto del hombre es siempre el derecho **inmutable** que reconoce como fuente la también inmutable y universal naturaleza humana" (p. 69). Esto vale asimismo frente a "los principios jurídico-políticos que vienen de la tradi-ción. . . pues lo tradicional sólo puede seguir ri-giendo en virtud de lo valioso que entraña, pero entonces esos principios tradicionales —que son disposiciones adquiridas para obrar en un sentido, esto es, genéricamente, hábitos— valen porque es-tán animados por los principios jurídicos naturales, **óptimos y absolutamente inmutables** (*ibid.*). (. . .) Cicerón repite, por tanto, lo que ya Aristóteles ha-bía dicho y lo que después expresara Santo Tomás:

la fuente del derecho inmutable está en la naturaleza o **esencia humana** (p. 71) (16). (. . .) Por eso, el principio fundamental del derecho natural se expresa con la proposición de que ha de realizarse lo bueno, esto es, la perfección, y evitarse lo malo" (p. 72). Nos encontramos, así, ante un reino de esencias universales, invariables. "Nosotros abstraemos esas esencias de las cosas mismas, porque están en ellas" (p. 73); invariabilidad de esencia que las cosas han recibido de Dios mismo, "porque todas las esencias de las cosas tienen su causa ejemplar en las ideas de Dios" (*ibid.*). Del mismo modo, "en la roca granítica de los **universales** (subrayado por S.) se apoya la distinción real de esencia y existencia, y esto, como lo señala Rommen, tiene importancia capital para el derecho natural. Sin esta distinción, la invariabilidad del derecho natural se destruye, ya que, excepto en Dios, todo lo existencial es variable en sí y contingente" (p. 74).

V

Por mi parte, a diferencia de lo que piensa Sampay, considero bastante dudoso que exista una divergencia profunda entre estas dos fases—Schmitt I y Schmitt II— ideológicas del teórico nazi, de modo que la segunda (más bien iusnaturalista) se oponga a lo propugnado en la primera (más bien "decisionista"). Por lo demás, las críticas de Sampay se basan en una concepción del derecho natural (universal, inmutable, etc.) que hoy puede considerarse superada, al punto tal que, en

esos extremos, no encuentra sostén ni siquiera entre los más destacados sostenedores del iusnaturalismo (Villey, A. Kaufmann, etc.) dentro de la Filosofía del Derecho actual (*vid. supra*, n. 16). Concentraré mis observaciones sobre el primer aspecto.

Schmitt es un escritor al que no le falta talento, por cierto, para sacar a luz encadenamientos históricos de ideas y para percibir líneas del acontecer político. Ello consigue otorgarle, desde ciertas perspectivas, un tinte "realista" a sus estudios. Pero como el propio Sampay lo advierte en la **Introducción** de su opúsculo, a Schmitt eso le sirve sobre todo para fundamentar tales o cuales soluciones políticas con vistas a situaciones actuales. Consigue poner de relieve, en efecto, aspectos reales de las cosas; de ahí, el alto interés que suelen presentar sus puntualizaciones. Sin embargo, por lo general se trata de verdades a medias, hábilmente sometidas al filtro de lo que el autor quiere poner de relieve y de lo que quiere callar, destinadas siempre a servir de trampolín ideológico para propugnar soluciones antidemocráticas y prooligárquicas (17). Ya lo dijimos: en el terreno de la doctrina jurídica, Schmitt es acaso el teórico más interesante del autoritarismo de derecha en nuestro siglo. No hay que olvidar que fue un decidido portavoz del nazismo. El ensayo de Sampay, empero, solo de pasada se refiere a ese sesgo de las ideas examinadas (apenas lo hace al explicar el **Führungsgrundsatz**, p. 39-40). Por mi parte, en cambio, creo que es ahí donde está la clave: en el propósito político, el interés de apoyar las soluciones más

(16) Sin embargo, no es esta exactamente la opinión de los más autorizados exégetas del pensamiento aristotélico y del de Sto. Tomás. Aquellos consideran, por el contrario, que dichos autores (de acuerdo a pasajes claves de sus escritos) sostuvieron más bien la idea de un derecho natural relativamente *mudable*: cf., por todos, Joachim RITTER, 'Nurrecht' bei Aristoteles ('Derecho natural' en Aristóteles), Kohlhammer, col. Res Publica vol. 6, Stuttgart, 1961, 37 p. En el mismo sentido se pronuncian los principales iusnaturalistas de nuestros días: Michel Villey, Arthur Kaufmann, René Marcic, etc.

(17) No vacilo en ubicar a Schmitt como un autor de orientación prooligárquica, a pesar de que él no se pronuncia de manera expresa en ese sentido. Es cierto que llega a manifestarse contra el "individualismo burgués" (cf. la primera de las citas transcritas en la n. 28, *infra*) y, más aún, hasta sostiene que "el Estado total de *Führer*, como ya ha ocurrido con el Estado del fascismo italiano, beneficiará a la larga no a los económicamente fuertes sino a la masa de obreros, y ello por la sencilla razón de que éstos son los que hoy constituyen el pueblo y el Estado es por definición la unidad política del pueblo. Únicamente un Estado débil es lacayo de la propiedad privada capitalista. Todo Estado fuerte —cuando es verdaderamente tercero superior y no se identifica con los económicamente fuertes— muestra su peculiar fortaleza no frente a los débiles sino frente a los social y económicamente fuertes" (Fijalkowski, *loc. cit.* (n. 7), p. 245-246). Pero nada de esto se puede tomar en serio. Si frente a alguien, el Estado de Hitler —del mismo modo que el de Mussolini— no mostró "su peculiar fortaleza", no procedió a atacarlos en sus intereses básicos, fue con respecto a los "económicamente fuertes". No sé si podrá decirse que el Estado hitleriano llegó a ser propiamente "un lacayo de la propiedad privada capitalista". Lo cierto es que de ninguna manera inclinó la balanza social en favor de los "débiles". La maquinaria burocrática y militar del aparato estatal nazi, sobre todo quienes detentaban sus puestos más altos, utilizó en beneficio económico propio el poder, pero esto sin tocar en lo fundamental la estructura capitalista de la sociedad alemana. De modo que, en definitiva, los grandes privilegiados por la política nacional-socialista, al menos hasta que la guerra tomó un giro desfavorable para ellos, fueron las clases "económicamente fuertes" (como en todo régimen de derecha) y los jerarcas nazis, sin perjuicio de que también se dieran ciertas contradicciones entre ambos sectores (las que a veces resultaron zanjadas en favor de los intereses o caprichos de los jefes nazis). De todo esto, nadie mejor que Carl Schmitt para estar enterado (*vid. infra*, a la altura de la n. 24). Sea como sea, si "por sus frutos se conoce el árbol", las ideologías schmittianas jamás fueron, por cierto, de las que vayan a quitarle el sueño a ningún oligarca.

anti-Ilustración y anti-individualistas posibles (aquellas que sean relativamente viables, de acuerdo al momento histórico en que Schmitt propone el fundamento ideológico del caso). En una palabra, es en función de su sentido **político-social** concreto y no según su cambiante vestimenta ideológica, que hay que analizar las teorías de este autor (17a).

Para Sampay, parecería que el eje de todo reside en una abstracta elección entre decisionismo y derecho natural, fundada (da la impresión) en meras razones teóricas. Por eso, no le cuesta mucho concebir que finalmente Schmitt se haya "convenido" de que está mejor lo segundo. Pero lo cierto es que en ese plano, el de la controversia entre "ideologías" simplemente, las tesis del autor alemán estarían en condiciones de resistir con comodidad a los embates de su crítico argentino. Más aún: las posiciones teóricas sostenidas por uno y otro resultan mucho menos encontradas de lo que a Sampay le parece, ambas se prestan a análogo tipo de manipulaciones intelectuales en cuanto de su retórica se buscan extraer consecuencias prácticas. Veámoslo.

La doctrina nacional-socialista hizo siempre especial hincapié en el "espíritu del pueblo" (**Volksgeist**) como justificativo de las soluciones políticas, nacionales e internacionales, que puso en ejecución. Este **Volksgeist** viene a ser la institución mayor, en cuyo seno se desenvuelven otras instituciones menores. El "pensamiento concreto de ordenación" está inspirado, según vimos, en una concepción de tal especie. Concepción que, por no estar libre de cierta tendencia o virtualidad mística, se presta mucho a una salida de tipo iusnaturalista, que puede ser teológica o no.

En Renard y en Sampay, esas implicaciones teológicas se hacen efectivas. En Schmitt, no. Pero tanto en uno como en el otro caso encontramos la postulación de cierto "orden" en sí, algo que tiene vigencia —práctica y también axiológicamente— por encima de la voluntad de los hombres, de modo que el derecho positivo se encontraría subordinado a ello. Que en última instancia tal orden provenga o no de Dios, poco le hace, desde el punto de vista práctico. Porque tanto Schmitt como

Sampay se expresan en términos tan vagos sobre su contenido sustantivo, que ese contenido queda, **en los hechos**, librado por entero a lo que al intérprete le dicte su conciencia, su manera de "verlo".

De tal modo, lo que importa realmente, para saber **cómo** ese "orden" ha de realizarse en la sociedad, es saber **quién** merece ser considerado como el intérprete legítimo del ordenamiento en cuestión, llámesele "natural" o "concreto". Sampay no dice nada a este respecto. Schmitt, en cambio, adelanta dos soluciones: son las que corresponden a las dos "fases" de su pensamiento reseñadas. No obstante, cabe preguntarse si en realidad comporta mayor diferencia, en cuanto al fondo, el paso de una a otra. No lo creo. Es más, ¿existe una efectiva **oposición** entre decisionismo e iusnaturalismo? En torno a esta pregunta centraré las observaciones que siguen.

Para el nazismo, el **Führer** está muy lejos — ¡en teoría! — de actuar según una manera propiamente "decisionista". No aparece presentado como el titular de un poder arbitrario: entre todos los ciudadanos es él quien reivindica para sí la condición de hallarse más **ligado** que cualquier otro miembro de la colectividad al "espíritu del pueblo", ser un "intérprete" más **fiel**. Por ostentar esa calidad personal singularísima que le permite "sintonizar" mejor que nadie lo que dicta dicho "espíritu", así como por el hecho de someterse en forma incondicional a estos dictados, ser su "instrumento" por excelencia, por eso justamente es que el **Führer** se legitima como tal. Si ha de reconocérsele como el "conductor" de su pueblo, no es sino porque se considera que semejante conductor es, a su vez, el sujeto más apto para ser — ¡él mismo! — **directamente** "conducido", "iluminado", por el **Volksgeist**. No dispone de su autoridad a título de autor del "orden" en cuestión, sino como su mero **intérprete**. El **Führer** no es el procreador del **Volksgeist**, sino que se autolegitima como una creatura de este y como su más incondicional servidor (*vid. supra*, n. 12).

Desde el punto de vista "teórico", pues, no tiene razón Sampay al decir que Schmitt I adopta una solución decisionista. Que **en los hechos** fuera tal, eso es otra cosa. ¡Pero lo propio ocurre, igual-

(17a) Tal, por ejemplo, el ángulo principal desde el cual se encuentran proyectados los análisis que contiene el estudio de Fijalkowski. Así, este autor subraya que las reflexiones de Schmitt, "por alejadas que estén de sus objetos, siempre están penetradas por una concreta voluntad de estructuración política y de juridicidad política" (*loc. cit.* (n. 7), p. 31). Lo cual permite comprender, al dar cuenta de las ideas schmittianas, "cómo determinados diagnósticos sólo pueden ser evidentes para determinadas opciones ideológicas y cómo determinados factores de crítica aparentemente racional sólo se pueden explicar por su función ideológica-apologética" (*ibid.*). *Vid. también supra*, n. 5.

mente, con el derecho "natural", esto es, con sus interpretaciones! Desde el momento en que el "orden" necesita, para ser realizado, que alguien lo interprete —sobre todo cuando se trata de algo tan vago como el "espíritu del pueblo" o "los principios jurídicos naturales, óptimos y absolutamente inmutables"—, solo caben tres soluciones: (1) o se admite que dicha interpretación no es simplemente voluntarista —y en ese caso, la solución de Schmitt podría no ser decisionista—; (2) o se parte de la base de que hay siempre, en mayor o menor medida, un elemento voluntarista en tales "interpretaciones" —entonces resulta que cierto "decisionismo" se daría en todos los casos (cosa que parece querer negar Sampay)—; (3) o bien, hay "órdenes" y "órdenes", algunos de los cuales se interpretan en forma decisionista y otros no —pero en tal caso, Sampay debería demostrar (y no lo hace) en qué medida los "principios" que él postula son más precisos, menos "decisionísticamente" manejables, que las "concretas ordenaciones" de que habla Schmitt—.

Si nos quedamos en el plano de la mera **concepción** teórica, es cierto que el **Führergrundsatz** no implica decisionismo. Cosa que no quita, por supuesto, que en la **práctica** tal principio haya servido para fundamentar el voluntarismo del **Führer**, o el de los sectores sociales en beneficio de los cuales este "interpretó" cuáles debían ser los "órdenes concretos"; esto es, los que conformaban una organización social que privilegiaba sobre todo los intereses del gran capital alemán y de altos sectores burocráticos o militares del Estado. Ahora bien, si apreciamos las doctrinas político-sociales desde ese ángulo, el de la realidad práctica que una teoría está destinada a apoyar, tampoco puede descartarse que, de manera análoga, la afirmación de abstractos postulados de derecho natural sirva para enmascarar el "decisionismo" de tales o cuales personas o cuerpos: el de quienes se considere como los habilitados para fallar sobre la interpretación **práctica** de aquellos principios. En tal sentido, cuanto más vagos sean los principios postulados, mayor facultad "decisionista" tendrán sus intérpretes. Por eso, no veo cómo pueda replicársele a Schmitt que

las "ordenaciones concretas", que viven en "el espíritu del pueblo", sean criterios de orientación más indeterminados, más proclives a ser llenados con contenidos cualesquiera por parte de los titulares del Poder, que la afirmación **in abstracto** de principios como el de la "dignidad" humana, el de que "ha de realizarse lo bueno", etc. (¿Se conoce alguna atrocidad que no haya llegado a ser cometida escudándose en "principios por el estilo? Los Stalin en la URSS, los Johnson en Vietnam, los Videla en Latinoamérica, y tantos otros, del mismo modo que sus propagandistas de turno, no han tenido mayor dificultad en utilizar lenguajes de ese tipo. . . ¡y en encontrar quién se lo creyera!) (18).

Pasemos a Schmitt II. Como veremos, la diferencia no es mucha. El ideólogo del nazismo destaca ahora el papel que a la ciencia jurídica debería corresponderle como órgano autónomo de interpretación de los principios del derecho. Sampay ve en ello un cambio de posición. Yo diría que se trata, en todo caso, de un cambio de collar. Al referirse a la situación de la ciencia jurídica europea, allí el autor no rectifica, ni explícita ni implícitamente, ninguno de los puntos de vista que sustentara antes. Schmitt I defendía el "pensamiento concreto de ordenación" y el "principio de jefatura"; pero en momento alguno había dicho que, **dentro** de ese marco, no le correspondiera ningún papel propio a la ciencia jurídica (18a). Tampoco Schmitt II dice que semejante papel propio sea distinto de una labor **interpretativa** respecto a las "ordenaciones concretas", ni que la jurisprudencia deba sustituirse al papel del **Führer** (no hay que olvidar que este estudio lo presentó mientras Alemania seguía aún bajo el nacional-socialismo, régimen que en el autor cuenta a uno de sus propangandistas más destacados como "científico" del derecho (19)).

La función de la ciencia jurídica, según Schmitt II, no es la de actuar como legislador propiamente dicho. Ella se limita a prestar un apoyo intelectual a la legislación y a la aplicación de la ley, a fin de que estas se hallen en condiciones de acatar mejor los "principios del derecho", es decir, de llegar a conocerlos más a fondo. Ahora bien, dichos princi-

(18) Hubiera sido más oportuno, desde luego, que en la referencia de arriba se indicaran nombres de gobernantes actuales. Ejemplos "destacados", en ese sentido, por cierto que no escasean, tanto en las cercanías como más lejos de Costa Rica. Sin embargo, atento a disposiciones recientes del Ministerio de Seguridad costarricense, me está vedado mencionar esos nombres.

(18a) Por ejemplo, cf. las citas que se recogen *infra*, n. 28.

(19) Cf., en el Apéndice, los textos 3.c, 4 y 5; teniendo también en cuenta que Schmitt II tuvo su origen y fue presentado bajo el nazismo (*vid. supra*, n. 3 *in fine*).

prios residen justamente en la “ordenación concreta” de las cosas (20). El legislador —en su caso, el **Führer**— debe someterse a ellos, para lo cual le resultará precioso contar con el auxilio de la ciencia jurídica. Pero el **Führer**, en tanto que intérprete auténtico del **Volksgesetz**, ¿cómo puede suponerse que dejaría de tener en cuenta tales principios? No hay contradicción — ¡no puede haberla! (por definición, dentro de la doctrina)— entre el **Führer** y la ciencia jurídica. Son instancias que se **complementan** y apoyan recíprocamente. Ni el uno ni la otra son **concebidos** (mejor dicho: imaginados) como órganos de tipo “decisionista”. Ambos están llamados —cada uno dentro de su papel específico: el **Führer** como legislador y los juristas como “científicos” del derecho— a promover los mismos “principios”, los “ordenamientos concretos” anidados en el “espíritu del pueblo”. Solo en organizaciones político-sociales que no tuvieran la suerte de disponer de un gobierno tan excelente como el nazi, solo allí podría ocurrir que hubiese desacuerdos (importantes) entre los científicos del derecho y el legislador, solo allí el poder político llegaría a irrespetar los “principios” detectados por aquellos.

Es cierto que Schmitt II no habla de manera expresa sobre esta labor de complementación entre el **Führer** y la ciencia jurídica, sobre la armonía que entre ambos se dio en la Alemania nacional-socialista (por obra del propio Schmitt, de Forsthoff, de Larenz. . . y de tantos otros “científicos” del derecho). Pero en ninguna línea de ese trabajo (1943-1944), su autor rectifica las tesis sentadas con anterioridad (1933-1934), ni —lo que es más importante— nada de lo que ahora dice es incompatible con aquello otro. No veo cómo pueda entenderse que hay una rectificación, según señala Sampay, allí donde el autor interpretado no la formula, ni el contexto político-ideológico autoriza a presuponerla.

El error de apreciación de Sampay se explica, no obstante, teniendo en cuenta que ya se le había escapado, en su apreciación acerca de la posición teórica de Schmitt I, que esta no se halla tan lejos del derecho natural, extremadamente abstracto, reivindicado por el propio Sampay. La diferencia residía sobre todo en el sostenimiento de un **Führungsgrundsatz**, es decir, el punto en donde Schmitt daba un paso más adelante, pues así establecía condiciones **concretas** (designación del “intérprete”: Hitler) para resolver cuáles habrían de ser los principios de ordenación. Ahora bien, como Schmitt II no menciona al **Führer**, y ni siquiera tiene rubor en aludir al vago “reconocimiento de la dignidad personal” (ibajo el régimen hitleriano!), es comprensible que a Sampay ya no le quedasen mayores diferencias de orden teórico que zanjar con Schmitt.

Como dice el propio Sampay: “el principal problema, entonces, consiste en precisar si se acepta la existencia de una **idea** universalmente válida del derecho justo, una teoría del **derecho ideal** o un **derecho natural** —el nombre es lo de menos— condicionante del derecho positivo” (p. 10). Sí, claro, el nombre puede ser “lo de menos. . .”. Pero, según parece, ¡el contenido **también**! Porque si a un ideólogo del nazismo, como Schmitt, lo tomamos en serio cuando habla del “reconocimiento de la dignidad personal”, vaya el lector sacando en limpio todo lo que puede haber o no haber en esa bolsa sin fondo a la que algunos no vacilan en pegarle la etiqueta “derecho natural” (o “naturaleza de la cosa”, o. . . “ordenamientos concretos”, por ejemplo) (21).

Conviene no olvidarse de que, para Schmitt, lo importante no son las ideas (mejor dicho, ideologías) en sí mismas, sino los efectos prácticos que por intermedio de ellas puedan alcanzarse, de acuerdo a la situación histórica concreta para la

(20) Cf., en el Apéndice, los textos 6.a y 7.b, donde Schmitt II sigue subrayando el papel fundamental que le asigna a las ordenaciones concretas. Por el hecho de que la “conciencia jurídica” recoge, como en un reflejo, el desarrollo esencialmente “espontáneo” (*absichtlos*) de esas ordenaciones, los juristas tienen su papel propio: el de servir como testigos y protectores de unos principios correspondientes a ellas. “Así es que, en realidad, no nos queda otro recurso que el de la exhortación a hacer ciencia jurídica como última protectora del espontáneo nacimiento y evolución del derecho” (Schmitt II, p. 423).

(21) No deja de ser sugestivo que Sampay, iusnaturalista de Perón, dedique (p. 5) su estudio a Del Vecchio, iusnaturalista de Mussolini. Poco extraño resulta, entonces, que Sampay termine reencontrándose con Schmitt, en cuanto este se decide a reformular sus viejas tesis en un lenguaje más cercano al de iusnaturalistas como Del Vecchio. Cabe advertir, sin embargo, que no todos los postulantes de derechos naturales han sido o son defensores de soluciones de rechistas. Lo que pasa es que, por la imprecisión propia de la divisa “derecho natural”, a ella puede remitirse, quien la invoca, para justificar cualquier tipo de respuestas político-sociales, sean del signo que fueren. Ese carácter de “fórmula vacía”, de recurso retórico esencialmente manipulable, que es característico de las ideologías del derecho natural, ha sido sacado a luz por más de un autor, como es el caso de Kelsen y también de su discípulo Topitsch. “Las doctrinas iusnaturalistas constituyen pues, en lo esencial, sistemas de razonamientos circulares y de fórmulas vacías, los cuales pueden ser utilizados para defender o atacar cualquier orden jurídico y social que pueda llegar a imaginarse, existir o ser anhelado; y gracias a esta su irrestricta manipulabilidad, esos sistemas han tenido indiscutible éxito histórico. (. . .) La variedad de las fórmulas iusnaturalistas las hace. . . sobresalientemente apropiadas para

que son lanzadas "en el platillo de la balanza" (22). Siempre con vistas, claro está, a lograr los efectos más derechistas posibles, según hasta donde se pueda llegar en las condiciones socio-políticas dadas. Quiere decir, precisándolo en una terminología como la de la semiótica, que la interpretación del discurso schmittiano no habría que confinarla al plano de análisis meramente semánticos. Debe ser centrada en la dimensión **pragmática** de ese discurso, o sea, con la vista puesta en las repercusiones políticas perseguidas por su intermedio, en un momento determinado del tiempo y del espacio. Así, por ejemplo, no se entiende el paso de Schmitt desde una originaria versión expresa y extremadamente decisionista de sus ideas (*supra*, n. 4) a la etapa del **konkrete Ordnungsdenken**, si no se tiene a la vista la variación de las circunstancias. El Schmitt-decisionista escribe en la República alemana de Weimar (1919-1933), con el objetivo de desestabilizar a esta democracia parlamentaria; para lo cual apela, justamente, al poder creador que tiene la **voluntad** política como fuente primigenia de todo derecho. En cambio, luego que Hitler ha conquistado ya el poder, resulta más útil, para apoyar ideológicamente las soluciones impuestas por ese poder y por los juristas llamados a instrumentarlas, hacer aparecer —Schmitt II— tales soluciones como no-arbitrarias, como emanadas de valores o datos **objetivos** que aparentan estar por encima de cualquier cuestionamiento decisionista, cual son esas "concretas ordenaciones" inherentes al "espíritu ((racial)) del pueblo" alemán. Visto ese mimetismo ideológico, un autor como Löwith ha

subrayado, con razón, el carácter eminentemente "ocasional" del pensamiento político de Schmitt (23).

En una palabra, para no equivocarse respecto a "las tornadizas ideas de Carl Schmitt" (Sampay, p. 11), acaso nada mejor que tomar en serio una advertencia que alguna vez formuló el propio Schmitt: "todo lo romántico está al servicio de otras energías, arrománticas; y la superioridad ((que lo romántico invoca)) sobre la definición y la decisión, se transforma en el obsequioso acompañamiento de fuerzas ajenas y de decisiones ajenas" (24). Eso es, ni más ni menos, lo que ocurrió con las románticas "ordenaciones concretas" de Schmitt I y Schmitt II.

Tampoco cabe imaginar, tratándose de un conocedor tan profundo de las ideas políticas y de un observador tan perspicaz, que Schmitt I se haya "equivocado" simplemente (25) con respecto a Hitler. Un "error" del que Schmitt II habría luego conseguido liberarse. Los propósitos políticos de Hitler eran demasiado manifiestos, su propaganda hacía cualquier cosa menos ocultarlos, desde antes mismo de lograr acceder al gobierno. Y después de tomar el poder, para realizarlos siguió contando con el más decidido apoyo jurídico-propagandístico por parte de Schmitt. Que se trata de un escritor tan cínico como inteligente, es algo que resulta demasiado bien probado por el testimonio que han dejado sus escritos mismos (26). Por eso, justamente, su obra constituye todo un paradigma en la historia del pensamiento de la *intelligenza* conservadora. De sus ideas encontramos antecedentes, por

simular, por permanecer siempre igual su tenor literal, una constancia de los principios normativos supremos, mientras que en realidad aquellas son conciliables con cualquier orden de costumbres sociales (*Sittenordnung*) y decisiones legislativas. De ahí que las autoridades sociales que se remiten a tales doctrinas y se apoyan en estas, puedan elegir y en caso necesario alterar sus criterios en forma que prácticamente es del todo libre, e incluso puedan actuar en formas puramente oportunistas, sin que sea posible probarles una violación de aquellos principios. (...) Al acontecer que determinadas actitudes valorativas sociales y pre-decisiones, que por sí están en principio sujetas a cambios, se presenten como proposiciones de 'ser' o de 'esencias', su mutabilidad no accede a la conciencia o bien es desalojada nuevamente de esta. Aquello que depende de una decisión humana recibe la apariencia de ser independiente de ella y, por este medio, en determinadas circunstancias puede —no en sentido lógico-sistemático, pero sí psicológicamente— de hecho hacerse independiente de decisiones durante un tiempo y ser sustraído a toda modificación" (Topitsch, *loc. cit.* (n. 8), p. 36-37, y 62-63 y 174).

Para un detallado panorama de los múltiples tipos de acepciones que pueden recibir respectivamente los términos "derecho" y "natural", así como las combinaciones entre ambos, cf. *in toto* la monografía de Erik WOLF, *El problema del derecho natural*, Ariel, Barcelona, 1960, 231 p.

(22) *Vid. supra* la primera de las citas correspondientes a la n. 1, e *infra* el texto 7.º del Apéndice.

(23) Cf. Löwith, *loc. cit.* (n. 7), esp. p. 98 (en sus ns. 24 y 25) y 116-117. Cf. también: Hofmann, *loc. cit.* (n. 7), p. 180 ss.; Lenk, *loc. cit.* (n. 5), p. 130-131.

(24) *Politische Romantik*, 1919; transcrito por Löwith, *loc. cit.* (n. 7), p. 97 (n. 20 de esa pág.). En el mismo sentido, muchos años después (1968), al reeditar su ensayo *Legalidad y Legitimidad*, Schmitt recoge, para introducir el Apéndice que agrega en esa ocasión, esta idea del padre Laberthonnière: "detrás de cada ley terrenal hay inmediatamente hombres que se sirven de ella como de un medio para su poder" (p. 157, ed. citada en el No. 2 de nuestro Apéndice). Como se ve, Schmitt nunca ha sido un ingenuo en cuanto a saber que existen fuerzas sociales reales que se mueven detrás de las ideas, por más románticas que estas sean.

(25) *Vid.* las citas a que se refieren nuestras ns. 22 y 24.

(26) Cf., por ejemplo, los testimonios acerca de su racismo —en lo cual difícilmente puede suponerse que él mismo creyera— señalados por: Löwith, *loc. cit.* (n. 7), p. 112-113; Hofmann, *loc. cit.* (n. 7), p. 192 ss., esp. la n. 19 (p. 192). En cuanto a su trayectoria general al servicio del nazismo, *vid.* el resumen de Fijalkowski, *loc. cit.* (n. 7), p. 23-26.

cierto, en otros pensadores: Sto. Tomás, Hobbes, Rousseau, Burke, Fichte, Hegel, son tal vez los más eminentes; y además están De Maistre, Savigny, Adam Müller, Ernst Moritz Arndt, Donoso Cortés, Hauriou, etc. Mas en ninguno de estos, acaso, se da esa tan peculiar mezcla de realismo e intencionada mistificación (27) que caracteriza a las ideologías de Schmitt, que de ellas hace una pieza maestra entre los tipos de demagogia destinados específicamente a sectores de la intelectualidad (juristas y otros).

Sea como sea, tanto en el carácter voluntarista de su "decisionismo" como en el institucionalismo iusnaturalista de sus "ordenaciones concretas", y no menos en Schmitt II que en Schmitt I, sube a la palestra esa clase de "ciencia jurídica" que, por la imprecisión misma de sus conceptos fundamentales, se presta con la mayor comodidad al juego de "la interpretación ilimitada" (Rüthers); esto es, a la manipulación de las nociones jurídicas para interpretarlas, en su caso, según mejor convenga al poder de turno o en general a la ideología por la que el juez sienta más inclinación (28). Pero en ese plano, en realidad las tesis de Schmitt no traen nada de fundamentalmente nuevo, si hacemos abstracción de las etiquetas y de ciertas argumentaciones utilizadas para intentar proveerlas de mayor plausibilidad. Si bien se mira, esas posiciones del ideólogo nazi no son otra cosa que un planteamiento en el sentido de hacer extensivos a la totalidad (o a la máxima proporción posible) del discurso jurídico unos rasgos que, desde siempre, han caracterizado a cierta cuota parte de las nociones

que lo conforman: la de los llamados "conceptos indeterminados". A este respecto, Schmitt coincide, en líneas generales, con ideas que en las primeras décadas del siglo difundieron afiliados a lo que se denominó la **Escuela del derecho libre** (Ehrlich, Kantorowicz, Fuchs, Isay, etc.). Con la particularidad, eso sí, de que aquel recurre a soluciones análogas para ponerlas, con todo énfasis, a disposición del nazismo, cosa que no estaba en los planes de quienes dieron lugar a la mencionada tendencia. Y con la particularidad, también, de que para eso se vale de disfraces ideológicos —**Konkrete Ordnungsdenken, Volksgeist**, etc.— que están muy distantes, por cierto, del sobrio realismo a que se esforzaban por ajustarse las observaciones y los programas presentados en el marco de dicha Escuela.

La lección que cabe extraer de las tesis de Carl Schmitt, seguramente menos "antojadizas" de lo que a primera vista pueden parecer, es doble: de orden técnico-jurídico una, de orden político-ideológico la otra.

Desde el punto de vista de la técnica jurídica, el echar recurso en forma tan generalizada y con rango preeminente a los "conceptos indeterminados" (démosle al asunto su nombre laico), no significa otra cosa, en la práctica, que trasladar el eje de las principales decisiones jurídicas al resorte de la ideología ocasional de los jueces, ya sea esta asimilada espontáneamente por ellos de acuerdo a sus simpatías sociales o que se les encuentre impuesta de modo expreso por el poder político de turno. Pues tales conceptos se caracterizan por dar lugar, en su aplicación, a un "margen lógico" muy am-

(27) Por cierto que en las afirmaciones de Burke, de Hegel, etc. no faltan mistificaciones. Pero ninguno de ellos exhibe, si tomamos su obra en conjunto, ese "oportunismo" tan propio de los escritos de Schmitt. En el caso de aquellos, tales mistificaciones pueden considerarse, por eso, simplemente como errores a cuyo sortilegio sucumbieron los propios autores, antes bien que tratarse de ideas "ocasionales" (Löwith), unos expedientes de alcance fundamentalmente propagandístico.

(28) Sobre el manejo en general de tales vías bajo el nacional-socialismo, cf. *in toto* la documentadísima monografía de Rüthers, *loc. cit.* (n. 11); en lo que particular relación dice con el sentido instrumental que, para el derecho de esa época, tenía el referirse a un "pensamiento concreto de ordenación", vid. el análisis que sobre este punto presenta dicho autor en las p. 293-302.

Ya vimos que Schmitt I tiene total conciencia de que su *konkrete Ordnungsdenken* es una herramienta al servicio del nazismo. Y está en condiciones de serlo por su imprecisión justamente. En efecto, esa "concreción" no significa otra cosa que echar mano a conceptos de contenido tan fluido que siempre resulta posible interpretarlos *ad hoc*, para hacerles decir aquello que mejor convenga según las preferencias del intérprete o de aquellos a quienes este se subordina (*supra*, n. 21). "En cuanto conceptos como 'buena fe', 'buenas costumbres', etc. se ponen en relación no con la sociedad comercialista que es propia del individualismo burgués, sino con el interés del pueblo como un todo ((entiéndase: de la manera en que esta "totalidad" es concebida por los nacional-socialistas)), de hecho cambia el derecho en su conjunto, sin necesidad de que sea modificada ni una sola de las leyes 'positivas'. Por esto estoy convencido de que mediante estas cláusulas generales puede pasar a imponerse un nuevo tipo de pensamiento jurídico" (Schmitt I, p. 59).

Conceptos de esta índole se hacen presentes "no solo en el derecho civil de las obligaciones y en materia de derechos reales, de familia y de las sucesiones", sino también en el derecho penal, tributario, administrativo, etc. (*ibid.*, p. 59 ss.) "El método dirigido a la formación de unos conceptos que aparentemente son fijos, consistente en descripciones por medio de hipótesis legales (*tatbestandsmäßig beschreibende Begriffsbildung*), se disuelve" (*ibid.*, p. 60). Fenómeno de "disolución" que de ninguna manera se encuentra rectificado en Schmitt II, quien sigue apostando a las "ordenaciones concretas", solo que poniendo esta vez mayor acento en dejarlas libradas a la apreciación de la "conciencia jurídica" (¿nazi?) de los profesionales del derecho: *supra*, n. 20.

plio: hacen lugar a una extensa zona de indecisión, para la cual es el intérprete quien **decide** si el concepto mentado se entenderá en una forma o en otra(s), si quiere decir esto o más bien aquello. Claro que la utilización de nociones tan lábiles puede ser considerada, no obstante, como algo muy deseable para el pensamiento jurídico, según la posición filosófica o política de que se parta; por ejemplo, cuando se argumenta que el derecho consigue así adecuarse mejor a la realidad "viviente" del contorno social. Pero entonces no hay por qué ocultar esto, o sea, que de lo que se trata es de acomodar las soluciones jurídicas, por las vías más **inmediatas** posibles, a las preferencias de las fuerzas social y políticamente dominantes. Cosa para la cual no ha de ser imprescindible, por supuesto, imputar esas soluciones a románticas ontologizaciones de conceptos abstractos, descargando la responsabilidad de las **decisiones** que el jurista toma (al **hacerse** solidario con esas fuerzas) en míticos entes como las "ordenaciones concretas", la "conciencia jurídica", etc. Recurrir a estos disfraces verbales significa pretender hacer pasar por **pre-determinado** el contenido de conceptos que son básicamente **in-determinados**. Pues lo que en realidad ocurre, es que estos son colmados de acuerdo a unas valoraciones (contingentes) que efectúan, siguiendo tales o cuales preferencias, quienes estén llamados a ser sus intérpretes.

Cuando esas interpretaciones no se reconocen como lo que son, como **decisiones** valorativas adoptadas o aceptadas por el intérprete, entonces este hace creer (o se lo cree) que está aprehendiendo unas "ordenaciones concretas", o unas "naturalidades jurídicas", etc. Ello permite apartar la atención de la índole decisionista que tienen tales interpretaciones. ¿Mas qué necesidad hay, cabe preguntarse, de recurrir a ficciones semejantes? El ejemplo de Schmitt suministra una respuesta muy sintomática. Dicha disimulación suele tener, lo sepa o no el intérprete mismo, una función políti-

co-ideológica. Sirve para convencer de que el jurista no hace más que reconocer, cuando interpreta estos conceptos indeterminados, unos datos **objetivos** que son independientes de sus preferencias; como si no estuviera efectuando una **elección** entre posibles juicios de valor, sino que simplemente se tratara de "ver" algo que sin más "está ahí". Pero eso que "está ahí", en realidad no es sino una de las eventuales valoraciones que caben ante situaciones dadas o por realizar (29). Por ejemplo, que Schmitt I recurra a las "ordenaciones concretas" para extraer de ellas soluciones nacional-socialistas, no quita que acaso Schmitt II pudiera (aunque no lo dice) referirse luego a las "ordenaciones" para darles cualquier otro sentido. En una palabra: la trampa ideológica consistente en presentar unos conceptos indeterminados bajo el ropaje de verbalizaciones esencialistas sirve, en cada caso, para tender un **camouflage** de "objetividad" por sobre el decisionismo político que guía la aplicación práctica de dichos conceptos. En la obra del Carl Schmitt, esta maniobra lingüística resalta de la manera más patente. Es una enseñanza que convendría no perder de vista.

Pero aclaremos: no es que las conceptualizaciones schmittianas sean desechables por el mero hecho de ligar el pensamiento jurídico a unas ideas **políticas**. Tal hecho es sencillamente inevitable. Como lo ha subrayado Kelsen, y otros autores también, "el derecho no puede ser separado de la política, pues es esencialmente un instrumento de la política" (30); creer otra cosa, es navegar en las ensoñaciones de un "cielo jurídico" como aquel que mencionaba Ihering. Lo que a Schmitt he querido criticarle no es aquello exactamente, sino la **manera** (iiideologizante!) en que nos presenta esta vinculación entre derecho y política. Esto porque: (a) tanto en Schmitt I como en Schmitt II, la **opción** política del jurista no aparece señalada como tal propiamente, como una verdadera **opción**, sino que ese carácter opcional-valorativo, que tiene to-

(29) En relación con esto, cf. la acertada crítica de Karl ENGISCH, *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, Ediciones Universidad de Navarra, Colección de la Facultad de Derecho No. 36, Pamplona, 1968, 543 p.; Estudio preliminar y traducción de Juan José Gil Cremades. Engisch se ocupa del *konkrete Ordnungsdenken* schmittiano en las p. 225-231 y 280-281 de dicha obra; *vid. esp.* la crítica contenida en las p. 229-231. Este autor subraya, con razón, el carácter "idealista" de posiciones como la de Schmitt; su "esencialismo", por cuanto en definitiva se asientan sobre una confusión entre conocimiento (propriadamente dicho) y valoraciones: "en última instancia, el derecho no puede tomar de la realidad más sentido y valor y deber-ser que los que él mismo u otras fuerzas morales le hayan incorporado ya de antemano a esa realidad" (Traduzco directamente del original alemán, 2da. ed., p. 114, esta cita; en la versión española, ese pasaje se encuentra inmediatamente antes de la n. 70). *Vid.* también la parte final de la cita de Topitsch transcrita *supra*, n. 21.

(30) Hans KELSEN, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, Universidad Nacional de Córdoba, Biblioteca de Filosofía del Derecho y Sociología vol. 3, Córdoba (Rep. Argentina), 1958, 56 p. (la cita se encuentra en la p. 31); tr. de Ernesto Garzón Valdés.

da toma de posición política, resulta ocultado por la versión objetivista-ontologizante con que la reviste un lenguaje como el de las "ordenaciones concretas", etc.; (b) por lo demás, la opción concreta de Schmitt es en favor de doctrinas como el nazismo, al cual dicha terminología reviste de un disfraz romántico destinado a hacerlas digeribles de manera más musical.

Todo ordenamiento jurídico comporta una resolución frente a ciertas opciones políticas de fondo. El jurista lúcido, el que no confunde técnica jurídica con ideología (31), no pretenderá ignorar ese carácter de decisión política haciéndolo pasar por alguna inherencia de valores objetivos o cosa parecida. Mérito de Kelsen, por ejemplo, para no mencionar sino un autor cuya adhesión a la democracia liberal está más allá de toda sospecha. Pues no creo —en eso estoy totalmente de acuerdo con él— que sea preciso endosar ficciones apolíticas para hacer **ciencia** del derecho. ¡Al contrario! Mucho menos aún, que las respuestas jurídico-políticas corresponda presentarlas (como hace Schmitt) cual si se tratara de algo que emana en forma **inequívoca** de unas fuentes sociales con sentido netamente **objetivo**, sentido que no dependería de opciones abiertas a **elecciones** valorativas por parte de los operadores jurídicos (legisladores o jueces, por ejemplo).

Es todo esto, ese carácter de **decisión** política que en definitiva tienen la mayor parte de las soluciones jurídicas, lo que Kelsen, a diferencia de Schmitt I y Schmitt II, nunca contribuyó a disimular (32). Si bien se mira, la "pureza" de su teoría consiste justamente en eso: en la ineludible higiene antiideológica con que se esforzó por encarar el análisis del pensamiento jurídico, sacando a luz el trasfondo político que tienen muchas de las nociones utilizadas en el lenguaje de los juristas, incluso algunas de las más "técnicas". En tal sentido,

la personalidad de Kelsen puede representar —más allá de las notorias limitaciones que comporta la elección que él postuló en cuanto a la circunscripción del objeto epistemológico de su "teoría pura"— algo así como la contrafigura por excelencia frente a los juristas-propagandistas del tipo Carl Schmitt (33).

Ignoro si Schmitt vive todavía. Hoy debería tener 93 años; y es probable que fuera partidario entusiasta de un régimen como el del Gral. Pinochet, por ejemplo. Es verdad que sus contribuciones teóricas en apoyo del nazismo han perdido alguna vigencia. Pero esto solo en aquellos aspectos que están más intransferiblemente ligados a determinadas peculiaridades históricas de la doctrina hitleriana (por ejemplo, lo que se refiere a la **Artgleichheit**). No obstante, el grueso de sus "enseñanzas" puede seguir reivindicando un lugar destacado —metamorfosis más, metamorfosis menos— dentro del ancho lecho constituido por las ideologías jurídicas y políticas de nuestro tiempo. Tampoco faltan hoy, ni faltarán nunca, quienes se consagren a pergeñar taparrabos juridicistas como los que Schmitt le regaló a Hitler o Vychinski a Stalin. Pocas veces, eso sí, con ingenio que esté a la altura del de nuestro autor. Un talento que, por ese mismo nivel que lo destaca, puede servir de paradigma para someterlo al análisis antiideológico, y desde ese ángulo resulta de lo más ilustrativo. Porque si sabemos escudriñar los entretelones del pensamiento schmittiano, si hemos aprendido a detectar los meandros de su retórica y ver cuáles son los dientes a cuyo servicio estuvo siempre, acaso esta lección pueda servirnos tanto mejor para saber a qué atenernos cuando sirenas de esa familia están cantando en América Latina. Pues lamentablemente, fuerza obliga, a Carl Schmitt tenemos que considerarlo como un autor que sigue siendo de rigurosa actualidad.

(31) Sobre la diferencia entre técnica jurídica como *método* e ideología como *retórica*, cf.: Enrique P. HABA, "Apuntes sobre el lenguaje jurídico (III): Alternativas para el intérprete", en *Revista de Ciencias Jurídicas* No. 39 (setiembre-diciembre 1979), p. 154-258, Universidad de Costa Rica Facultad de Derecho/Colegio de Abogados, San José, 1980; *vid.* los num. 56-58.

(32) Antes de que Hitler lograra subir al poder, sin embargo, tenemos al Schmitt-decisionista (*supra*, n. 4), quien en ese sentido fue, justo es reconocerlo, más franco. Pero téngase en cuenta también lo explicado más atrás, en el texto, a la altura de las ns. 22 a 26.

(33) Esta reflexión podría ser tomada como punto de partida para algunas otras consideraciones que me ha sugerido igualmente el interesante artículo del Lic. Houed. En especial, quisiera agregar algo más con referencia a la antítesis entre el pensamiento de Schmitt y el de Kelsen, y también con respecto a la posición de Heller como tercero en discordia. Siendo Kelsen, al contrario de Schmitt, un autor inflexiblemente antidemagógico e incapaz de tolerar concesiones a romanticismo alguno, me parece que podría valer la pena insistir sobre esa diferencia, máxime cuando el verdadero "filo" del *approach* kelseniano suele ser tan mal conocido entre los juristas de nuestro continente. Tengo el propósito de ocuparme de esto en un próximo artículo (Algo he adelantado ya al respecto en mi presentación para la 2da. ed. del libro del Dr. Jorge Enrique ROMERO PEREZ, *La sociología del derecho en Max Weber*, Oficina de Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, San José, 1980, XXXIV + 329 p.; *vid.* el num. V de dicha presentación, p. XXV ss.).

A P E N D I C E

Recojo aquí, para ilustración complementaria del lector, algunas citas extraídas de trabajos pertenecientes a distintos momentos de la obra de Carl Schmitt. Los textos 1-2 corresponden a la etapa en que él se presenta en forma expresa como decisionista, con el objeto de desestabilizar la República de Weimar. Los textos 3-5 son del período correspondiente a Schmitt I, es decir, el lapso de su labor ideológica más manifiesta al servicio de Hitler. Los textos 6-7 son de la etapa que comprende a Schmitt II y en general la posición adoptada por nuestro autor luego de ser derrotado el nazismo.

1. **Verfassungslehre**, 1928. Tr. al castellano: **Teoría de la Constitución**, Editora Nacional, México, 1966, XXXII + 457 p.

a. "En realidad, una Constitución es válida cuando emana de un poder (es decir, fuerza o autoridad) constituyente y se establece por su voluntad. La palabra "voluntad" significa, en contraste con simples normas, una magnitud del Ser como origen de un Deber-Ser. La voluntad se da de un modo existencial: su fuerza o autoridad reside en su ser. (. . .) La voluntad del pueblo alemán —por tanto, una cosa existencial— funda la unidad política y jurídica. . ." (p. 10 y 11).

b. "Toda ley, como regulación normativa, y también la ley constitucional, necesita para su validez en último término una **decisión** política previa, adoptada por un poder o autoridad políticamente existente. Toda unidad política existente tiene su valor y su 'razón de existencia', no en la justicia o conveniencia de normas, sino en su existencia misma" (p. 25).

c. "La forma natural de la manifestación inmediata de voluntad de un pueblo es la voz de asentimiento o repulsa de la multitud reunida, la **aclamación**. En los grandes Estados modernos, la aclamación, que es una manifestación natural y necesaria de vida de todo pueblo, ha cambiado su forma. Se manifiesta como 'opinión pública'. Pero siempre puede el pueblo decir **sí** o **no**; asentir o rechazar; y su **sí** o **no** será tanto más sencillo y elemental cuanto más se trate de una decisión fundamental sobre la propia existencia común. (. . .) En tiempos críticos, el **no** que se dirige contra una Constitución existente será claro y decisivo sólo como negación, en tanto que la voluntad positiva

no es tan segura. Sin embargo, suele residir en ese **no**, por sí mismo, la afirmación de una forma de existencia que se ofrece como contrapuesta" (p. 96).

d. "La decisión política adoptada sobre el modo y forma de la existencia estatal, que integra la sustancia de la Constitución, es válida, porque la unidad política de cuya Constitución se trata, existe, y el sujeto del Poder constituyente puede fijar el modo y forma de esa existencia. No necesita justificarse en una norma ética o jurídica; tiene su sentido en la existencia política. Una norma no sería adecuada a fundar nada aquí. El especial modo de la existencia política no necesita ni puede ser legitimado. (. . .) Allí donde se va hacia una nueva Constitución por abolición de la anterior, no es 'ilegítima' la nueva porque la vieja haya sido abolida" (p. 101-102).

e. "No puede hablarse de legitimidad de un Estado o de un poder público. Un Estado, la unidad política de un pueblo, existe, y existe en la esfera de lo político; es tan poco susceptible de justificación, juridicidad, legitimidad, etc., como si en la esfera del Derecho privado se quisiera fundamentar normativamente la existencia del individuo humano vivo" (p. 103).

2. **Legalität und Legitimität**, 1932. Tr. al castellano por José Díaz García: **Legalidad y legitimidad**, Aguilar, Madrid, 1971, 175 p.

a. "Para el Estado administrativo, que se manifiesta en su práctica de las medidas, el 'dictador' es más adecuado y concuerda mejor con su esencia que un Parlamento separado del ejecutivo. . ." (p. 136).

b. "...la razón de ser del 'Estado totalitario' actual o, más exactamente, de la politización total de toda la existencia humana, hay que buscarla en la democracia, y . . . para emprender la necesaria despolitización y librarse del Estado totalitario se necesita una autoridad estable que sea capaz de restablecer esferas y dominios para una vida libre" (p. 146).

c. "...todos los métodos plebiscitarios presuponen un gobierno que no solo se ocupe de la gestión de los negocios, sino que tenga también autoridad para plantear correctamente las pre-

guntas plebiscitarias en su debido momento. La pregunta solo puede ser planteada desde arriba; la respuesta solo puede venir de abajo. Aquí también encuentra aplicación la fórmula del gran estructurador de constituciones, Sieyès: autoridad desde arriba, confianza desde abajo" (p. 147).

d. "La legitimidad plebiscitaria precisa de un gobierno o de cualquier otra instancia autoritaria en la que pueda tenerse confianza de que planteará correctamente la pregunta correcta y de que no abusará del gran poder que emana del proceso plebiscitario. Esta es una especie de autoridad muy importante y peculiar. Puede emanar de diversas fuentes: de la repercusión e influencia de un gran éxito político; de residuos autoritarios de una época predemocrática todavía subsistentes, o del prestigio político de una élite extrademocrática, de la que los partidos organizados actuales son, en su mayoría, tan solo un sucedáneo o una caricatura. También un gobierno que quiera apoyarse en la fuerza del ejército o en la burocracia, en vez de apoyarse en la legalidad parlamentaria o en la legitimidad plebiscitaria de un presidente elegido, precisa de la legitimidad plebiscitaria, ya que hoy no existe ninguna otra" (*ibid.*).

e. "...es preciso formular claramente la primera y más importante cuestión que se plantea hoy todo plan serio para proceder a una revisión de la Constitución alemana. Tal cuestión afecta a la alternativa siguiente: reconocer la capacidad sustancial y las fuerzas del pueblo alemán, o bien conservar y continuar la neutralidad axiológica funcionalista, con la ficción de la igualdad de *chance* para todos, sin distinción de capacidad, de objetivo y de tendencia" (p. 153).

3. *Die drei Arten...*, 1934 (Schmitt I: *vid. supra*, a la altura de la n. 3).

a. "Los tipos de pensamiento aquí expuestos no están presentados, pues, de una manera relativista, como si se pudiera elegir arbitrariamente entre ellos, sino que reciben su rango del contexto global constituido por la situación concreta presente y por la realidad de nuestra vida jurídica actual" (p. 41).

b. "Todas las transformaciones de un tipo del pensamiento jurídico se asientan, como fue señalado más arriba, en el gran contexto histórico y sistemático que las incardina dentro de la situación que en ese momento corresponde de acuerdo a la vida política de la colectividad" (p. 66).

c. "Hoy, luego de que con una nueva vida colectiva ha renacido también el pensamiento concreto de ordenación, el axioma jurídico de que fidelidad, disciplina, y honor no pueden ser separados de la jefatura (*Führung*) nos resulta más comprensible que el pensamiento normativista, propio de un individualismo ya pretérito, con su visión del Estado de derecho y la división de poderes. Hoy estamos de nuevo en condiciones, asimismo, de comprender directamente lo que es la esencia jurídica de un juramento de fidelidad, ya que el Movimiento que sustenta al Estado le juró fidelidad inquebrantable al *Führer*" (p. 52).

4. "Der Führer schützt das Recht. Zur Reichstagsrede Adolf Hitlers vom 13. Juli 1934" (El *Führer* protege el derecho. Sobre el discurso de Adolfo Hitler en el Congreso, el 13 de julio de 1934), en *Deutsche Juristenzeitung*, t. 39 (1934). Cito de acuerdo a una parte del texto reproducida en la compilación de Léon Poliakov y Josef Wulf, *Das Dritte Reich und seine Denker. Dokumente*, (El Tercer Reich y sus pensadores. Documentos), Verlag-GMBH, Berlín-Grunewald, 1959, 560 p.

"El verdadero *Führer* es siempre juez también. De la calidad de *Führer* dimana la de juez. (...) En realidad, la acción del *Führer* fue de auténtico carácter jurisdiccional. Ella no está subordinada a la justicia, sino que constituyó, por sí misma, la más elevada justicia. (...) La jurisdicción del *Führer* emana de la misma fuente jurídica de donde mana todo derecho de cualquier pueblo. (...) Todo derecho procede del derecho del pueblo a la vida. Toda ley estatal, toda sentencia judicial, no contienen más derecho que el que les llega de esa fuente" (p. 329).

5. *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar — Genf — Versailles, 1923-1939* (Posiciones y conceptos en la batalla contra Weimar, Ginebra y Versalles. 1923-1939), 1940.

"La acción del *Führer* le ha otorgado efectividad política, verdad histórica y un gran porvenir internacional a la idea de nuestro Estado. *Ab integro nascitur ordo* ((Es en forma íntegra que un orden va a nacer))" (palabras finales del mencionado libro, reproducidas por Hofmann, *loc. cit.* ((n. 7)), p. 169).

6. **Die Lage...**, 1950 (Schmitt II: *vid. supra*, n. 3).

a. "El derecho como ordenación concreta no se deja escindir de su historia. El verdadero derecho no es establecido, sino que se produce en una evolución espontánea" (p. 411).

b. "El peligro que hoy amenaza al espíritu jurídico-científico de Europa proviene de... un tecnicismo desencadenado, que se sirve de la ley estatal como instrumento suyo. Contra ello, ahora la ciencia del derecho tiene el deber de reafirmarse en otra dirección. (...) Tenemos que resistir, pues, a una subalterna instrumentalización, así como en otros tiempos nos hemos defendido contra la dependencia ante la teología. De frente a ambas direcciones, seguimos siendo ciencia y jurisprudencia. Es esta la realidad existencial de nuestro espíritu, que no nos dejaremos arruinar por el discurso (*zerreden*) de unas categorías metodológicas, psicológicas o generales filosóficas que vienen de

afuera. Pues nosotros cumplimos una tarea de la que ninguna otra forma o método de la actividad humana puede despojarnos" (p. 422).

7. **Verfassungsrechtliche Aufsätze...**, 1958 (*vid. supra*, n. 3).

a. "Una parte de los estudios aquí reproducidos tuvo su origen en la vecindad de acontecimientos decisivos, y con toda conciencia fue volcada en la balanza de la época; pero todos aquellos, en sus tesis y concepciones, se basan en concretas situaciones y observaciones" (p. 8).

b. "La filosofía del derecho no es, para mí, aplicar a cuestiones jurídicas el vocabulario de un sistema filosófico ya existente, sino el desarrollo de conceptos concretos a partir de la inmanencia de un concreto ordenamiento jurídico y social" (p. 427).

* * *

CONTRATOS AGRARIOS*

Breves anotaciones y sugerencias

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez.
Instituto de Investigaciones Jurídicas.
Facultad de Derecho.
Universidad de Costa Rica.

*A los compañeros de la Cátedra de
Derecho Agrario de la Facultad de
Derecho de la Universidad de Costa
Rica.*

SUMARIO:

I. Introducción	30
II. Aspectos definitorios	30
III. Legislación civil y contrato agrario	30
IV. Clases de contratos agrarios	34
V. Ley de arrendamiento forzoso	34
VI. Carta Magna de 1949	35
VII. Ley del ITCO	36
VIII. A modo de reflexión final	36
IX. Resumen	37
X. Bibliografía	37

* Base de la conferencia pronunciada en el congreso de Derecho agrario "20 años de legislación y política agraria en Costa Rica" (perspectivas, celebrado en el Colegio de Abogados los días 10 al 14 de agosto de 1981). Esta conferencia se dio el 12 de ese mes y año. En ocasión de la celebración del centenario del indicado Colegio.

I. INTRODUCCION.

La materia de los contratos agrarios es relevante en Costa Rica dado el contexto agrícola de su producción y el hecho de pertenecer a una nación agroexportadora, y, cuyo ingreso nacional depende del agro.

En estas breves anotaciones trataremos de plantear algunos aspectos importantes de la contratación agraria y señalar facetas críticas del enfoque civilista liberal del contrato agrario.

El tema de la contratación agraria, a la larga, tiene relación con la reforma agraria (y sus diversas concepciones), la ecología, el poder económico, político y militar (en países en los cuales hay ejército) y en última instancia con las causas generadoras del subdesarrollo socio-económico en que se encuentra nuestra colectividad.

Sin duda que esa macrotemática no será expuesta en estas líneas, pero sí nos interesa señalar esas correlaciones importantes en una óptica sociológica (sociología rural).

II. ASPECTOS DEFINITORIOS.

1. Contrato agrario.

Esta forma de negociación es un acuerdo de voluntades en base al cual surge a la vida jurídica y económica una empresa agraria (1).

2. ¿Qué es una empresa agraria?

Se trata de una unidad productiva de la agricultura (2). Responde a la óptica de la función económico-social de la propiedad y consiste en que el destinatario constituye una empresa agrícola (3).

3. Relación entre contrato agrario y empresa agraria.

Se da una relación intensa entre contrato agra-

rio y empresa agraria, pero no se debe confundir esos institutos jurídicos, ya que cada uno de ellos tiene su propia naturaleza. Así, a un tipo de contrato agrario **puede** corresponder una clase de empresa agrícola. El citado contrato sirve para identificar una empresa agraria, pero no se identifican. Lo que cabe decir es que **del contrato dicho nace la empresa agraria** (4).

El contrato es la realidad jurídica que consiste en un acuerdo de voluntades destinado a la creación de una empresa (5).

4. Objetivos de la empresa agraria.

La empresa agraria puede tener varios objetivos de carácter económico, social, político. Entre ellos, en América Latina, cabe subrayar el de solución —aunque sea en parte— de la marginalidad de los campesinos. Tiene un fin de integración de los sectores campesinos (6).

III. LEGISLACION CIVIL Y CONTRATO AGRARIO.

1. El Código Civil es el que regula la empresa agraria y el contrato agrario.

Cabe señalar aquí lo que afirmó el Prof. Barahona Israel (7) en 1981 en cuanto que parte de la **crisis del contrato agrario** radica en el hecho de su regulación por la legislación civil, y, en ocasiones por el Código de Comercio, cuando asume la empresa agrícola una de las modalidades empresariales que contempla este cuerpo de leyes (8).

Esa ambivalencia de regulación incide negativamente sobre el contrato agrario al igual que respecto de la empresa que nace de él. De ahí la necesidad, ya consensual, de emitir un código agrario. En este sentido es importante la emisión, como ley, del proyecto de ley de ordenamiento agrario y desarrollo rural, que se encuentra en el Poder Legislativo.

(1) BARAHONA ISRAEL, Rodrigo. *Contratos agrarios y reforma agraria*. (San José: Conferenciada en el Seminario de reforma agraria para estudiantes universitarios, IICA, FEUR, ITCO, IMAS, 1974, libro en el cual se recogen las conferencias pronunciadas, Universidad de Costa Rica, 1974, p. II, 9, 1).

(2) IDEM.

(3) GALLONI, Giovanni. *Contratti agrari* (en "Manuale di Diritto agrario italiano", Torino: Unione Tipografico-editrice Torinese, 1978) p. 206.

(4) GALLONI, ídem.

(5) GALLONI, ib., p. 207.

(6) ARAUJO, José Emilio. *Reforma agraria y empresa comunitaria campesina* (en el citado "Seminario sobre reforma agraria..."), UCR, 1974, p. II, 4, 3).

(7) Sesión del día 12 de agosto de 1981, dedicada al contrato agrario en el mencionado congreso.

(8) Art. 5 del Código de Comercio; son comerciantes las sociedades que se constituyan de conformidad con disposiciones de este Código, cualquiera que sea el objeto o actividad que desarrollen (inciso c).

En **resumen**, en el Código Civil se encuentra la regulación de los contratos agrarios, empero, por la vía del art. 5, inciso c) del Código de Comercio, se establecen empresas agrarias al amparo de la legislación mercantil.

2. Crítica y exposición de la concepción civilista del contrato agrario.

a) Exposición.

La concepción civilista de la negociación agraria, responde a una tesis liberal de la economía y del guión (rol) del Estado, como garantizador de las reglas del juego del sistema capitalista.

Como bien nos expresa Barahona Israel (9), el Código Napoleón es el Código de la propiedad de la tierra, ésta es el inmueble por excelencia y los demás bienes son clasificados en relación a aquella. De modo que si el derecho subjetivo de propiedad es la suma de facultades del propietario y garantiza al dueño el poder exclusivo y absoluto de su tierra, la **autonomía contractual** es el instrumento para su comercio jurídico. Así, el derecho de propiedad de la tierra permanece en la esfera individualista de su titular, y, la libertad de contratación, le permite convertirla en instrumento de renta (10) (de generación de plusvalía).

Según la concepción del Code Civil napoleónico, la figura de la **locatio conductio** expresa la tutela de la autonomía de la voluntad del propietario, permitiéndole transferir el uso y goce **de su** tierra, sin comprometer su **derecho real** sobre ese bien.

Cabe señalar que la tesis de fondo de esa concepción jurídica sobre la propiedad de la **tierra** y su tutela expresa y especialísima, es el **fisiocratismo**. Para los **fisiócratas**, la tierra y los recursos naturales, era la fuente de la riqueza. Esta fue la doctrina económica, de transición entre el feudalismo que agonizaba y el capitalismo que emergía, que le dio fundamento ideológico a la tesis jurídica civilista de protección a la tierra y su correlativa propiedad.

De este modo, los códigos civiles de Francia (1804), Italia (1865), España (1889) y el nuestro (1888), responden a esa concepción civilista y fisiócrata de la propiedad de la tierra.

b) Crítica.

Esa concepción liberal, parte de los supuestos de libertad contractual entre sujetos de derechos formalmente iguales, que expresan la autonomía de la voluntad negocial.

De acuerdo con la concepción heredada de la Revolución Francesa (1789) de un derecho formal que regula relaciones formales generadas por sujetos formales, el mundo jurídico aparece integrado por categorías y elementos abstractos:

Ejemplo:

Sujeto A contrata con sujeto B.

Supuesto: A y B son iguales ante el Derecho y libres de negociar un bien D a un precio C.

A = comprador

B = vendedor

C = precio

D = cosa

De acuerdo con este ejemplo se explica cómo y porqué las computadoras pueden hacer una serie de combinaciones y permutaciones entre esos elementos y categorías de la relación jurídica (A, B, C y D).

Se denomina **formal**, ese mundo legal, porque las relaciones que se establecen en él parten de **formas** o categorías abstractas, que son, v. gr. sujeto de derecho, vínculo legal, situación jurídica, derechos subjetivos centro de imputación de derechos y deberes.

La pregunta que apunta hacia el ser humano, de carne y hueso, es: ¿adónde están las categorías **sustanciales** o **materiales**? ¿Adónde está Carlos, Juan, o Pedro Fernández los arrendatarios, y, Vicente o Luis, los arrendantes? No como nombres de categorías formales (decir, sujeto Luis en lugar de sujeto A). Al contrario, el hacendado y latifundista que reside en la metrópoli y sus intermediarios que alquilan tierras a campesinos de los estratos bajos de una sociedad agraria. Aquí consiste la técnica de llevar al campo de lo **real** las categorías formales o abstractas del derecho racional, burgués, capitalista, como lo bautizó Max Weber (11).

La ventaja para los burgueses revolucionarios de 1789 de construir relaciones formales en todo

(9) Aspectos histórico-sistemáticos de la evolución del contrato de arrendamientos de fundos rústicos en la experiencia de algunos derechos europeos occidentales (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 22, 1973, pp. 275 a 325).

(10) BARAHONA, ídem, pp. 277 a 280.

(11) Cf. Nuestro estudio sobre *La sociología jurídica de Max Weber* (San José: Universidad de Costa Rica, 2da. ed., 1980, cap. IV).

el ámbito de la vida humana, era la de legitimar su sistema de dominación y darle una muralla protectora.

Por ejemplo: si el mercado de trabajo opera bajo la forma de curvas de oferta y de demanda, no es culpa de ningún empresario particular el hecho que estén sin trabajo (v. gr.) 200.000 personas, integrando el llamado ejército obrero de reserva. Si de alguien es la "culpa" y la "responsabilidad" es del mercado impersonal y sujeto a leyes objetivas y que "nada sabe del honor" (Max Weber). Esto en el campo económico laboral. En el terreno jurídico, de nadie es la "responsabilidad" si miles de campesinos pobres se ven obligados a alquilar la tierra de latifundistas, que viven en la metrópoli o en los centros industriales, bajo condiciones semiesclavistas a cargo de terceros, cuya denominación formal-legal es la de "intermediarios", "capataces" o "contratistas".

3. Normas del Código Civil (1888).

En el Código Civil, el contrato agrario da lugar a empresas calificadas como sociedades civiles (relaciones negociales entre sujetos formalmente libres que se comprometen merced a la autonomía de la voluntad, que opera en ellos, en un plano de igualdad, por supuesto, formal).

Los artículos de este código que sirven de marco referencial a esta exposición son los siguientes: 264 a 334, 505 y 506, 1124 a 1250. Solamente haremos indicación expresa de aquellos numerales que usemos en este breve análisis.

a) Relativos a la propiedad.

Art. 264: establece dominio como propiedad absoluta sobre una cosa.

Art. 266: límites de la propiedad y los derechos que comprende son los que fije la ley y los admitidos por el propietario.

Art. 327: poseedor de buena fe.

No paga indemnización por daños y perjuicios el poseedor de buena fe, cuando ocurrieren sin su culpa a la cosa que deba devolver.

Art. 328: el poseedor de buena fe tiene derecho a que se le paguen mejoras necesarias y de las útiles. Las mejoras de adorno, puede llevárselas.

Art. 330: el poseedor de mala fe tiene derecho a que se le pague el valor de las mejoras necesarias. respecto de las mejoras útiles tiene los mismos de-

rechos, menos el de retención, que el poseedor de buena. Las de adorno, no puede retirarlas ni reclamar nada por ellas.

El numeral 329 manda que el poseedor de mala fe es responsable de los deterioros que haya sufrido la cosa, entre otras cosas. El mismo código define lo que son mejoras:

Necesarias: los gastos indispensables para la conservación de la cosa.

Útiles: las que hayan aumentado el valor venal de la cosa (art. 332).

De adorno: aquellas de mero aditamento o de lujo, para el confort o el disfrute del poseedor.

Interesa destacar no solo la protección, en versión fisiocrática y derivada del Code Civil napoleónico, que se nota en los anteriores numerales de la legislación civil y liberal, sino también los alcances que le dieron los abogados del Colegio respectivo en 1888, convertido en Poder Legislativo ya que fue el ente que lo emitió y lo aprobó (12).

Art. 505: el derecho de propiedad no se limita a la superficie de la tierra, sino que se extiende —por accesión— a lo que está sobre la superficie y a lo que está debajo.

De este modo se entiende el derecho de propiedad, esencial, en un sistema capitalista en donde la propiedad privada de los bienes y servicios es la piedra angular de ese sistema.

Así, se comprende, también, el artículo 506 que manda que toda siembra, plantación u obra hecha en un terreno se presume hecha por el propietario y que le pertenece, si no se prueba lo contrario.

De ese modo, las siembras, plantaciones u obras (concepto genérico) que estén en terrenos del sujeto A, se presume que son de este sujeto. Quedando la carga de la prueba (*onus probandi*) a cargo del campesino, v. gr. (sujeto B) en el sentido de que aquellas siembras, plantaciones u obras le pertenecen para lo cual serán de aplicación los numerales citados 264, 266, 327, 328, 329, 330. Es decir, obviamente, la tutela a la propiedad privada se perfila como esencial, actuando, los demás institutos jurídicos (v. gr. el arrendamiento) como subordinados.

b) Relativos al arrendamiento de cosas.

Artículos 1124 a 1160.

Aquí solamente destacaremos dos numerales:

Art. 1125: el precio del arrendamiento puede constituir en suma de dinero, o en cantidad de frutos.

Art. 1126: el contrato de **aparcería rural** se rige por los principios de la sociedad civil (arts. 1196 a 1250).

i) Arrendamiento de predios rústicos.

Arts. 1156 a 1160.

Art. 1157: el arrendatario no tendrá derecho para pedir rebaja de precio, alegando casos fortuitos que han deteriorado o destruido la cosecha.

Aquí se ve claramente la tesis liberal de "a riesgo y ventura" del arrendatario, el sujeto de derecho débil en la relación jurídica del arrendamiento y su correlativo contrato. Esa tesis se debería leer: "a riesgo y desventura". Un código agrario debe limitar y delinear mejor la relación que aquí comentamos. Así, por ejemplo, en el proyecto de ley de ordenamiento agrario y desarrollo rural se dice, en su art., 109: en todo contrato de **aparcería**, la pérdida de los frutos por caso fortuito o fuerza mayor, será soportada por las partes en la misma proporción convenida para el reparto de aquellos.

Igual criterio liberal y de protección al propietario, se lee en el art. 1158:

Siempre que se arriende un predio con ganado, queda éste a riesgo del arrendamiento pactado, igual número de cabezas de ganado de las mismas edades y cualidades, o sus equivalentes en dinero.

La misma protección al propietario se palpa en el art. 1160: terminado el arrendamiento tendrá a su vez el locatario o arrendatario derecho para usar las tierras y edificios por el tiempo absolutamente indispensable para la recolección y aprovechamiento de los frutos pendientes y en estado de recolectar al terminarse el contrato.

c) Arrendamiento de bienes muebles.

Arts. 1161 1168.

Aquí no hago comentario alguno.

d) Arrendamiento de obras.

Aquí se refiere al **alquiler** de servicios domésticos, agrícolas, comerciales o industriales.

Los arts. 1169 a 1174 han sido derogados por el Código de Trabajo.

Arts. 1175 a 1195, que comprenden el contrato de transporte y de las obras por ajuste o precio alzado.

e) Numerales propios de las compañías o sociedades.

De acuerdo con el citado art. 1126, el contrato de **aparcería** se regula por las normas de la sociedad civil. Aquí, advertimos que en la realidad se usa bastante el Código de Comercio y sus correspondientes figuras contractuales y de empresa para regular relaciones mercantiles en el agro, lo cual es una distorsión explicable ante lo obsoleto de la legislación civil y la ausencia de un código agrario.

El hecho que se regule el contrato de **aparcería rural** como una sociedad civil, reafirma la tesis liberal de sujetos jurídicos iguales y libres que pactan en determinadas condiciones formales (cláusulas del convenio).

Art. 1196: es de esencia de toda sociedad, que cada socio ponga en ella alguna parte de capital, ya consista en dinero, crédito o efectos, ya en una industria, servicio o trabajo apreciables en dinero.

4. Tesis liberal e individualista del Código Civil (1888) versus la tesis social.

A la concepción particular, individual y liberal de los contratos agrarios, se ha planteado la tesis social o de la función social de la propiedad, por la cual se afirma que interesa a la comunidad la productividad de la tierra, existe un interés público en que la tierra produzca. De ese modo, la autonomía de la voluntad individual, en protección a un interés particular, cede frente al interés público, pudiéndose hablar de una autonomía funcional (13).

Así el derecho a la propiedad, en su tesis individualista deviene en un derecho con función económico-social y no solamente con una función particular. Se tutela de esta forma, la producción agrícola destinada a la colectividad, más que el mero goce o disfrute del propietario o del arrendatario. Por ello se dice que se da el criterio **funcional**: (con función al servicio de la comunidad para llevar fines económico-sociales mediante la producción agraria).

(13) BARAHONA ISRAEL, R., *Aspectos histórico-sistemáticos*. . . , cit., pp. 287 a 292.

El par conceptual sería:



Por medio de la legislación respectiva (agraria, sin duda, y de derecho público, lo que da lugar al derecho público de la agricultura) se tutela no tanto la propiedad privada ni al propietario y al arrendatario sino al **cultivador** (al que trabaja y hace producir la tierra) y a la **organización productiva** que

nace del correspondiente contrato agrario.

Punto medular de esta nueva concepción es aquel que afirma que a la comunidad le interesa sobremanera el incremento de la producción agrícola (14).



IV. CLASES DE CONTRATOS AGRARIOS*.

Estos contratos presentan estas variedades:

1. Arrendamiento rústico: contrato bilateral por cuyo medio el arrendante se obliga a conceder el uso y goce de un predio rústico, destinado a cualquier clase de explotación agrícola por un tiempo determinado, obligándose por su parte el arrendatario o arrendatarios a pagar a aquél, en retribución, un precio determinado en dinero efectivo o en frutos, en la forma, y tiempo convenidos entre las partes.

2. Aparcería rural: contrato bilateral por el cual el propietario de un predio rústico concede, en forma total o parcial a un agricultor o grupo de agricultores, con el deber de aportar en algunos casos otras prestaciones, obligándose por su parte al aparcerero a contribuir con su trabajo personal y demás recursos necesarios para el cultivo de la tierra con el fin de repartirse los frutos.

3. Esquilmo: contrato bilateral por el cual el propietario de un predio rústico concede a un agricultor o grupo de agricultores, temporalmente, el uso y goce de la tierra destinada a la explotación agrícola obligándose, por su parte, éste o éstos, en

pago, a aportar su trabajo con el fin de poner la tierra en condiciones de producción.

4. El "gratuito": el contrato bilateral denominado préstamo gratuito, consiste en que el propietario de un predio rústico concede a un agricultor o grupo de agricultores, temporalmente, el uso y goce de la tierra destinada a cualquier explotación agrícola, sin cobrar nada al prestatario, ni en dinero, ni en frutos, ni en trabajo (15).

Según se ha afirmado, aproximadamente una tercera parte de las fincas del país se ubican en esta clase de tenencia indirecta de la tierra o tierras que se "tienen a modo de no propiedad" (16).

V. LEY DE ARRENDAMIENTO FORZOSO (1944) (vigente).

Por Ley No. 58 del 9 de marzo de 1944, se manda que mientras el país no produzca arroz, frijoles, maíz, papas, cebollas, verduras y demás artículos corrientes en la alimentación popular, suficientes para el consumo nacional, se tendrá por **contrario al interés público** el hecho de mantener

* Se definen los más usados. Hay otras categorías menores (pasturaje, talaje, pastoreo, etc.).

(14) Cf. BARAHONA ISRAEL, *Aspectos*. . . , ídem, pp. 292 a 296.

(15) Cf. artículos 99 a 102, respectivamente, del citado proyecto de ley de ordenamiento agrario y desarrollo rural.

(16) BARAHONA ISRAEL, R. *Contratos agrarios y reforma agraria*, cit., p. II, 9, 6 y, GONZALEZ, Rodrigo y ALVAREZ, Víctor, *El problema agrario costarricense, información básica* (Heredia: UNA, 1980, pp. 16, 17). SALAS, Oscar y BARAHONA ISRAEL, Rodrigo, *Derecho agrario* (San José: 2da. ed., 1980, UCR, pp. 407 a 436). CLARK, David *Formas indirectas de tenencia de la tierra en Costa Rica* (San José, UCR, Facultad de Derecho proyecto de derecho agrario, 1971, in toto).

inculta la tierra, así como el cobro de alto precio para el uso de ella (art. 1).

La ley define la tierra ociosa como aquel terreno inculto, especialmente de **charral y tacotal**, dentro de un perímetro de 5 kilómetros de las carreteras, ferrocarriles o embarcaderos marítimos o fluviales, y donde no los haya, de 5 kilómetros de las cabeceras del cantón (art. 2).

Las **mejoras** que haga el arrendatario son de él (art. 9), estableciéndose esta ley como de orden público (art. 22).

Esta ley está vigente y bien puede ejecutarse para llenar el cometido fundamental de la misma: que la tierra no esté ociosa y que se produzcan los alimentos que la comunidad necesita.

En ese art. 22, citado, se manda que el Poder Ejecutivo reglamentará esa ley, cosa que no se ha hecho, pero bien puede hacerse ante la crisis de alimentos por la que pasa nuestra comunidad, no solo por la escasez de ellos, sino por la actitud de los que controlan este negocio de los llamados productos de la "canasta básica".

VI. CARTA MAGNA DE 1949.

En el art. 69 de la Constitución Política de 1949 vigente se establece que los contratos de **aparcería rural** serán regulados con el fin de asegurar la explotación racional de la tierra y la distribución equitativa de sus productos entre propietarios y aparceros.

Rodrigo Facio, a nombre de la fracción de la constituyente, denominada Partido Social Demócrata (PSD) propone ese artículo, en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente (ANC), afirmando que se trata de un derecho o garantía social y que es mucho más que un contrato civil, pues se está ante un contrato laboral que se practica en muchas partes de Costa Rica.

La tesis que esgrimió Facio Brenes es que se trataba de un problema social que había que solucionar. Finalmente, se votó y se aprobó ese artículo constitucional (17).

El constituyente Fernando Volio Sancho manifestó que ese artículo no debería estar en la Car-

ta Magna, sino en una ley civil y que debería tomarse en cuenta que en algunas ocasiones el usufructuario perjudicaba al propietario (18).

En el **proyecto de Constitución Política**, que los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) desecharon (19) por razones de conservadurismo político y filosófico, existían tres numerales interesantes:

Art. 104: igual el art. 69 citado.

Art. 60: el Estado fomentará la desproletarización de los trabajadores.

Art. 61: el Estado fomentará el establecimiento de colonias agrícolas y la creación de parcelas de uso común de poblaciones rurales.

Por lo que se refiere a la **propiedad**, cabe decir que el art. 45 de la Carta Magna de 1949 es una repetición del art. 29 de la Constitución Política de 1944, el cual a su vez, repitió la Ley No. 24 del 2 de julio de 1943.

Art. 45 (vigente): la propiedad es inviolable.

Se puede privar de ella por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. Además, por razones de **necesidad pública** podrá la Asamblea Legislativa, por las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros, imponer limitaciones de **interés social**. Aquí se presenta el criterio de la función social de la propiedad frente al superado criterio individualista del siglo XIX. La propiedad privada no es absoluta, sino relativa. El límite de esa propiedad está compuesto por el interés público, la necesidad social, el interés de la comunidad.

En esta tesis se explica el **art. 50**, de la mencionada Carta Magna de 1949, que afirma:

El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.

Como declaración de una norma genérica constitucional no ha sido tan debatida, pues no ha tocado aspectos relevantes del sistema de propiedad privada. De acuerdo con esa norma, un gobierno socialista podría generar una serie de leyes y reglamentos destinados a activar un sistema socialista. Ello, entre otras normas, prueba —una vez

(17) Actas de la Asamblea Nacional Constituyente, tomo III, Imprenta Nacional, San José, 1957, acta No. 124, pp. 26 a 28.

(18) Cit., ídem, acta No. 124.

(19) Cf. nuestro trabajo sobre *El problema de la Constitución Política* (San José: Imprenta Trejos, 1977, in toto).

más— la tesis histórica que el socialismo puede ser implantado partiendo de normas legales capitalistas (v. gr. Cuba, no se derogó la Constitución heredada del régimen de Batista, sino hasta 1977).

De acuerdo con este criterio de la **función social de la propiedad**, debe dar una justa distribución de la tierra y un cultivo eficiente. Como veremos posteriormente, se da un enfrentamiento de concepción entre la Carta Magna, que tutela el contrato de aparcería rural, sobre el cual Rodrigo Facio Brenes lo cobija bajo el título incorrecto de "contrato laboral" (20), *supra* nota 17, y la tesis de la Ley del ITCO de 1961.

El criterio de la Carta Magna, en punto al **cultivo de la tierra** es el del cultivo **indirecto** y por tanto el fomento y protección del contrato de aparcería entre otros.

Por su parte la tesis que se incorpora en la Ley del ITCO (1961) es la del **cultivo directo**, estando por consiguiente en contra de aquel cultivo indirecto.

VII. LEY DEL INSTITUTO DE TIERRAS Y COLONIZACION (ITCO).

Esta Ley de 1961 presenta la concepción de la función social de la propiedad y el criterio del cultivo directo.

Su **art. 144** manda que la expropiación se realizará en primer lugar sobre las tierras que no cumplan una **función social** en este orden: las incultas. . . , las explotadas indirectamente por medio de arrendatarios, medianeros, colonos. . .

Sin duda se da un enfrentamiento entre la **Constitución Política** y la Ley del ITCO. Aplicando el criterio de que la norma de mayor rango se impone a la de menor rango tenemos que el **art. 144 de la Ley del ITCO es inconstitucional**.

Este dilema responde al campo de la **política agraria** y debe ser definido por la Carta Magna. Es factible que en un país como el nuestro puedan coexistir las dos formas de cultivo (y de hecho existen), de ahí que una reforma a la Carta Magna

debe contemplar esa realidad agraria mixta y admitir ambos sistemas de cultivo.

No es tema de este trabajo, pero sin duda las empresas comunitarias las de autogestión, las cooperativas agrícolas tienen un lugar merecido no solo en el tratamiento teórico, sino también en el campo de la realidad (21).

VIII. A MODO DE REFLEXION FINAL.

El tema de los contratos agrarios, merece la atención por la cantidad que se efectúan en el país como por la anticuada legislación que los regula.

Esa concepción civilista y de función individual de la tierra y de la propiedad, debe ceder su lugar —en *praxis*— a la tesis de la función social de la propiedad y con ello a una normativa agraria adecuada para un país como el nuestro, esencialmente agrícola y agroexportador.

Cabalmente, esa línea de exposición, es el **café**: la actividad agroindustrial más regulada y más tutelada del país por ser la fuente principal de divisas como por ser la actividad de la oligarquía costarricense de mayor relieve. De ese modo se protege tanto la actividad primaria económica como la fracción de la clase social hegemónica que la ejecuta (cf. los "cafetaleros", de Samuel Stone). En parte, se puede entender la legislación sobre la caña de azúcar, el arroz, el ganado y otras pocas actividades de interés para los sectores ricos de esta comunidad. *A contrario sensu*, aquellas actividades de interés para las clases subalternas, lógicamente, son puestas en un lugar inferior, salvo cuando tienen cierta relevancia político-electoral. Se trata de otra perogrullada más de un sistema de dominación socio-político.

Parece que el proyecto de ley de ordenamiento agrario y desarrollo rural como el de la jurisdicción agraria (tribunales agrarios) (22), seguirán postergados por el Poder Legislativo. Ello es, sin duda, lamentable. Y la reforma agraria que implica esos tribunales al igual que la ordenación y el desarrollo del agro se mantendrá en lista de espera ante la ineptitud de nuestros grupos gobernantes.

(20) Los *contratos laborales* son aquellos en los cuales se da una relación laboral y vínculos de subordinación del trabajador respecto del empleador. En los *contratos agrarios*, se dan vínculos bilaterales de los cuales nace una empresa agraria que tiene como fin la obtención de productos agropecuarios con miras económicas.

(21) Cf. ZELEDON, Ricardo *Empresa comunitaria* (San José: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1980, proyecto de investigación). Este autor publicará próximamente varios ensayos sobre el tema del *Proceso agrario en América Latina* (San José: UCR, Facultad de Derecho, 1981).

(22) ZELEDON, Ricardo. *El proceso agrario en América Latina y la necesidad de incorporar sus mejores aportes en Costa Rica para una moderna jurisdicción agraria* (San José: UCR, Facultad de Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981), pp. 5 a 10.

IX. RESUMEN.

En este trabajo se propone la situación de los contratos agrarios, sus clases y sus problemas. Esencialmente se nota la ausencia de un código o cuerpo legal que regule la actividad agrícola, una especie de legislación agraria global. Así, se explica que los contratos agroindustriales (23) reciban poca atención de parte de la doctrina y de la legislación, con excepción de actividades relevantes para los grupos dominantes del país, como son: café, caña de azúcar.

En cierto modo, la marginación del agro que hacen los partidos políticos tradicionales, lo cual se refleja en la legislación obsoleta (excepto en café y caña de azúcar, principalmente) y en el escaso interés de parte del Estado, carente de una política sistemática y coherente a lo largo de estos años posteriores a la Carta Magna de 1949, implica una priorización del interés comercial e industrial, ello sin olvidar la forma en que ciertos grupos económicos y políticos ligados a la actividad de ganado de exportación han logrado canalizar recursos de todo tipo hacia la consolidación de sus intereses. Esos grupos de presión que actúan, incluso desde el aparato estatal son fácilmente constatables con solo leer los primeros renglones importantes de exportaciones.

Otra parte del problema que incide en la ausencia de un código agrario y en la atención a los contratos agrarios (aparcería rural, esquilmo, etc.), es que el agro no es convulsivo ni es explosivo políticamente.

No hay ligas campesinas ni sindicatos agrícolas de peones y jornaleros. Al no tener fuerza política esos sectores marginales, tampoco pueden presionar para que se emita una legislación que tutele sus derechos, garantías y reivindicaciones. Esa cadena o circularidad viciosa hace que se mantengan esas formas de producción precapitalistas y semiesclavistas en el agro, encubiertas bajo formas contractuales civilistas como la aparcería rural y el esquilmo.

De ahí, que sea importante el potenciar la formación de empresas comunitarias, de autogestión, cooperativas y sindicatos de campesinos de escasos

recursos (pobres) (24). Es de sumo interés para el sistema democrático y su permanencia, el hecho que las capas bajas y medias del agro pueden organizarse y contar con su propia cuota de poder, de lo contrario se mantendrán estructuras políticas en la agricultura y en la sociedad agraria antidemocráticas y semiesclavistas, además de antiproductivas bajo criterios de interés público y de función social de la propiedad de la tierra y sus recursos.

X. BIBLIOGRAFIA.

- Araujo, José E. *Reforma agraria y empresa comunitaria* (San José: Seminario nacional sobre reforma agraria, IICA, IMAS, FEUR, ITCO, 1974).
- Barahona Israel, Rodrigo. *Contratos agrarios y reforma agraria*. (San José: Seminario nacional sobre reforma agraria: IICA, IMAS, FEUR, ITCO, 1974).
- Régimen jurídico de los recursos naturales renovables y derecho agrario en América Latina* (Milano: Revista di diritto agrario, No. 4, 1977, Dott. A. Giuffrè).
- Aspectos histórico-sistemáticos de la evolución del contrato de arrendamientos de fundos rústicos en la experiencia de algunos derechos europeos occidentales*. (San José: Revista de Ciencias Jurídicas No. 22, 1973).
- Derecho agrario*, (en colaboración con Oscar Salas Marrero, San José: Universidad de Costa Rica, 2da. ed. 1980).
- Barahona Riera, Francisco. *Reforma agraria y poder político*. (San José: Universidad de Costa Rica, 1980).
- Churside, Roger et al. *Estudio sobre la concentración de la tierra en Costa Rica*. (San José: cuaderno No. 2, CSUCA, 1979).
- Clark, David. *Formas indirectas de tenencia de la tierra*. (San José: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1971, proyecto de Derecho Agrario).
- Faure, Claude et al. *El campesino. Elementos para un debate*. (San José: cuaderno No. 5, CSUCA, 1981).
- Galloni, Giovanni. *contratti agrari*, (en la obra co-

(23) MORERA, Francisco *Contratos agroindustriales* (ponencia a las primeras jornadas italo-americanas de Derecho agrario, Bogotá 30 de julio a 2 de agosto de 1979, pp. 1 y 13).

(24) Obviamente, los cafetaleros y latifundistas sí se han organizado en cooperativas y otros grupos de presión ("cámaras de cafetaleros, ganaderos, etc.") para luchar por sus intereses y presionar al Estado para que éste sea un servidor puntual de sus expectativas gremiales y empresariales.

lectiva "Manuale di diritto agrario italiano" Torino: Unione tipografico-editrice Torinese, 1978).

Graciarena, Jorge. *Transformaciones del Estado en América Latina*. (San José: cuaderno No. 3, CSUCA, 1979).

Guinaraes, Carlos. *Formas de producción y del empleo en la agricultura*. (San José: cuaderno No. 6, CSUCA, 1981).

Morera, Francisco. *Contratos agroindustriales*. (San José: Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1979).

Quirós, Teresa et al. *Algunos datos de la situación en la agroindustria en Costa Rica*. (San José: Universidad de Costa Rica, Instituto de Investigaciones Sociales, avance de investigación No. 37, 1980).

Romero Pérez, Jorge Enrique. *El problema de la Constitución Política*. (San José: Imprenta Trejos, 1977).

La Sociología jurídica en Max Weber. (San José: Universidad de Costa Rica, 2da. edición, 1980).

Seligson, Mitchell. *El campesinado y el capitalismo agrario en Costa Rica*. (San José: Editorial Costa Rica, 1980).

Sorj, Bernardo et al. *La reproducción del capitalismo periférico: estructura y contradicciones*. (San José: cuaderno No. 1, CSUCA, 1979).

Zeledón, Ricardo. *El proceso agrario en América Latina y la necesidad de incorporar sus mejores aportes en Costa Rica para una moderna jurisdicción agraria*. (San José, Facultad de Derecho, Insti-

tuto de Investigaciones Jurídicas, Universidad de Costa Rica, 1981).

Empresa comunitaria. (San José; proyecto de investigación, Facultad de Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UCR, 1981).

Proceso agrario en América Latina. (San José: en prensa, 1981).

Revista:

Estudios sociales centroamericanos, No. 29, 1981 dedicada a los problemas agrarios (San José; Consejo Superior Universitario de Centro América: CSUCA).

Normas Jurídicas:

Constitución Política de Costa Rica
Ley del Instituto de Tierras y Colonización
Ley de Arrendamientos Forzosos
Código Civil
Código de Comercio
Código de Trabajo

Proyecto de ley:

Ordenamiento agrario y desarrollo rural
"tribunales agrarios".

* * *

EL JUEZ DE EJECUCION DE LA PENA

*Dr. Daniel Gadea N.
Prof. de Derecho Penal y Criminología.
Universidad de Costa Rica.*

Para comprender la labor del juez de ejecución de la pena hay que remontarse a sus orígenes. Anteriormente se consideraba que el rol del juez finalizaba, una vez que se pronunciaba la sentencia de condenación y luego que ésta adquiría firmeza. Entonces, era la administración, de acuerdo a las leyes y reglamentos la encargada de regular la ejecución de la pena pronunciada. Pero luego surge un funcionario judicial llamado juez de ejecución de la pena quien se encargará de asegurar la ejecución material de la pena privativa de libertad.

El juez de ejecución de la pena sigue el desarrollo del tratamiento del delincuente y define las modalidades del tratamiento. El artículo 722 del Código Penal francés dispone expresamente que el juez de ejecución de la pena determina para cada condenado las principales modalidades de su tratamiento penitenciario. Dicho magistrado controla todo lo relacionado con las penas privativas de libertad, controla igualmente el régimen aplicable en el medio externo, las liberaciones condicionales y demás regímenes de tratamiento del delincuente. Esto permite una gran descentralización de la esfera judicial, lo cual favorece la readaptación del delincuente.

La labor del juez de ejecución de la pena es importante para el tratamiento del delincuente, independientemente de la concepción que uno tenga de si la prisión debe ser para curar al delincuente (*prison pour guérir*) o si ésta debe ser para castigar al delincuente (*prison pour punir*). Dicha labor supone una organización técnica, en donde el con-

trol es confiado a un órgano judicial, guardián de las libertades individuales, como lo expresa el artículo 48 de nuestra Constitución.

El nombramiento en materia de ejecución de la pena (en otros países como en Francia se denomina juez de aplicación de la pena) debe recaer en una persona con suficiente experiencia en materia penal, ya que él debe estar informado de las medidas con las que él dispone para decidir en última instancia el régimen aplicable a determinado delincuente, luego de un estudio profundo de su personalidad. Incluso, hay juristas que consideran conveniente que el mismo juez de ejecución de la pena, pueda determinar el tipo de centro penitenciario conveniente para tal o tal delincuente (1).

Nombramiento: el juez de ejecución de la pena es nombrado por la Corte Suprema de Justicia y depende de ésta. Dicho funcionario es nombrado en Francia por un período de tres años que puede ser renovado, pero también puede ser cesado en sus funciones, siguiendo el mismo trámite que sirvió para su nominación, por el Ministro de Justicia, consulta previa al Consejo Superior de la Magistratura (art. 721 al. 1 Código Penal francés).

Potestades: el juez de ejecución de la pena goza de poderes de decisión y de control.

En cuanto al poder de decisión, el juez de ejecución de la pena determina las principales modalidades del tratamiento penitenciario, o sea, él individualiza la ejecución de la pena. El juez

(1) Stefani G., Levasseur G., Jambu-Merlin R. *Criminologie et Science Penitentiaire*. Dalloz. Paris. 1970. p. 278.

de ejecución puede mantener, sustituir, modificar o hacer cesar las medidas de seguridad impuestas. También podrá conceder o revocar la libertad condicional (art. 518 Código de Procedimientos Penales).

En cuanto al poder de control, el juez de ejecución de la pena posee en Francia un control sobre el régimen de aplicación de las penas en los establecimientos de su competencia. Para ese efecto, cualquier tipo de circular o instrucción general emanada de la administración central y cualquier tipo de incidente grave referente al orden, a la disciplina y la seguridad de la prisión, debe ser comunicado al juez de ejecución de la pena, con lo cual se da la función de órgano contralor (2).

En Costa Rica, dicha función de control está señalada por el artículo 518 mencionado anteriormente, cuando se le impone al juez de ejecución de la pena el deber de visitar los establecimientos penitenciarios, por lo menos una vez al mes. En dichas visitas, dicho juez podrá oír a los internos, cuando éstos lo soliciten y dará curso a sus quejas.

Además de dichos controles, el juez de ejecución de la pena puede ser consultado en la elaboración del reglamento interno de un establecimiento penitenciario.

Atribuciones: El juez de ejecución dirige los servicios de libertad vigilada y la oficina de prueba. Para dicha labor, él cuenta con una serie de colaboradores y tiene poderes de decisión, como ya lo vimos en cuanto al comportamiento del condenado.

El juez de ejecución puede conceder la libertad condicional de acuerdo a ciertos requisitos:

1. Que el solicitante no haya sido condenado anteriormente por delito común sancionado con una pena mayor de seis meses.
2. Que el Instituto de Criminología informe sobre la buena conducta, servicios prestados, ocupación y oficios adquiridos por el condenado que le permitan una vida regular de trabajo lícito; y acompañe un estudio de su personalidad, de su medio social, así como un dictamen favorable sobre la conveniencia de la medida.

El juez de ejecución de la pena puede modificar la libertad condicional, ya que la puede revocar (art. 67 Código Penal):

- si el liberado no cumple con las condiciones fijadas por el juez, de acuerdo a las potestades que le confiere el artículo 66 del Código Penal;
- si el liberado comete, en el período de prueba, un nuevo hecho punible, sancionado con prisión mayor de seis meses.

Por otro lado, el juez de ejecución, puede prohibir al liberado, la residencia en determinado lugar. Esto es una medida de seguridad de vigilancia y se aplica al sujeto que cumplió una pena o una medida de seguridad. La misma prohibición puede decretarse en cuanto a la frecuentación de determinados lugares (art. 101-e Código Penal).

Naturaleza de las decisiones: puede considerarse que el juez de ejecución realiza una labor administrativa tendiente a asegurar el desenvolvimiento eficaz de la pena desde un punto de vista moral, siendo la administración penitenciaria la que se encarga de la parte material.

En realidad, la labor que realiza el juez de ejecución de la pena se basa en reducir las penas en función de la buena conducta de un determinado condenado. Desde ese punto de vista se puede decir que él ejerce un poder jurisdiccional, ya que modifica el principio de cosa juzgada, si se toma en cuenta que el juez de ejecución tiene el poder de modificar el contenido de las decisiones judiciales. Esto nos llama a la reflexión para meditar sobre ¿qué se puede decir de poderes tan amplios, cuando el control de la labor del juez de ejecución es casi inexistente?

Por otro lado, un conflicto de intereses puede surgir a nivel meramente práctico entre el juez de ejecución de la pena y la administración penitenciaria, en cuanto a la manera de ambas entidades de llevar a cabo el tratamiento de un determinado delincuente.

Por último, si se admite que la ejecución de la pena o de la medida de seguridad forma parte del proceso penal en sentido amplio, ¿cuál debe ser la relación entre el juez de ejecución de la pena y la administración penitenciaria? En tal caso hay que precisar claramente las competencias de uno y otro para evitar un choque y facilitar la obra común que lleve a la eficacia del tratamiento penitenciario.

(2) Varaut J.M. *La prison pour quel faire*. Editions de la Table Ronde. Paris, 1972. p. 312.

LOS SEGUROS AEREOS

Lic. Carlos Boza M.

Trataré en este artículo, explicar algunas cosas acerca de los seguros aeronáuticos, seguros éstos, que se iniciaron a raíz del vertiginoso avance que sufrió la actividad aeronáutica a partir del año 1903. La primera póliza de que se tiene noticia fue suscrita en 1912 por el LLOYD' OF LONDON, 9 años después del primer vuelo con motor y en aparato más pesado que el aire, efectuado por el hombre, y que marcó el inicio de la época de la aviación (1). Esta clase de seguros tiene como base, el signo de cooperación en una sociedad individualista y capitalista ante los vacíos existentes en ciertos sectores de la actividad humana, intrínsecamente relacionados con los riesgos sobrevenidos a su persona y a sus bienes, y tal como dice Bonet Correa en su libro acerca de la responsabilidad en el derecho aéreo: *"En definitiva, el seguro es una institución que en sus perfiles y detalles viene a llevar una importante función social, a pesar de que no haya alcanzado su plena madurez; entre los defectos de que aún adolece pueden señalarse los de su organización y explotación. Iniciado bajo un signo liberal e individualista, las empresas tan sólo buscaban su lucro económico sin imprimir un sentido de responsabilidad social en concordancia con la genuina función que implicaban"*. Y continúa diciendo (. . .) que el seguro no consiste tan solo en una me-

ra función económica, sino que trasciende como institución de solidaridad social, en cuanto a garantía de seguridad y resulta una modalidad equitativa ante las fuerzas peligrosas que maneja el hombre en el mundo contemporáneo (2).

Adentrándonos en la materia debemos de decir que los seguros aeronáuticos tienen individualización propia y que éstos constituyen un tipo particularizado de los seguros en general, Blas Simone nos da en su trabajo "Cuestiones jurídicas y económicas actuales en relación con los seguros aéreos", al respecto, las siguientes características que particularizan al seguro aéreo:

1) En principio, deberá admitirse que en lugar del llamado "riesgo aeronáutico", como único y exclusivo, las prácticas y coberturas aseguradoras más corrientes, extienden los seguros aeronáuticos hasta amparar una pluralidad o universalidad de riesgos, de distinta naturaleza y donde las exclusiones a la cobertura deben ser precisas y determinadas;

2) La posibilidad de producirse un evento dañoso que llegue a constituirse en el mismo riesgo asegurado o en la causa determinante de la acción de otros riesgos, lleva a la necesidad de reconocer que la caracterización antes apuntada en los seguros aeronáuticos consiste en la existencia de una

(1) CHACON M., José A., *Los seguros de Aviación, y Conferencia Interamericana de Derecho Aeronáutico*, San José, Costa Rica, mayo 1973.

(2) BONET CORREA, José, *La Responsabilidad en el Derecho Aéreo*, página 207, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Junta de Estudios Económicos, Jurídicos y Sociales, Madrid 1963.

pluralidad o universalidad de riesgos heterogéneos o si se quiere de un riesgo complejo;

3) Antes que la individualización de los riesgos aeronáuticos, importa más señalar cuándo o en qué momento esa pluralidad de riesgos podría afectar los intereses asegurables correspondientes para encontrarse amparados por las pólizas. Por ello, y para evitar caer en contradicciones, estimase que las coberturas de los seguros aeronáuticos se extienden durante o en ocasión de determinada actividad aeronáutica: transporte, trabajo agroaéreo, vuelos de prueba, de publicidad, etc. La amplitud de la adverbiación sirve para exteriorizar las connotaciones referidas precedentemente;

4) Asimismo, deberá de observarse que los seguros aeronáuticos protegen diversos bienes e intereses impuestos a esa pluralidad heterogénea de los riesgos que comprenden a personas, cosas y responsabilidad. Esta circunstancia no tiene ni debe dársele trascendencia como para calificar a dichos seguros pues, si así fuera, le haría participar de la clasificación más comúnmente adoptada, basada en la utilidad expuesta a riesgo;

5) También se caracterizan algunos seguros aeronáuticos, y ¡mucho! por su concertación obligatoria. Además de lo dispuesto en alguna convención internacional, numerosas legislaciones nacionales imponen al transportista y al explotador, la obligación de asegurar su responsabilidad por lesiones y muerte de los pasajeros, y por los daños a equipajes y carga y a los que pudiera provocar a los terceros superficiarios. Por otras leyes o convenciones colectivas, también nacionales, se extiende igual obligación por los accidentes y enfermedades profesionales que pudiera sufrir el personal aeronavegante. En realidad, en todos estos seguros se cubre la responsabilidad del transportista o del explotador hacia terceros con lo cual la única nota distintiva que le confiere es la de su obligatoriedad legal;

6) Esta particularidad hace que los seguros aeronáuticos participen de una de las características de los denominados "Seguros Sociales"; su imposición legal, la obligatoriedad de ciertas coberturas, como requisito previo para la debida autorización al transportador o explotador, para operar procura satisfacer un doble interés general a través del particular interés de los beneficiarios (terceros, superficiarios, tripulantes, y pasajeros),

por un lado y el de la comunidad misma, por el otro, al posibilitar a aquéllos la garantía de su responsabilidad y de continuar en su actividad de progreso, sin el peligro de tener que afrontar consecuencias económicas catastróficas;

7) Esa obligación lleva a los seguros aeronáuticos a compartir a criterio de quien esto escribe y de jure condendo, una de las resultantes de los llamados seguros sociales: el reconocimiento de una acción directa en favor de los terceros damnificados (superficiarios, pasajeros y tripulantes o sus derechohabientes) contra el asegurador del transportista o explotador obligado;

8) Finalmente no deberá escapar al menos avisado, la íntima relación que los seguros aeronáuticos tienen con los sujetos, bienes y acciones reguladas por el Derecho Aeronáutico al participar de un mismo realismo jurídico finalista que busca posibilitar permanente realización de la navegación aérea. La imposición de determinados seguros en convenciones y leyes específicamente aeronáuticos revela esta caracterización" (3).

Como veremos más adelante, existen muchas clases de pólizas de seguros en el derecho aéreo, las que obedecen a las necesidades que imponen las actividades aeronáuticas más allá de los seguros tradicionales, principalmente tomándose en cuenta el riesgo ejercido en todas estas actividades.

Al principio de este tema, dije que los seguros aeronáuticos conllevan una gran función social, pero esto no quiere decir que los seguros aeronáuticos deberán de ser incluidos dentro de la clasificación de los seguros sociales, ya que no deben confundirse unos con otros, puesto que éstos se diferencian de aquellos grandemente, tomando como base de partida para esa afirmación, las modalidades funcionales de ambos tipos de seguros, y he dicho que los seguros aeronáuticos conllevan una gran función social, porque vienen a nacer jurídicamente hablando, a raíz de un interés social, cual sería la relativa valoración de la vida humana o del daño causado a una persona, como también que éste ha sido un modo de nivelación de la carga económica que debe de soportar el empresario, transportador o explotador de una actividad aviatoria, ya que los daños ocasionados a una persona o las cosas, podría haberlo llevado al borde de la quiebra, pero que ahora y gracias al seguro aeronáutico estos pagos por indemnización por los da-

(3) BLAS SIMONE, Osvaldo, *Cuestiones Jurídicas y económicas actuales en relación con los seguros aéreos*, Trabajo presentado en las VII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico y del Espacio, Sevilla, España 1973.

ños producidos, son repartidos entre la aseguradora, coaseguradora y reaseguradora según el caso. Además no debemos de olvidarnos del seguro obligatorio exigido en la mayoría de las legislaciones nacionales; es así entonces, como de este modo triunfa la idea de neutralidad o desplazamiento del riesgo sobre un sector social más, tal y como dice Bonet Correa en su obra citada: *“La tendencia actual es no dejar en descubierto a la víctima y mediante el seguro siempre se encuentra determinada persona solvente que responda del daño. De este modo la justicia conmutativa queda restablecida al compensarse mediante la Indemnización del daño que sufra la persona lesionada”* (4).

Y por eso creo conveniente, que debo de hacer la diferenciación entre los seguros sociales y los seguros aeronáuticos, poniendo sus características más importantes y sobresalientes en cuanto a las modalidades funcionales de ambos:

Los Seguros Sociales se destacan por:

- a) Tienen un origen y una normativa integralmente legales;
- b) Se caracterizan por su automaticidad en la prestación sin la vigencia del sinalagma funcional, aún en el caso de falta de pago de la prima.
- c) Generalmente son prestadas por el Estado a través de organismos públicos;
- d) No existe una concordancia matemática entre la contribución del asegurado y la prestación del asegurador destacándose, además la ausencia del lucro entre ambos módulos económicos.

Paralelamente de los seguros aeronáuticos corresponde señalar que:

- A) Generalmente son cubiertos por entidades aseguradoras privadas.
- B) Se lo hace bajo la impronta de un contrato regulado por el mismo ordenamiento legal que norma a los seguros privados y que se aplica sic et simpliciter.
- C) El sinalagma funcional del contrato dependerá del cumplimiento por el asegurado de las obligaciones a su cargo y del régimen de caducidades previsto.

- D) Tiene similares bases Técnico-económicas a las de los restantes seguros privados: pretendida equivalencia de las primas a los riesgos adicionándosele un “plus” por el beneficio esperado por el asegurador en su actividad (5).

Como podemos apreciar no debemos confundir unos con otros, puesto que sus características varían notablemente y únicamente podemos decir que tienen un común, el hecho de que, en ambos se deberá de dirigir una acción directa por parte de terceros contra el asegurador del transportista o explotador de la línea aérea.

Pasaré de inmediato a enunciar y derimir los alcances de los seguros tradicionales así como los nuevos, dado el avance de la aviación últimamente y el riesgo implícito de ésta; en primer lugar tenemos el seguro de:

- 1) CASCO (Corpus) o denominado en nuestro país “TODO RIESGO” o sea que la póliza protege y asegura la pérdida o daño directo que sufra la aeronave, proveniente de cualquier causa, siempre y cuando ésta no esté expresamente excluida de la póliza. Los daños que ampara esta póliza y que pagará la compañía aseguradora serán aquellos que se produzcan mientras la aeronave esté en vuelo, tocando o estacionada en nuestro país “se establece un deducible porcentual para los dos primeros casos que puede ser el 2 por ciento al 10 por ciento y una suma fija para el último evento (en tierra y estacionada)” (6).

Entre las causas de exclusión que figuran en la mayoría de las pólizas aeronáuticas en cuanto al seguro de casco se refiere, se encuentran los terremotos, maremotos, inundación, transmutaciones nucleares, violación del Reglamento de Seguridad de Vuelo, guerra, huelga, piratería, defectos de fabricación, operaciones de montaje, motines, conmociones civiles etc., por lo que esto ha obligado a los transportistas o explotadores a que se les diseñara por parte de las aseguradoras, una forma para obviar y eliminar esas limitaciones, llegando a crear estas últimas los llamados endosos, con los cuales, naturalmente el costo del seguro viene a ser más elevado, dependiendo su costo de los factores que

(4) BONET CORREA, José, op. cit., pág. 40.

(5) BLAS SIMONE, trabajo cit., pág. 12, nota (24). En la República de Argentina, por resolución No. 9553 de la superintendencia de seguros de la Nación, del 20 de enero de 1969, se aprobaron las condiciones generales de póliza para la cobertura “de daños a Aeronaves de Responsabilidad Civil Aeronáutica, de accidente de trabajo de personal aeronáutico y de accidentes personales aeronáuticos” de aplicación obligatoria por los aseguradores y donde se hace constante remisión a las disposiciones genéricas de la Ley de Seguros No. 17418.

(6) CHACON M., José, trabajo cit., pág. 6.

incidan en el grado de exposición del riesgo. Como dijimos, casi todas las pólizas de seguros aéreos llevan incluidas las limitaciones antes dichas y la cláusula que las contiene se conoce en los círculos aseguradores como la cláusula AVN-48A. Dentro de la cobertura llamada de Casco, se incluyen las aeronaves destinadas al servicio de líneas regulares, charter, de enseñanza, prueba y trabajo agroaéreo, así como las de placer.

2) DE RESPONSABILIDAD SOBRE O HACIA LOS TERCEROS SUPERFICIARIOS: por daños en su persona o bienes, por la caída de aeronaves o de sus componentes, por el "ruido anormal" de sus motores o por el "sonic boom"; Costa Rica únicamente protege bajo esta póliza de responsabilidad los daños a terceros, cuando otros países como Argentina, El Salvador, España, Uruguay, etc., también contemplan los daños producidos en el transporte. Al respecto nos dice el doctor Folchi y Cosentino lo siguiente: *"La cuestión de los terceros en la superficie constituye uno de los temas más interesantes de todo el Derecho Aeronáutico y uno de los que, con mayor intensidad, justifican la autonomía de esta rama en las ciencias jurídicas. Ello no puede sino conformar, a su vez, un riesgo específico dentro del estudio de los seguros aéreos, dado que existe aquí una posible relación de causalidad entre el vuelo técnico de la aviación y el daño en la superficie, que engendra un seguro de responsabilidad a través del interés asegurable, del explotador de la aeronave. El tema posee un interés mayor cuando el estudio contempla el ruido de las aeronaves, que algunas legislaciones internas, como la Argentina, por ejemplo, han incorporado como daño a la superficie"* (7). Tanto en Costa Rica como en Argentina, las pólizas comunes no excluyen ni hacen mención alguna en cuanto al ruido, pero actualmente se puede insertar éste en pólizas especiales con un incremento en el costo de las primas, con lo cual se dejaría a criterio de las legislaciones nacionales el regir e interpretación de las mismas.

3) DE INFORTUNIO: Sobre la vida de los pasajeros, del personal aeronavegante, derivada de hechos externos, con excepción de los accidentes que se produzcan por dolo o culpa de aquellos o

de enfermedades anteriores. En Costa Rica se les llama a estas pólizas, seguros de accidentes personales y amparan tanto a los tripulantes como a los pasajeros, cubriendo los gastos médico-hospitalarios, incapacidades y otras indemnizaciones mayores, provenientes de lesiones corporales a resultas de un accidente de aviación. Además el artículo 256 de la Ley General de Aviación Civil, dice que "Las empresas de Aviación o dueños de aeronaves serán responsables por la lesión o muerte que sufrieren los tripulantes en las operaciones de sus aeronaves, quedando obligados a protegerlos mediante un Régimen de Riesgos Profesionales cuya indemnización, en ningún caso será inferior a lo establecido en el artículo 251 (8) o sea la suma de ₡ 100.000 o su equivalente en \$ que son \$11.627,90 sin perjuicio, claro está, de que esta suma pueda ser mayor al tipo oficial.

Dentro de las NUEVAS COBERTURAS DE LOS SEGUROS aeronáuticos tenemos los siguientes riesgos:

a) Guerra, invasión, actos de fuerzas enemigas, hostilidades con o sin declaración formal, rebelión, revolución, usurpación, etc.

Los tipos de póliza usados normalmente excluyen los riesgos de guerra. Ahora, refiriéndonos a los últimos dramáticos sucede: ¿cómo deben comportarse los aseguradores? En el caso del B-747 de Pan American, desviado primero y hecho explotar en el aire después con bombas, ¿debe de ser configurado como un acto de piratería y desviación, en cuyo caso el riesgo estaría cubierto por la póliza normal o debe configurarse como un acto de guerra, riesgo no cubierto por los tipos de pólizas comunes"?; (en Rev. "Air Cargo", setiembre 1970).

b) Huelga, conmociones civiles o laborales, "lock out", etc.;

c) Actos maliciosos de sabotaje;

d) Confiscación, nacionalización, captura, detención u otro tipo de requisición o uso o bajo orden de un gobierno (civil, militar o de facto), etc.;

e) "Hi-Jacking" o cualquier medio de captura o impropio ejercicio del control de una aeronave o tripulación en vuelo;

f) Responsabilidad del operador del aeropuerto por daños a personas o cosas por accidentes

(7) FOLCHI, Mario, COSENTINO, Eduardo, *Apuntes para una Sistematización de los seguros Aeronáuticos*, pág. 7, 1973.

(8) Artículo 256, LGAC. de C.R. de 1973 y sus reformas.

ocurridos en dicho ámbito, sea por incendio, explosión, daños por agua, o proyección de vapor, por mal estado de edificios, construcciones, máquinas, pistas, etc., y por pérdidas o daños a aeronaves depositadas en el terreno bajo la custodia del asegurado;

g) Responsabilidad de los constructores de motores, instrumental, aeronaves, etc., por defectos de material y/o de construcción, vicio oculto, etc. (9). La caída de una aeronave por desperfecto de material responsabiliza no solamente al explotador y al transportista, por los daños a los pasajeros y a los terceros superficiarios, sino también a su constructor a quien no alcanzan los beneficios de la limitación de responsabilidad prevista en los ordenamientos internacionales y nacionales. Además, esa responsabilidad se extiende por igual a las aeronaves salidas de la fábrica del mismo constructor, hecho conocido como "grounding";

h) Responsabilidad de los proveedores de carburantes, lubricantes, de víveres, etc.;

i) Responsabilidad de las agencias de control de Tránsito Aéreo, A.T.C.;

j) Seguros personales acumulativos o individuales de los pasajeros;

k) Seguros por equipajes de turistas;

l) Seguros por "loos of license" en favor del personal aeronavegante;

m) Seguros de "loos or use" por la responsabilidad del explotador hacia su personal aeronavegante (10). Como dije anteriormente estas nuevas coberturas, podrán ser tomadas en cualquier momento por el asegurado, si así los deseara, pagando un incremento en la prima a satisfacer al asegurador; y la misma será incluida en la póliza original por medio de un "addendum".

No debemos olvidar en ningún momento que la necesidad de la creación de los seguros de aviación nació a raíz, lógicamente, de los riesgos aeronáuticos o de la actividad aviatoria, como dicen González Estevez y Dieguez Dilón: *"la palabra riesgo, en materia de seguros tiene usualmente dos interpretaciones, una es lo que constituye el bien físico motivo del seguro y otra el peligro a que está expuesto tal bien por cuya consecuencia el seguro indemnizará (...) el riesgo lo entenderemos como*

"la eventualidad de que ocurra un peligro que ocasione daños a las personas o bienes". Será entonces riesgo asegurado aquel peligro incluido en la cobertura del contrato de seguros (11). Para los Drs. Folchi y Cosentino el riesgo aeronáutico "es el acontecimiento incierto, individualizado y previsto en el contrato de seguros, que dirime del empleo de aeronaves en actividades específicamente aeronáuticas y que origina el cumplimiento de las indemnizaciones asumidas por el asegurador" (12). Vemos tal y como lo afirman ellos también, de que tenemos en el concepto dado, elementos generales y específicos, siendo los primeros, la eventualidad del riesgo, su individualización y certeza, generando así ese riesgo el cumplimiento de la obligación contraída por el asegurador, cual sería pagar los daños asegurados y que eventualmente se vería compelido a hacerlo; en cuanto a los segundos diré que son específicamente dos los elementos, la actividad aérea y la aeronave, pues sin éstos no se daría el seguro aéreo.

De ahí es que me pregunto: ¿Es necesario esa protección dada a través de los seguros aéreos? Lógico y categóricamente, la respuesta ha de ser en definitiva sí!

"Durante los últimos cinco años ha habido algunos desastres aéreos de gran magnitud:

Un DC 10 de las Líneas Aéreas de Turquía se estrelló "cerca" de París. Imposible concebir los resultados de no poder emplear el vocablo "cerca". Aún así, el accidente ocurrió el tres de marzo, un domingo como a las 12:30 p.m. en un bosque nacional. La noche anterior había caído una pequeña nevada. De haber ocurrido a las 12:30 p.m. de un domingo del mes de julio, hubiera habido centenas de personas paseando por el bosque o merendando.

La lista de pasajeros hubiera sido insuficiente para determinar quiénes habían sido las víctimas. Debido a las velocidades que alcanzan las aeronaves de hoy, solo habría bastado unos cuantos segundos en cualquier dirección, para colocar el avión sobre cualquier número de poblados o pueblos o hasta sobre la propia ciudad de París. La destrucción hubiera sido más que comparable con la producida por los ejércitos de las grandes gue-

(9) SIMONE, Blas, op. cit., pág. 17 nota 39, pág. 53 ibídem; nota 42, pág. 54.

(10) SIMONE, Blas, op. cit., pág. 17, 18.

(11) GONZÁLEZ ESTEVEZ, Leonel, DIEGUEZ PILÓN, Armando, *Seguro de aviación*, XII Conferencia Interamericana de Derecho Aeronáutico, VIII Jornadas de Derecho Aeronáutico y Espacial, Guatemala 1975, pág. 3.

(12) FOLCHI y COSENTINO, op. cit., pág. 3.

rras. En Tenerife, ambos aviones se encontraban sobre la pista; ¿a qué distancia se encontraban éstos de la terminal donde estaban los edificios y el personal del aeropuerto, y donde estaban estacionadas numerosas aeronaves con quizás unos 2.000 pasajeros que esperaban dentro de sus aviones o en la propia terminal a que sus vuelos los llevaran a su destino? Si el avión de la K.L.M. hubiese logrado evadir al avión de la Pan American, como oportunamente trató de hacerlo, pudiera haber perdido velocidad y caído hacia la derecha sobre la terminal. En ese caso, jamás hubieran podido determinarse las pérdidas por concepto de daños y vidas.

En cada uno de esos casos, la pérdida de vidas y las lesiones se limitaron a un grupo de pasajeros que fue posible determinar, no hubo terceros salvo la responsabilidad civil de una de las líneas aéreas para con los pasajeros de la otra línea aérea, los daños a la propiedad fueron insignificantes". Nos continúa manifestando Wilcor Lee en su interesante trabajo, que: *"los aseguradores estaban a punto de dar por terminado el caso del desastre de París cuando ocurrió el de Tenerife"*. Ese fue más complicado ya que había distintos límites de responsabilidad civil para cada pasajero. A continuación las partes afectadas y las bases de su responsabilidad civil:

1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA K.L.M. HACIA:

a) sus pasajeros está regida por su Boleto (contrato), es decir, por el Protocolo de La Haya, enmendado contractualmente a \$58.000 bajo un acuerdo similar al Acuerdo de Montreal;

b) los pasajeros de la Pan American es ilimitada. Son terceros de la K.L.M. y por tanto no están sujetos a las limitaciones de la K.L.M.;

c) su tripulación se basa en leyes aplicables a contratos de empleo de los países bajos: Compensación legal por Accidentes de Trabajo, Seguro Social, contratos laborales, etc.;

d) la tripulación de la Pan American es, sin embargo ilimitada. Por lo que atañe a la K.L.M., esas personas tienen el mismo estado legal de los pasajeros de la Pan American, es decir, terceros.

2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA PAN AMERICAN ES CONTRARIA A LA DE LA K.L.M. ES DECIR, LA RESPONSABILIDAD DE LA PAN AMERICAN HACIA:

a) los pasajeros está regida por su boleto (contrato), o sea, la Convención de Varsovia en-

mendada por el acuerdo de Montreal (CAB 18.900) hasta US\$75.000 (Los E.E.U.U. jamás han firmado el Protocolo de La Haya);

b) los pasajeros de la K.L.M. es ilimitada pues son terceros de la Pan American;

c) su propia tripulación está sujeta a las leyes de compensaciones por accidentes de trabajo y contratos laborales;

d) La tripulación de la K.L.M. como terceros de la Pan American, es ilimitada.

3. La Autoridad Española de Aeropuertos no tiene la ventaja de las limitaciones de responsabilidad civil con que cuentan las líneas aéreas amparadas por convenciones internacionales y, por tanto, su responsabilidad hacia todas las partes es ilimitada.

4. La Compañía Boeing, como fabricantes, si es que tiene responsabilidad, civil, se encuentra en las mismas condiciones que la Autoridad Española de Aeropuertos, en cuanto a que tendría responsabilidad ilimitada hacia todas las partes.

A pesar de los numerosos aspectos de esa responsabilidad, el mercado de seguros de aviación que acababa de pagar las compensaciones del DC 10 inmediatamente reconoció que:

1) Los pasajeros y/o los familiares más cercanos tienen derecho a recibir compensación de una o más de las partes.

2) Las autoridades aeronáuticas o jurisdiccionales pueden tardar por lo menos un año o más, antes de rendir su informe oficial.

3) Las demoras o pagos aumentarán el valor de las reclamaciones, así como los gastos de manejo, sin mencionar el efecto que podrían tener en su representación o en la de sus clientes.

Como resultado de la excelente colaboración que existe entre los corredores, los aseguradores y sus respectivos clientes, dentro de los treinta días de ocurrido el accidente se estableció un fondo inicial de US\$50.000.000, y se instituyeron los procedimientos necesarios para pagar inmediatamente a los que legalmente tenían derecho a compensación.

Las normas de procedimiento son básicas y sencillas:

a) Hay que aprobar los daños. En la mayoría de los casos es más bien fácil. Las personas que están en condiciones de hacer cruceros de larga duración o de visitar otros países, por orden general dejan sus asuntos en orden.

b) Se estableció un límite de \$150.000 por persona, como pago inmediato. Mientras que esa

cantidad es el doble del límite máximo de uno de los transportadores, debe recordarse que la responsabilidad civil de las otras tres partes no es limitada. (Desde un punto de vista práctico, había muchos matrimonios en el vuelo, lo que significaba un pago de \$300.000 a los herederos).

c) Los demandantes no tienen necesidad de asesor legal, pero en caso de desearlo, el trabajo de verificar el finiquito y otros documentos puede obtenerse a costo razonable.

Para reducir aún más el papeleo y las consultas interminables, así como para eliminar la posibilidad de que las diferentes partes persigan fines distintos, se facultó a dos organizaciones para transar las reclamaciones de todas las partes y para retirar efectivo del fondo.

Una en Holanda, para transar las reclamaciones de los pasajeros de la K.L.M.

La otra, en los E.E.U.U., para transar las reclamaciones de los pasajeros de la Pan American.

Esas organizaciones no esperaron que el reclamante viniera a ellas, y los contactos que éstas hicieron inmediatamente respondieron de manera admirable. Al año de ocurrido el accidente, dos terceras partes de los casos se habían transado. Al igual que en el caso del DC 10, el demandante puede optar por no aceptar la suma recomendada u ofrecida y entablar acción judicial. No obstante, esa vía requiere mucho tiempo y dinero, quizás años y millones de dólares, sin mencionar la angustia mental experimentada por los herederos.

Con el establecimiento del fondo y la transacción de las reclamaciones sobre el seguro de casco, el mercado mundial de seguro aéreo pagó en cosa

de unos cuarenta y cinco días, la suma de \$113.000.000.00 como apoyo a la industria de la aviación. Esa cantidad representa sólo un poco más de la mitad de lo que se espera habrá de pagarse. Se establecieron reservas por la cantidad de US\$200.000.000.00. Vemos así a través de los casos anteriormente descritos, cómo los seguros vinieron a remediar prontamente en muchos pasos, la responsabilidad civil de las partes, así como la situación en que habían quedado muchas familias de los pasajeros afectados.

Año año, las compañías aseguradoras y reaseguradoras han tenido que adecuar las primas a pagar, por sus clientes, dada la magnitud de las sumas que deben de cubrir en cada siniestro, siendo los dos últimos años (79-80), catastróficos en el mundo de los seguros. Es de esperarse, que para el año de 1981 las primas a cobrar, por las compañías aseguradoras hayan sido superiores a las cobradas anteriormente, ya que el mercado ha venido en crecimiento constante, como lo confirma su capacidad de aceptar "casco" de más de US\$70.000.000.00 y responsabilidad civil de más de \$400.000.000.00.

A manera de información únicamente y para que pueda el lector comprender el por qué, las compañías de seguros se han visto presionadas a aumentar sus primas les presentaré un cuadro descriptivo de los accidentes aéreos ocurridos durante el año de 1979 los que han debido de ser sufragados por Frank B. Hall & Co. PARKER AVIATION DIVISION, una de las más grandes aseguradoras de los Estados Unidos y sus reaseguradores en cuanto a las pérdidas totales y parciales sufridas por diferentes líneas aéreas del mundo.

PERDIDAS TOTALES

LINEA AEREA	DIA PERDIDA	TIPO AVIACION	VALOR CASCO	RESERVA RESP.
VARIG	30/1/79	B-20	\$ 6.000.000	—
E.A.L	9/2/79	DC-9	\$ 2.000.000	—
N.A.S.D.A.	9/2/79	SATELITE	\$14.500.000	—
GARUDA	6/3/79	F-28	\$ 5.300.000	—
ALIA	14/3/79	B-727	\$ 9.500.000	\$ 5.600.000
INDIAN AIR LINES	26/4/79	B-737	\$ 9.500.000	—
AMERICAN	25/5/79	DC-10	\$37.000.000	\$130.000.000
GARUDA	11/7/79	F-28	\$ 4.250.000	\$ 300.000
T.M.A.	23/7/79	B-707	\$ 6.000.000	—
D.L.H.	26/7/79	B-707	\$ 7.000.000	—
CIPRUS	19/8/79	B-707	\$ 4.500.000	—
CHINA	11/9/79	B-707	\$ 5.000.000	—
A.T.I.	14/9/79	DC-9	\$ 7.700.000	\$ 1.000.000
SWISSAIR	7/10/79	DC-8	\$10.000.000	\$ 6.000.000
WESTERN	31/10/79	DC-10	\$37.000.000	\$ 29.000.000
PAKISTAN	26/11/79	B-707	\$ 8.000.000	\$ 5.000.000
A.N.Z.	28/11/79	DC-10	\$43.000.000	\$ 50.000.000
R.C.A.	10/12/79	SATELITE	\$70.000.000	—
TURKISH A/L	23/12/79	F-28	\$ 5.000.000	\$ 2.000.000

PERDIDAS PARCIALES

LINEA AEREA	DIA PERDIDA	TIPO AVIACION	VALOR CASCO	RESERVA RESP.
PAKISTAN G/L	14/1/79	B-707	\$ 1.200.000	—
AIRLIFT INTL	15/2/79	B-727	\$ 1.575.000	—
FLYING TIGERS	15/2/79	B-747	\$ 16.000.000	—
SEABOARD	16/4/79	B-747	\$ 11.000.000	—
FLYING TIGERS	7/6/79	DC-8	\$ 850.000	—
CIA. MEXICANA	25/7/79	B-727	\$ 1.000.000	—
AEROLINEAS	24/9/79	B-747	\$ 1.000.000	—
UNITED G/L	25/10/79	B-727	\$ 3.000.000	—
PERTAMINA	3/12/79	F-28	\$ 320.000	—
			\$327.195.000	\$228.900.000

GRAN TOTAL: \$556.095.000 (14).

Como se puede apreciar en el cuadro antes expuesto, las sumas de dinero pagadas por los aseguradores dichos, son sumas bastante elevadas, de ahí que se tenga forzosamente que elevar las primas a pagar por los asegurados.

Por otro lado, he de manifestar que nuestro país no se ha quedado por fuera de dichos aumentos, situación que se ha agravado aún más, por el hecho del tipo libre de cambio que últimamente se operó, viéndose el Instituto Nacional de Seguros en la imperiosa necesidad de aumentar las primas y de cobrar las mismas en el porcentaje del 50 por ciento al cambio del tipo oficial (Q8,60) y el restante 50 por ciento al tipo libre de cambio, específicamente en la materia que nos ocupa. Podemos entonces así, tomar en consideración la importancia que tienen en este momento, las pólizas de seguros que deben de mantener las compañías aéreas en todo el mundo, ya que sin ellas, más de una compañía estaría completamente arruinada y fuera de operación, dada la magnitud de las sumas a pagar por ella dado el caso de que sufriera un grave accidente, cualquiera de sus aviones, no solo por las pérdidas materiales a que quedaría expuesta, sino a las pérdidas que debería afrontar, pago de indemnización a los pasajeros o causahabientes, o bien a terceros superficiarios.

De ahí, la importante misión que cumplen los seguros aéreos en el mundo contemporáneo, importancia incuestionable al menos, en el negocio de la aviación, que si bien es cierto hoy día es uno de los más seguros, en cuanto a seguridad y eficacia, me deja de ser menos cierto, que los resultados de un accidente, aparte de sus consecuencias funestas, pueden llevar al traste el esfuerzo de años de trabajo, porque como dije antes, se le debe de considerar indispensable en el campo aeronáutico, ya que desde el punto de vista económico, el seguro permite la reparación inmediata de los daños ocasionados por la operación de una aeronave, así como los sufridos por sus propietarios explotadores o los transportistas. Asimismo, como la seguridad que brindan a los capitales que entran en juego en la actividad aviatoria, los cuales son extremadamente grandes e imprescindibles para asegurar el desarrollo y éxito de aquella.

“El transcurso del tiempo ha incidido para aumentar esa importancia y es evidente que ese proceso de crecimiento ha de continuar en el futuro, como inevitable consecuencia del progreso de la aviación, que crea riesgos continuamente mayores, a medida que crecen las aeronaves, su capacidad y velocidad” (15).

BIBLIOGRAFIA

CHACON M., José A., *"Los Seguros de Aviación"*, Conferencia Interamericana de Derecho Aeronáutico. San José, C.R., mayo 1973.

BONET CORREA, José, *"La Responsabilidad en el Derecho Aéreo"*, pág. 207, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Junta de Estudios Económicos, Jurídicos y Sociales, Madrid, 1963.

BLAS SIMONE, Osvaldo, *Cuestiones Jurídicas y Económicas Actuales en Relación con los Seguros Aéreos*, Trabajo presentado en las VII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico y del Espacio, Sevilla, España 1973.

FOLCHI, Mario, COSENTINO, Eduardo, *Apuntes para una Sistematización de los Seguros Aéreos*, pág. 7, 1973.

GONZALEZ ESTEVEZ, Leonel, DIEGUEZ PILON, Demando, *"Seguro de Aviación"*, trabajo presentado en XII Conferencia Interamericana de Derecho Aeronáutico, VIII Jornadas de Derecho Aeronáutico y Espacial, Guatemala 1975, pág. 3.

WILCOX, L.H. *"El seguro Aéreo"*, Trabajo presentado en Conferencia de Transporte Aéreo, patrocinada por la Universidad de Miami, abril 5, 1978.

VIDELA ESCALADA, Federico N., *"Derecho Aeronáutico"* tomo IV, volumen B. Víctor P. de Zavalia Editor, Buenos Aires, Argentina 1976.

Ley General de Aviación Civil de C.R. 1973 y sus reformas.

Carta Circular de Frank B., Hall, Parker Aviation Division. *"Aviation Insurance Market Conditions"*. Octubre 28, 1980.

* * *

Sección II: La Ciencia al servicio de la Justicia.

Coordinador: Carlos Matías González Lizano, M.Q.C., M.Sc.

ASPECTOS MEDICO-LEGALES DE LA VIOLACION (*)
(PRIMERA PARTE)

Dr. Fernando Garzona Meseguer.
Especialista en Medicina Legal.

Miembro del Comité del Niño Agredido
HNN. Asistente de la Clínica Médico-Fo-
rense. Departamento de Medicina Legal,
Organismo de Investigación Judicial.

INDICE

PROLOGO.	52
CONSIDERACIONES GENERALES	53
ASPECTOS JURIDICOS DE LA VIOLACION	53
I. Aspectos generales.	53
A. Historia.	53
B. Bien jurídico tutelado	54
C. Concepto.	55
II. La violación	55
A. Sujeto activo	55
B. Sujeto pasivo	55
III. Análisis de las figuras penales contempladas en el Código Penal costarricense	55
A. Violación simple	55
B. Violación calificada	56
C. Violación agravada.	56
ANATOMIA Y FISIOLOGIA DE LOS GENITALES MASCULINOS Y FEMENINOS	57
Generalidades.	57
A. Organos genitales masculinos y su función	57
B. Organos genitales femeninos y su función.	59
FISIOLOGIA DE LOS GENITALES MASCULINOS Y FEMENINOS	61
Fecundación.	61
Respuestas fisiológicas	61
BIBLIOGRAFIA.	63

(*) *Tesis de Grado para aspirar al Título de Especialista en Medicina Legal.*

NOTA: Los números entre paréntesis, que aparecen dentro del texto, se refieren a la bibliografía.

PROLOGO

La Medicina Legal Costarricense posee innumerables campos aún inexplorados. Ese conjunto de normas disciplinadoras de la realidad médica y legal, ofrece además interesantes matices que presentan al mundo médico infinitas interrogantes dignas de ser analizadas en investigaciones y seminarios.

La labor del médico legista, a pesar de todo, no concluye ni se fundamenta tan sólo en el punto de vista médico. La Medicina Legal es una combinación de realidad y normativa, de ciencia y justicia, que amerita esfuerzos conjuntos de médicos y abogados, en procura del haber de una aproximación a lo más claro y eficiente, que permita la intervención eficaz y pronta de los llamados a resolver los casos que día a día se presentan a nuestra pericia y conocen los Tribunales de Justicia.

Por todo lo anterior, todo aporte que amplíe la visión que hasta el momento tenemos en los anales costarricenses, es digno de apoyo y de acogida calurosa.

La distinción con que me honra el Dr. Fernando Garzona, me ha llevado a consideraciones de valor acerca de lo que significaría en Costa Rica un trabajo conjunto de médicos legistas y abogados, investigadores judiciales y especialistas en psiquiatría forense, tratando de concluir en soluciones o hipótesis de valor clínico-médico y legal.

La obra del Dr. Garzona "Aspectos Médico-Legales de la Violación" suple, en un esfuerzo múltiple, los puntos de vista médico, psiquiátrico, policial y legal, dando una visión global del alcance y repercusiones de un hecho como lo es la Violación.

La Violación, así enfocada, en la investigación que se presenta aquí, da un marco no sólo teórico sino práctico y científico, tanto para el médico como para el abogado, y vías de análisis y esclarecimiento al juez. Pero no se contenta con ello el autor: su enfoque, sencillo, claro y maduro, lo hace accesible a todos los que, interesados en el tema, no han tenido la posibilidad de informarse en una obra seria y consistente. Es necesario fomentar la investigación en Costa Rica y para ello impulsar los valores éticos y formadores de aquellos que cuentan con el deseo de ayudar al esclarecimiento de la verdad y la aplicación de la Justicia, por ello considero valiosa en sí una obra como la del autor, que es un símbolo del camino hacia el avance médico-legal en nuestro país.

Dr. Francisco Rucavado L.

CONSIDERACIONES GENERALES

Durante el ejercicio de la labor de Médico Legista, muchos de nosotros, colegas del Departamento de Medicina Legal del Organismo de Investigación Judicial, nos encontramos con un gran déficit de conocimientos, no tanto porque las bibliotecas a nuestro alcance no tuvieran esa información, sino porque los conocimientos sobre violación dentro de la disciplina han sido objeto de un análisis escaso en comparación con otros tópicos de la Medicina Moderna.

Con el presente estudio bibliográfico y análisis de datos se pretende hacer estos conocimientos algo más asequible al personal que valora los casos de violación, reuniendo la información obtenida de estudios similares, comparando información obtenida en el presente estudio con la de otros países y autores, destacando nuevas facetas del problema y también destacando facetas a las que no se les había dado anteriormente importancia por lo menos en nuestro medio. Los enfoques médico-legales sobre el tema de la violación a menudo son poco claros o esbozan solamente algunos de los tópicos que la componen.

Es el deseo del autor, brindar mayor información sobre el tema para divulgar en todo lo posible los conocimientos de que disponemos hasta el momento, su aplicación diaria en este Departamen-

to. Pretende este estudio también dar pie a iniciativas para investigación complementaria en el mismo campo, proponiendo algunos esquemas de trabajo, con el fin de mejorar la recolección de datos en casos a investigar, datos que hagan los delitos de tipo sexual una materia más completa dentro del cúmulo de acciones y sentimientos que envuelven el proceso judicial que se inicia con la denuncia de una violación.

El estudio pretende enfocar el tema desde un punto de vista Médico-Legal Puro, ayudándose de el enfoque psiquiátrico, el enfoque policial, de laboratorio, estadístico, jurídico y del proceso judicial, con el fin de provocar una integración de conocimientos que redunde en una apreciación "en equipo" del problema, pretendiendo dejar a un lado los enfoques unilaterales, tanto legales como médicos, en beneficio de las víctimas de este delito y los que injustamente se puedan ver acusados.

La violación es un delito que el sistema de justicia ha sido históricamente incapaz de manejar y ha logrado en la última década el reconocimiento que merece como problema de la sociedad y un problema criminológico que requiere atención seria.

ASPECTOS JURIDICOS DE LA VIOLACION

I. ASPECTOS GENERALES.

A. Historia:

La violación, como delito, ha tenido una marcada e interesante evolución en la historia. En forma general ha sido considerada como una falta grave, si no gravísima, lo cual provocó, en muchas legislaciones, que se le castigara con la pena máxima.

Así, en Babilonia, la pena de muerte se prodigaba para las faltas que se consideraban más graves, tales como la calumnia y el falso testimonio, hurto, rapiña y encubrimiento, adulterio, incesto y estupro (9). Al igual que los babilonios, los asirios castigaban la violación con la pena capital (9).

En Persia la misma ley prohibía aplicar a cualquier individuo la pena de muerte por un delito simple, pero era decretada por los delitos de traición, sodomía, violación, asesinato, polución por sí, quemar o enterrar a los muertos, y también por cualquier intromisión en las funciones del monarca que abarcara una gama inmensa, desde sentarse por error en el trono imperial, hasta el pretender seducir a cualquiera de las mujeres del rey.

En los casos mencionados, la aplicación de esta pena era muy cruel: el veneno, el empalamiento, la crucifixión, la lapidación, enterrar al sentenciado hasta el cuello y aplastarle la cabeza entre grandes piedras, o sofocarlo con arenas o cenizas hirvientes (9).

Vemos así, que la consideración acerca de la violación ha sido seria desde tiempo atrás, tomándose, para su castigo aleccionadoras medidas, no digamos para el violador (puesto que moría), sino más bien para la sociedad, la cual presenciaba o al menos se enteraba del suceso.

La violación tuvo atenuantes ligeras, como en el caso de las atenienses, pues la historia apunta que el cruel Dracón, al hacer su reforma famosa, aumentó las penas, para el rapto y la violación, salvo que la raptada o violada fuera de mala conducta (1). Parece ser que para Dracón, el bien jurídico tutelado fue la honestidad, o al menos, tuvo preponderancia este bien sobre la libertad sexual, deducción esta que se toma de basar aquél la atenuante en la mala o buena conducta sexual de la víctima. Como veremos en el aparte correspondiente de este estudio, en la actualidad el bien jurídico tutelado, aceptado por la doctrina mayoritaria y legislaciones, es la libertad sexual (para FONTAN BALESTRA es la libertad individual (7)).

Entre nuestros antepasados indígenas los chibchas hacían diferencias en el forzamiento de las mujeres, lo que demuestra que entre ellos se hacían ya sutiles distribuciones jurídicas; tomaban en cuenta si el violador era soltero o casado para la adecuación de la pena (9).

En Judea se castigó severamente tanto a los violadores como a los homosexuales, las formas más graves de violación y homosexualidad tuvieron en la ley mosaica la pena de muerte, (por lapidación), como consecuencia (2).

Para GARONA la explicación de tan graves sanciones era el carácter doblemente delictivo del acto, violatorio de la ley divina y de la ley humana, en épocas en que la confusión de vicio, pecado y delito predominaba en todas las legislaciones, y el concepto de la moral divina tenía preeminencia sobre el derecho positivo (8).

A nivel internacional, la configuración moder-

na del delito de violación proviene del derecho francés (2).

CAPITANT define la violación como aquel delito cometido por el hombre que tiene una unión sexual ilícita (4) con una mujer viva sabiendo que ésta no consiente de ello; la palabra violación proviene del latín "violare".

A efecto de anotar la evolución en Costa Rica, seguiremos al connotado jurista costarricense, CASTILLO (2) quien señala que las disposiciones contenidas en nuestro artículo 156 C.P. reproducen similares en los códigos de 1880, 1924 y 1941, siendo pocos los cambios en nuestra legislación en el transcurso de 95 años.

El Código de 1880 restringía el tipo, al decir: "yacer con mujer", mientras que los códigos de 1924, 1941 y 1970 (actual), utilizan la fórmula "tener acceso carnal con, persona de uno y otro sexo", con lo cual se amplía el sujeto pasivo.

Los códigos de 1880, 1924 y 1941; colocaron el delito dentro de los "Delitos contra la Honestidad", por el contrario, el código actual lo coloca dentro de los delitos sexuales.

Además, como innovación del código de 1970, el artículo 93, inciso 5, permite conceder el perdón judicial a la mujer que haya causado su propio aborto "...si el embarazo ha sido consecuencia de una violación. . .".

Esto, en síntesis, comprende la evolución que anota CASTILLO GONZALEZ.

B. Bien Jurídico Tutelado:

SOLER (16) considera como bien jurídico tutelado a la libertad sexual, FONTAN BALESTRA y SALVAGNO CAMPOS (7) por el contrario, consideran que el bien jurídico lesionado por la violación es la libertad individual, CASTILLO (2) se inclina por ver dos bienes jurídicos distintos, así, en un menor de doce años se trataría de una protección de carácter psíquico-físico, y por otro

(7) "A nuestro juicio, ya lo hemos dicho, el bien jurídico lesionado por la violación, es la libertad individual, en cuanto cada cual tiene el derecho de elegir el objeto de su actividad sexual, y tal como lo afirma exactamente SALVAGNO CAMPOS, prescindir de ella, si así le place". FONTAN BALESTRA, C. "Derecho Penal", Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1965. Parte Especial, p. 245.

(4) En relación con esta ilicitud, Castillo señala que comete violación el marido que tiene acceso carnal con su esposa, utilizando la violencia, o la amenaza. La esposa está obligada según el mismo autor, por el vínculo matrimonial a soportar el coito normal, pero no aquel que es impuesto por la violencia o la amenaza; porque nadie puede hacerse justicia a sí mismo. Castillo Op. cit. supra nota 7, p. 170.
En igual sentido citados por Castillo, González de la Vega, Fco.: Derecho Penal, Mexicana, Ed. Porrúa, México D.F., p. 403; Gómez Lara, Cipriano "El Delito de violación en el matrimonio", en Derecho Contemporáneo No. 6, julio, 1965. Universidad Nacional Autónoma de México, p. 79 y 80. Para Soler puede haber violación mediando débito conyugal cuando se produce el acceso por medios contra natura que no son debidos: Soler, Sebastián, Derecho Penal T. III, T.E.A., Buenos Aires, p. 283.

lado, en los casos de los incisos 2 y 3 del artículo 156 del Código Penal, la libertad sexual es el bien protegido.

En nuestra legislación, el delito de violación se halla dentro de los delitos sexuales, siendo nuestra posición proteger la libertad sexual.

C. Concepto:

La violación, en términos jurídicos, corresponde al delito que conste quien efectúa acceso carnal con persona de uno u otro sexo, ejecutado con violencia real o presunta.

Se dice violencia no sólo en sentido de fuerza física sino también moral (8).

Es opinión de DOLER que debemos abstenernos de confundir la violencia verdadera la cual, como sabemos, dejará generalmente rastro en ropas y cuerpo de la víctima con esa energía sutil con que el varón vence el pudor de una doncella.

Dentro del Concepto de Violación debemos delimitar además de la violencia, el término acceso carnal.

Acceso carnal, para GARONA (8), significa penetración del órgano sexual en el cuerpo de la víctima. SOLER (16) lo define como una enérgica expresión que significa penetración sexual y se produce cuando el órgano genital entra en el cuerpo, ya sea por vía normal o anormal. CUELLO CALON, (6) considera solamente la copulación normal (España).

De todo lo anterior deducimos que debe existir unión sexual para que se considere efectuado el acceso carnal. Jurídicamente, los simples desahogos se descartan como acceso carnal.

II. LA VIOLACION:

A. Sujeto Activo:

El sujeto activo del delito de violación es solamente el hombre, ya que debe mediar acceso carnal, acceso significa entrada o penetración y así, quien tiene acceso es quien penetra.

En caso de mujer y mujer, no pudiendo haber acceso carnal, no puede haber violación sin perjuicio también de que haya corrupción o abuso deshonesto (16).

B. Sujeto Pasivo:

Para la doctrina basta que se trate de una persona, tanto honesta como deshonesto porque recuérdese que lo que se protege es la libertad sexual y no la honestidad. Al decir esto, se entiende que la prostituta también puede ser violada (16).

Si nuestra legislación no descarta, como sí lo hacen otras, que la prostituta puede ser objeto pasivo de la violación, no debemos hacer diferencias pues iríamos contra el principio jurídico de "no es lícito distinguir donde la ley no distingue".

El principio de que la violación de una prostituta no es imputable, nació en Roma, no por orden moral sino en razón que a las personas viles no les era concedido el derecho a querellar, y el principio continuó al prevalecer el pensamiento entre algunos autores que consideraron a las meretrices poco menos que un funcionario público a quien le está vedado negar sus funciones al que se las requiere.

Por ello dijo DECIO: "*Meretrices nulli sui copiam denegare possunt*". (8).

III. ANALISIS DE LAS FIGURAS PENALES CONTEMPLADAS EN EL CODIGO PENAL COSTARRICENSE.

A. Violación simple:

La violación simple está contemplada en el artículo 156 del Código Penal:

Será reprimido con prisión de cinco a diez años, el que tuviese acceso carnal con persona de uno u otro sexo en los siguientes casos:

- 1) Cuando la víctima fuere menor de doce años.
- 2) Cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o estuviere incapacitada para resistir.
- 3) Cuando se usare la violencia corporal o intimidación.

Debemos analizar cada uno de los incisos del artículo.

- 1) Cuando la víctima fuere menor de doce años.

Se requiere que la víctima sea menor de doce años, aquí la edad juega un papel importante.

(8) Se considera que existe violencia moral cuando la víctima es obligada al coito mediante amenazas capaces de producir en ella una intimidación, que alcance a desviar y vencer su voluntad. Garona, op. cit., p. 250.

Recordemos lo apuntado antes en relación con los menores de edad y la protección física y psíquica. (5).

FONTAN BALESTRA opina que la ley presume la incapacidad del menor para comprender el significado social y fisiológico del acto (7).

El fundamento de la incriminación según **GARONA** (8), radica en la ineficacia del consentimiento que puede dar la víctima.

Esto es, a grandes rasgos, lo esencial en cuanto al derecho interesa la situación del menor de doce años, el punto de vista médico ya ha sido enfocado, o a lo menos tratado en ese estudio.

- 2) Cuando la persona ofendida se hallase privada de razón o estuviese incapacitada para resistir.

En el primer punto: privada de razón la ley se refiere a la capacidad de comprender, es decir, de la total comprensión de las relaciones y significado de los hechos (16).

Coinciden los autores en que la cualidad ésta de la víctima debe ser conocida por el autor, porque la salud mental se presume (16).

La mujer está privada de razón en todos aquellos casos en que hay una falta absoluta o relativa de sus facultades intelectuales, afectivas o volitivas, de carácter más o menos permanentes o un desorden o desequilibrio entre esas facultades.

Señalaremos las afecciones psíquicas más comunes que causan privación de razón:

- a) Psicosis endógenas (Esquizofrenias, depresiones).
- b) Psicosis exógenas tóxicas sintomáticas (producidas por enfermedades infecciosas, enfermedades endocrinas, tumores cerebrales, etc.).
- c) Psicosis tóxicas (alcohol, alcaloides, barbitúricos, psicobishepáticos).
- d) Estados de deficiencia intelectual (el idiota, fronterizo).

El hombre que tiene relación carnal con una mujer privada de la razón comete delito, aún cuando ésta se realice con consentimiento.

La ley no otorga validez a un consentimiento que proviene de una mujer que no puede entender la naturaleza de la relación sexual (17).

Nuestro Código Penal no contempla el caso de la víctima privada de sentido (3) como sí lo hacen el Código argentino (18) y el chileno (20).

La segunda hipótesis del artículo 156 C.P. se refiere al caso de imposibilidad de resistir.

Este impedimento puede provenir de enferme-

dad o cualquier otra causa: hasta que la víctima se halle privada de poder resistirse al acto.

- 3) Cuando se usare la violencia corporal o intimidación:

La violencia debe ser irresistible, para que haya violación.

La intimidación o amenaza como medio para lograr el coito requiere las condiciones necesarias generales de toda amenaza: el amenazado debe creer que la amenaza es seria, es decir, que exista la posibilidad de que se realice el mal con que se le amenaza (2).

El hombre obtiene la copulación con la mujer, gracias al predominio material que ejerce sobre ella, usando de una violencia física que vence la resistencia que ofrece la víctima. Para que el yacimiento sea delictivo, se exige que la resistencia ofrecida por la mujer suceda con una serie de condiciones:

- Debe ser real (no aparente o fingida).
- Debe ser mantenida durante toda la realización del coito.
- Debe ser intensa (pero al igual que el dolor, la resistencia al ataque no puede ser medida).

Hay autores en Medicina Legal que han puesto en duda la posibilidad de que un solo hombre pueda poseer a la mujer por medio de la fuerza física, pero la práctica ha demostrado lo contrario (17).

B. Violación Calificada:

Califican el delito de violación las siguientes situaciones: que el autor fuere ascendiente, descendiente consanguíneo o hermano (19) o se produjese la muerte de la ofendida; en estos casos el Código (19) señala una pena de ocho a quince años de prisión, a diferencia de la violación simple, en cuyo caso la pena es de cinco a diez años (19).

Es interesante apuntar que, a diferencia de la legislación argentina, el Código Penal costarricense tipifica el incesto como figura penal, independiente, en su artículo 174, el cual es excluido en su aplicación por el 157.

C. Violación Agravada:

El artículo 158 de nuestro Código Penal señala varios casos en los cuales la pena del delito de violación aumenta considerablemente.

Así tenemos el caso a) grave daño en la salud de la víctima, b) delito realizado por el encargado de la educación, guarda o custodia, c) concurso de dos o más personas, d) ministros religiosos prevaleciéndose de su condición.

Agravante por violación de deberes especiales.

A efecto de comentar las agravantes podemos tratar el punto b y d, como agravantes por violación de deberes especiales, pues en estos casos la agravación se funda en el hecho de que el delito aparece cometido por persona particularmente obligada a tutelar a la víctima de manera que hay dos derechos numerados, el de la honestidad y el deber moral de protección asumido, aceptado o simplemente debido (16).

Surge la discrepancia acerca de si el término sacerdote se refiere a la religión Católica únicamente.

En nuestro medio creemos se olvida la discusión al apuntar la ley: "ministros religiosos" en términos genéricos, con lo cual no establece con exactitud a cuáles se refiere.

Estos deberes especiales, apunta SOLER (16) no son sólo deberes legales, sino también de hecho. Así, contempla el caso del concubino; en caso de convivencia sostenida puede hallarse en una situación con respecto a los hijos de su concubina.

También contempla el caso de un maestro celador de colegio, etc., lo importante es determinar si la persona estaba en esa relación de respeto e influencia moral.

Agravación por Concurso de varias personas.

En este punto, dice la doctrina que basta que concurren para que otro tenga el acceso carnal: no es necesario que todos lo tengan. Se ha juzgado que para la procedencia de esta agravante es necesario participar, ayudar o asistir en la comisión del hecho (16).

Grave daño en la salud de la víctima.

Del hecho de violación debe resultar el grave daño en la salud.

La violación deja los rastros característicos en el cuerpo: no se refiere a éstos la ley. Grave daño en la salud no quiere decir técnicamente, lesiones graves o gravísimas: es una expresión genérica que queda a juicio del juez su apreciación.

* * *

ANATOMIA Y FISILOGIA DE LOS GENITALES MASCULINOS Y FEMENINOS

GENERALIDADES.

En el momento de la fertilización es que se determina el sexo del futuro ser humano y este va a estar condicionado dentro de la variación normal, por la herencia transmitida, la influencia del medio ambiente, los dictados de la sociedad en que el individuo se desenvuelve, los patrones culturales que esa sociedad tenga sobre el comportamiento sexual, y el desarrollo psicológico.

La fisiología sexual por lo tanto va más allá de la reproducción como tal y se sabe que los cambios del equilibrio hormonal afectan el comportamiento, el bienestar general y la libido.

A. ORGANOS GENITALES MASCULINOS Y SU FUNCION.

Los genitales externos de un adulto están formados por el pene, escroto, los testículos, el epidídimo, y el conducto deferente. Las partes internas de los genitales incluyen los conductos deferentes, las vesículas seminales, los conductos eyaculatorios y la próstata. Los testículos o gónadas masculinas son dos glándulas ovaladas que miden aproximadamente 4cm por 2,5cm y por 2cm. Cada uno de los testículos está relacionado en su polo superior con el epidídimo, el cual también ocupa el borde posterior del testículo, tam-

(16) Soler, Op. cit., p. 291.

"Si un amigo prestó su cuarto pero no intervino para nada en la ejecución del hecho mismo, el delito no es agravado". (P. 292).

bién cada testículo está envuelto por dos capas de tejido conectivo: la túnica vaginalis y la túnica albuginea, esta última sumamente resistente. A su vez ambos testículos están cubiertos por el escroto.

El escroto es una bolsa formada por piel y tejidos dentro del que descansan los testículos. Esta estructura cuelga entre los muslos y externamente es una bolsa sencilla, pero internamente está dividida por tejido subcutáneo en un compartimiento derecho y otro izquierdo, cada compartimiento conteniendo un testículo y su epidídimo. Usualmente el testículo izquierdo cuelga más abajo que el derecho. El saco escrotal regula la temperatura a que se exponen los testículos y además responde con elevación de éstos cuando se produce una estimulación sexual.

Los túbulos seminíferos se encuentran dentro de los testículos y producen los espermatozoides. Entre los túbulos se desarrollan las células de Leydig, las cuales son responsables de la producción de la hormona testosterona, la cual a su vez es responsable del desarrollo de los caracteres sexuales masculinos. Los túbulos seminíferos se unen para formar los túbulos rectos y estos a su vez se unen para formar la *rete testis* en el ápex de la glándula. La *rete testis* a su vez, da origen a los ductillos eferentes, los cuales se enroscan para formar la cabeza del epidídimo y la cola del epidídimo se continúa como el conducto deferente. El espermatozoide debe recorrer toda esta red de túbulos y conductos.

El conducto deferente pasa por delante de la pelvis y se introduce en el abdomen a través del canal inguinal. Una vez allí se conecta a la vesícula seminal respectiva, cuya secreción se cree estimula la motilidad del espermatozoide. Llegado a este punto de su recorrido el conducto deferente pasa a ser el conducto eyaculatorio hasta su llegada a la próstata, donde se une a la uretra. Normalmente el conducto eyaculatorio está cerrado y se abre para permitir el paso del semen hacia la uretra como producto de una estimulación sexual intensa.

Este pasaje de fluidos dentro de la uretra, espermatozoides provenientes de los testículos y el epidídimo, líquidos secretados por las vesículas seminales y sustancias secretadas por la próstata es que se produce la sensación del clímax en el hombre.

Una vez que se contrae la próstata la eyaculación es inevitable. Este conjunto de fluidos expulsados se les llama semen y es propulsado a lo largo del pene por las contracciones de la uretra. El

semen eyaculado tiene un volumen aproximado de 2,5cc y contiene un promedio de 120 millones de espermatozoides. La uretra tiene una longitud de aproximadamente 19 a 22cm, se origina en la vejiga, pasa a través de la próstata donde recibe el nombre de uretra prostática y se continúa sobre la porción ventral del pene hasta el meato urinario.

La próstata es una glándula que pesa cerca de 20g rodea la uretra y comparte el piso de la vejiga cerca de su salida. El examen de la misma se efectúa por medio de un tacto y se compone de fibras musculares lisas y tejido elástico. Durante la excitación sexual estas fibras musculares se contraen y producen el vaciamiento de la secreción prostática de los conductillos de las glándulas de la uretra.

Las glándulas de Cowper son dos estructuras del tamaño de un guisante que se localiza por detrás de la uretra membranosa y proveen una pequeña cantidad de líquido lubricante durante la excitación sexual.

La palabra Pene tiene un origen latino que puede significar tanto "cola" como "a mano" refiriéndose a su posición colgante en el estado flácido. El tamaño del pene varía dentro de un rango que es bastante constante, en el estado flácido de 7 a 11cm y de 14 a 18cm cuando se encuentra en erección. El tamaño del pene en el estado flácido tiene poca relación con su tamaño en el estado erecto: un pene pequeño en el estado flácido crece proporcionalmente más durante el estado de erección que un pene grande en el estado de flacidez.

La conformación del pene está dada por el glande, el cuerpo y la raíz desde el punto de vista topográfico; y desde un punto de vista anatómico su mayor componente son tejidos erectiles. El cuerpo lo conforman tres tubos paralelos, de ellos, dos son los cuerpos cavernosos los cuales se colocan uno al lado del otro, y por debajo de ellos existe un solo cuerpo esponjoso, el cual es atravesado a lo largo por la uretra. La porción anterior del cuerpo esponjoso se coloca por delante de los cuerpos cavernosos y es llamado el glande. La piel que cubre el glande es conocida como el Prepucio. Todos los tres tubos que forman el pene tienen innumerables espacios que se llenan de sangre, haciendo así que el pene llegue a estar erecto. Los tres tubos se extienden hacia atrás, cada uno de los cuerpos cavernosos se adhieren a una rama del pubis y el cuerpo esponjoso se extiende hacia la uretra vulvar. Estas proyecciones de los cuerpos cavernosos y esponjosos están cubiertas por los músculos bulbocavernosos e isquiocavernosos los cuales al contraerse impulsan el semen a través de

la uretra en el momento del orgasmo y no dejan que la sangre que ingurgita el pene salga, de manera que la erección pueda mantenerse durante toda la excitación sexual.

B. ORGANOS GENITALES FEMENINOS Y SU FUNCION.

Los genitales internos femeninos están compuestos por los ovarios, las trompas de Falopio, el útero y la vagina. Los genitales externos o vulva están compuestos por el monte de Venus o pubis, los labios menores y mayores, el clítoris, el vestíbulo de la vagina y el orificio vaginal formado por el himen. Los ovarios o gónadas femeninas están colocados uno a cada lado dentro de la cavidad de la pelvis, sobre su pared posterior. Son dos glándulas ovoides con unas dimensiones aproximadas de 1 cm, por 3 cm, por 2 cm, y se fijan a la pared de la pelvis por un pliegue del peritoneo llamado el **ligamento suspensorio**. Una niña recién nacida tiene cerca de 200.000 óvulos inmaduros dentro de cada ovario. Estos óvulos disminuyen en número con el paso de la edad y desaparecen posterior a la menopausia. A través de su vida reproductiva que va desde la pubertad hasta la menopausia, cada mujer libera normalmente un total de 400 óvulos hacia la cavidad peritoneal donde son recogidos por las trompas de Falopio directamente del ovario. La liberación de un óvulo ocurre cada mes lunar (cada 28 días), aunque existen variaciones normales de este suceso y se toma como norma que ocurre 14 días antes de que aparezca la menstruación. Los ovarios también producen dos hormonas importantes para el desarrollo sexual femenino, la progesterona y los estrógenos, esta liberación está condicionada por la liberación del óvulo, dentro de lo que se conoce como el **ciclo menstrual**.

El óvulo que es liberado por el ovario es atrapado por una de las trompas de Falopio con sus proyecciones terminales semejantes a los dedos de las manos y se considera que cualquiera de las trompas puede alcanzar cualquiera de los dos ovarios en esta maniobra. El óvulo una vez captado por la trompa es impulsado hacia la cavidad uterina por una acción semejante a la peristalsis o movimiento intestinal y otra acción producida por unos procesos en forma de cilios que tienen las trompas en su interior. Cada trompa tiene un tamaño aproximado de 12,5 cm. La fertilización ocurre dentro de las trompas y la secreción de la trompa es un nutriente para el óvulo captado.

El útero es un órgano muscular, de paredes gruesas que rodean una cavidad virtual ocupada en su mayor parte por el endometrio. Mide aproximadamente 8 cm de largo y tiene la forma de una pera invertida. El útero recibe las trompas de Falopio en su porción superior, una a cada lado y en su porción inferior se abre hacia la vagina. El útero se mantiene en posición gracias a dos ligamentos anchos y dos ligamentos redondos. El endometrio forma la superficie mucosa interna del útero y está compuesto a su vez por glándulas y estromas cuyo crecimiento atraviesa por varios períodos cada mes lunar:

- 1) Estadio post menstrual.
- 2) Estadio proliferativo o no secretor.
- 3) Estadio secretor o progestacional, al final del cual se produce el desprendimiento del epitelio mucoso con el consecuente sangrado menstrual, cuando no se ha producido la fecundación del óvulo. El endometrio se regenera nuevamente gracias a la acción hormonal y continúan los ciclos.

La vagina normalmente está colapsada, mide aproximadamente 8 cm de largo y se extiende desde el introito vaginal o vestíbulo vaginal hasta el cuello uterino o cervix uterino. En la mayoría de las mujeres vírgenes en el vestíbulo vaginal se encuentra un pliegue membranoso llamado *himen*, el cual separa el vestíbulo del resto del canal vaginal.

El himen o membrana vaginal es un pliegue de tejido conjuntivo que parcialmente cierra el orificio externo de la vagina. Ese tejido si se encuentra intacto se rompe generalmente durante el primer acto sexual. Ocasionalmente sin embargo, el tejido se puede romper con ejercicio extremo, accidentes en la región púbica o experimentación. La ruptura del himen no es ciertamente una evidencia prima facie de que una joven no es virgen. Por otra parte existen casos en los que el himen es tan flexible o manejable que puede existir coito repetidamente sin que exista ruptura del tejido. El tejido himenal por lo general no sella o cierra la vagina completamente, puesto que el líquido menstrual es descargado fácilmente tanto en las mujeres vírgenes como en las no vírgenes. El tejido es usualmente anular o perforado, en otras palabras solo cierra parcialmente la abertura. El dolor relacionado con la primera relación sexual es frecuentemente atribuido a la frigidez. Este dolor es a menudo resultado de la ruptura del himen. La importancia de tener un himen intacto en algunas mujeres en el momento del matrimonio es confirmada por medio de los comentarios que generalmente se

hacen en las mujeres casadas y las mujeres solteras sobre si tuvieron dolores o sangrado inmediatamente después de la primera relación sexual en la luna de miel. Pero pareciera que esto se trata de resabios de una época antigua, donde el hombre, utilizando un criterio puramente preventivo, hacía la escogencia de una esposa virgen con la esperanza de que no fuera portadora de ninguna enfermedad de tipo venéreo y confirmaba de que no había tenido experiencias sexuales previas con el sangrado o el dolor que experimentaba ésta durante la primera relación sexual.

Además del dolor que ocasiona la ruptura del tejido himeneal, existe también a menudo dolor durante las relaciones sexuales, especialmente la primera, debido a la contracción muscular vaginal, como resultado del temor e ignorancia de los hechos relacionados con el primer coito. Si una mujer se encuentra relajada y sin temores, existe muy poca razón para que no pueda acomodarse a esta relación, aunque no haya tenido relaciones previamente (15).

Las mujeres que se encuentran bajo una gran tensión, aunque hayan tenido mucha experiencia sexual pueden tener contracciones de los músculos de la vagina (una condición conocida con el nombre de vaginismo) y la penetración forzada es extremadamente dolorosa y aún imposible. En estos casos se hace necesaria la intervención de un médico ginecólogo el cual efectuaría una operación llamada himenotomía con el fin de producir una ruptura del himen, que permita la penetración del pene hacia la vagina y por lo tanto eliminar el dolor que se puede derivar de una relación sexual forzada. Los tipos de himen que normalmente se describen son el tipo de himen anular, el tipo de himen tabicado, el himen de tipo cribiforme, el himen de tipo semilunar, el himen de tipo bilabiado. Para fines médico-legales se hable del **himen dilatatable**, o sea el himen que conserva las características normales no importa el tipo, pero también permite una penetración fácil hacia la cavidad vaginal, sin presentar molestias para la paciente. Este himen es diferenciado del **himen roto** porque no presenta las características de desgarros profundos sino más bien escotaduras de tipo congénito, las cuales no llegan hasta la base de implantación del himen en la pared vaginal.

La importancia del himen en la primera relación sexual en el matrimonio, es enfatizada por la cantidad de mujeres que desean practicarse una corrección de la dilatación del himen que ha producido el contacto sexual prolongado y de esta

manera restaurar el tamaño original que tenía éste antes de esas relaciones sexuales. Esta es una operación que se hace bajo anestesia local y con muy poco dolor para la paciente, y permite reconstruir el himen en su forma original.

La membrana mucosa que reviste las paredes vaginales está conformada por numerosos pliegues transversos. Este revestimiento puede estirarse durante el proceso del parto. Con el fin de alojar el pene durante la relación sexual, la vagina se expande tanto en su longitud como en su diámetro menor. Además de estas funciones la vagina sirve para el paso de fluidos menstruales provenientes del útero. Después de la menopausia la vagina pierde mucha de su elasticidad debido a la falta de hormonas femeninas. La congestión de vasos venosos alrededor de la vagina produce un trasudado que lubrica las paredes vaginales durante la excitación sexual. La parte inferior de la vagina está innervada por el nervio Pudendo, y durante la excitación sexual estos nervios estimulan los genitales para contraerse rápidamente (11).

El aspecto más superficial de los genitales femeninos está dado por el monte de Venus, formado por un discreto levantamiento de piel y tejido celular subcutáneo exactamente por encima de la sínfisis del pubis. Durante la pubertad aparece el vello en esta zona y aunque la forma del crecimiento del vello en la mujer adulta varía ligeramente, este sigue la de un triángulo invertido.

Los labios mayores son dos repliegues cutáneos que se unen en la línea media del cuerpo y comprenden la mayor parte de los genitales externos extendiéndose posteriormente hasta el periné. Los labios menores descansan en medio de los labios mayores y son dos pliegues más delgados que están colocados a ambos lados del orificio vaginal y forman el ángulo que limita el introito vaginal.

Al inicio del introito, en su porción anterior se localiza la salida de la uretra o meato uretral y seguidamente la vagina las glándulas parauretrales y las glándulas vestibulares. Los labios menores están libres en su porción posterior, pero se unen en su porción anterior para formar el prepucio y el frénulo del clítoris. Se ha descrito que el clítoris es el órgano sexual primario de la mujer y que el orgasmo depende fisiológicamente de una estimulación adecuada del clítoris (11). Tiene una red nerviosa tres veces más grande que la del pene en relación al tamaño de ambos. El prepucio del clítoris se continúa con los labios menores y durante el coito no se produce estimulación

directa del clítoris por el pene, sino que la tracción que se ejerce sobre los labios menores como resultado de la introducción del pene produce la estimulación necesaria del clítoris para que ocurra el orgasmo (13).

El tamaño del clítoris varía considerablemente dentro de la población femenina y no se relaciona con el grado de respuesta sexual que tenga una mujer en particular. Las mamas no son órganos sexuales específicos pero son importantes en los

juegos sexuales y como áreas erógenas (10) se desarrollan más en las mujeres que en los hombres. Existe una gran variación en cuanto a tamaño, forma y sensibilidad en las mamas femeninas. Las mamas se encuentran unidas a los músculos del tórax y se componen de tejido glandular fibroso y graso. El pezón y la areola poseen una coloración más oscura que el resto de la mama y esta pigmentación aumenta con el embarazo.

FISIOLOGIA DE LOS GENITALES MASCULINOS Y FEMENINOS

El sexo gonadal es determinado cromosómicamente en el momento de la fecundación y la aparición de cuerpos cromáticos, o cuerpos de Barr, o la ausencia de ellos es una indicación del sexo genético que aparece también en células del cuerpo de tipo no reproductivo. Estos cuerpos cromatínicos están presentes solo en las mujeres. La aparición de la menstruación después de la pubertad enmarca la expulsión de óvulos no fertilizados del ovario, lo mismo que el sangrado uterino que le sigue. Durante la menopausia sin embargo, la mujer no libera siempre óvulos y al principio puede ser que tampoco sea fértil. El proceso de menstruación, que involucra la ovulación y los cambios uterinos, está estrictamente ligado con cambios hormonales. La relación entre el hipotálamo y los testículos que resulta de una liberación de espermatozoides está también íntimamente ligada con cambios o regulación hormonal.

FECUNDACION.

Para que se pueda realizar la fecundación, un óvulo maduro y un espermatozoide deben unirse dentro de la trompa de Falopio. El espermatozoide es viable por cerca de 36 horas y puede estar presente en la trompa antes de que llegue el óvulo. La fecundación puede ocurrir aproximadamente 48 horas después de la ovulación; y aunque muchos espermatozoides lleguen a las trompas de Falopio solamente uno puede penetrar la cápsula del óvulo. Una vez que ocurre esta penetración, el óvulo se convierte impenetrable a otros espermatozoides. La maduración final de óvulo ocurre una vez que éste ha sido fecundado, el óvulo se divide y conti-

núa dividiéndose en gran número de células. El espermatozoide determina el sexo del nuevo ser.

El óvulo siempre contiene cromosomas X o cromosomas femeninos, si el espermatozoide añade un cromosoma Y o cromosoma masculino, el embrión es masculino, pero si el espermatozoide añade otro cromosoma X el embrión es femenino. Después de tres días de estarse dividiendo el óvulo fecundado, cuando se encuentra en una etapa de dieciséis células, el óvulo fecundado entra en la cavidad uterina.

RESPUESTAS FISIOLOGICAS

Las respuestas sexuales fisiológicas que existen han sido descritas por Master y Johnson, en la mujer y el hombre normales (12).

Estos niveles de reacción sexual están compuestos por cuatro fases discretamente diferenciadas unas de las otras, cada una de ellas acompañadas por cambios fisiológicos típicos.

También estas fases pueden ser explicadas fisiológicamente como Niveles de Incremento de la Vasocongestación y Mitonía (tumescencia) y el subsecuente descenso rápido de esta actividad muscular y tono muscular como resultado del orgasmo (detumescencia).

ESTADIO No. 1: EXCITACION.

Esta fase aparece como resultado de la estimulación psicológica, fantasía, la presencia del objeto amado, o la estimulación fisiológica, besos o manipulación o una combinación de ambos.

Está caracterizada por la erección del hombre y la lubricación vaginal en la mujer y esto ocurre durante los primeros diez segundos de la estimulación afectiva. Los pezones en ambos sexos se tornan erectos, aunque esta erección es más común en la mujer.

El clítoris se vuelve duro y turgente, los labios mayores y menores se vuelven más gruesos como resultado de la congestión venosa. En la fase de excitación, esta puede durar desde varios minutos hasta varias horas (14).

ESTADIO No. 2: MESETA.

Si la estimulación continúa, los testículos aumentan de tamaño en un cincuenta por ciento y se elevan. El cilindro formado por la vagina muestra una constricción característica a lo largo del tercio externo, conocido como la plataforma orgásmica.

El clítoris se eleva y se retrae detrás de la sínfisis del pubis, resultando poco accesible. Las mamas aumentan de tamaño en un veinticinco por ciento en las mujeres. La congestión continuada del pene y la vagina produce cambios específicos de color, marcados más en los labios menores, los cuales se abren y adquieren un color púrpura rojizo intenso. Se producen contracciones voluntarias de grandes grupos musculares. La fase de meseta puede durar desde 30 segundos hasta varios minutos.

ESTADIO No. 3: ORGASMO.

En el hombre el orgasmo está dado por una sensación subjetiva de inevitabilidad de la eyaculación, seguida por una salida de semen con gran fuerza.

En la mujer, el orgasmo está caracterizado por tres a doce contracciones involuntarias de la plataforma orgásmica vaginal, también se producen contracciones tetánicas del útero que van desde el fondo del útero hasta el cervix. Ambos sexos muestran también contracciones involuntarias de los esfínteres externos e internos del ano, y en el hombre el orgasmo está asociado con cuatro o cinco espasmos de la próstata, las vesículas seminales, el conducto deferente y la uretra. En ambos sexos

las contracciones de los diversos órganos ocurren a intervalos de 0,8 segundos. Además de los cambios anotados también se encuentran movimientos voluntarios e involuntarios de los grandes grupos musculares y se ha descrito también espasmo carpopedal. Se ha apreciado un aumento de la presión sanguínea de 20 a 40 milímetros de mercurio tanto sistólica como diastólica, aumento de la frecuencia cardíaca de 120 a 160 latidos por minuto. El orgasmo puede durar de 3 a 15 segundos y está asociado a un ligero trastorno de la conciencia. La capacidad de obtener orgasmos en los hombres es mayor a la edad de 18 años puede tener hasta 8 orgasmos en 24 horas. Un hombre de treinta años puede tener un orgasmo cada veinticuatro horas como una cosa común. El aumento del potencial orgásmico en las mujeres de 35 años de edad ha sido explicado por menores inhibiciones de tipo psicológico que se presentan a esa edad (12).

ESTADIO No. 4: RESOLUCION.

La resolución consiste en la pérdida de la ingurgitación sanguínea de los genitales (detumescencia), la cual lleva al cuerpo de vuelta en estado de reposo. Si el orgasmo no ocurre, la resolución puede tomar de dos a seis horas y está asociada a irritabilidad y dolor en los genitales. Cuando se alcanza el orgasmo, posteriormente se obtiene en ambos sexos un estado caracterizado por una sensación subjetiva de bienestar y reacción de tipo perspiratorio con producción generalizada de sudor que incluye las palmas de las manos y las plantas de los pies.

Después de un orgasmo, los hombres tienen un período refractario que dura varios minutos hasta varias horas, en ese período no pueden ser estimulados a un orgasmo nuevamente.

El período refractario no existe en las mujeres quienes son capaces de orgasmos múltiples y sucesivos. Algunas mujeres son capaces de experimentar veinte y treinta orgasmos ya sea por estimulación manual o estimulación por el pene. El desarrollo psicosexual, el desarrollo psicológico y la actitud psicológica hacia la sexualidad están directamente relacionadas y afectan la respuesta fisiológica del humano.

BIBLIOGRAFIA

1. BLAIR, M.L. *"The Problem of Rape"*, Eng. Police Surg, 1977, 2/ Sup. (16-19).
2. CASTILLO. *"Observaciones sobre el Delito de Violación"*, Revista de Ciencias Jurídicas. 29/ Mayo – Agosto 1976.
3. CARRARA. *"Programa de Derecho Criminal"*, Temis, Bogotá, 1956. Vol. III.
4. CAPITANT. *"Vocabulario Jurídico"*.
5. Collections of Medical Illustrations by Frand Wetter, M.D. CIBA Pharmaceutical Company, Divisal of CIBA – GEIGY Corporation.
6. CUELLO CALON. *"Derecho Penal II"*.
7. FONTAN BALESTRA. *"Derecho Penal"*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965. Parte Especial.
8. GARONA. *"El Delito de Violación en Violación – Estupro – Abuso Deshonesto"*, Ediciones Lernes, Buenos Aires, 1971.
9. GUIER, *"Historia del Derecho"*, Editorial Costa Rica, San José, 1968. Tomo I.
10. MASTERS, Wilt. *"The sexual response cycle of the human female: I. Gross Anatomic Considerations"*, Western J. Surg. 68: 57-72, 1960.
11. MASTERS, W.H. *"The sexual response of the human female: II Vaginal lubrication"*, Ann N.Y. Acad. Sci. 83: 301-317, 1959.
12. MASTERS, W.H. and JOHNSON, Virginia E. *"Human sexual response"*, Boston: Little, Brown - 1966.
13. MASTERS, W.H. and JOHNSON, Virginia E. *"Orgasm, anatomy of the female. In the encyclopedia of sexual behavior"*, Vol. II (A. Ellis and A. Abarbanel, Eds.) New York: Hawthorn Books, 1961.
14. MASTERS, W.H. and JOHNSON, Virginia E. *"The sexual response cycle of the human female: III The clitoris: anatomic and clinical considerations"*, Western J. Surg. 70: 248-257, 1962.
15. Mc CARY, J.L. *"Sexualidad Humana"*, México: El Manual Moderno S.A., 1969.
16. SOLER. *"Derecho Penal"*, TEA, Buenos Aires, 1975. Tomo III.
17. Von BENNEWITZ, R. et al. *"Medicina Legal"*, Universidad de Chile, 1979.
18. Código Penal, Argentina.
19. Código Penal, Costa Rica.
20. Código Penal, Chile.

Sección III: Reseña legislativa extranjera.

**ANOTACIONES AL NUEVO ESTATUTO DEL
TRABAJADOR RURAL EN URUGUAY
Parte II: LEYES ESPECIALES**

Dr. Adolfo Gelsi Bidart.

S U M A R I O:

I. Esquila	66
II. Tambos.	66
III. Granjas, quintas y jardines.	67
IV. Arroz	67
V. Bosques, montes y turberas	68
VI. Proyecto de Ley (1979)	68
VII. Las leyes especiales y el E.T.R.: Conclusión	70

1. ETR y leyes especiales.

El Estatuto del Trabajador Rural (E.T.R.) en su última versión de la Ley 14.785 de 19-V-1979, ha dejado subsistentes algunas leyes especiales, en general coincidentes con sus orientaciones, pero que también contienen algunas normas peculiares.

Cabe destacar dos grupos entre ellas, por un lado las referentes a la explotación de arroz y luego la de bosques, montes y turberas (esta última en el límite de lo agrario); por otro lado, las normas que siendo en lo sustancial iguales al ETR disponen algo peculiar con respecto, sea a una actividad típica de la ganadería (esquila), sea a dos tipos de explotación diferenciada, la de tambos y la relativa a granjas, quintas y jardines.

Comenzaremos por estas últimas por estar directamente conectadas con la ley general del ETR.

I) ESQUILA.

2. Esquila y esquiladores.

En materia del trabajo de esquila, la experiencia indica que cada vez más se realiza, no por el personal permanente del establecimiento, sino a través de verdaderas empresas, de trabajo rurales, en el caso de esquiladores.

Estas ya estaban previstas en el Código Rural, arts. 238, 241 que las denomina "cuadrillas de esquiladores".

A su vez la Ley de Jubilaciones Rurales No. 13.705 de 22-XI-1968 en su art. 4 con la denominación de "empresas contratistas" incluye "las personas... que en forma independiente se dediquen a tareas de conducción de ganado, **esquila**, alambrados, montes, jardinería y trabajos agrícolas en general".

3. Disposiciones especiales.

En lo que se refiere al problema del ETR, la Ley 11.718 de 27-IX-1951 fija los salarios mínimos en los trabajos de esquila para la zafra de 1951, a partir del 1-IX (art. 1).

El art. 2 delega en el P.E. que antes del 1. VIII de cada año, fije los salarios mínimos de los trabajadores que se ocupen de la esquila, lo cual se ha venido cumpliendo hasta el presente.

El a. 4 fija obligaciones adicionales, éstas a cargo del "establecimiento cuyo régimen de trabajo determine la estada permanente del personal en el lugar de sus tareas durante la esquila"; a) alimentación y b) alojamiento adecuado a los trabajadores de la esquila, soluciones coincidentes con las del ETR.

Pero, además, impone el "darles pastoreo gratis a sus animales de transporte" a. 4.

El a. 5 fija las sanciones que se aplican "a los patronos, hacendados o contratistas, que incurran en la infracción de esta ley"; "multas equivalentes a 20 veces el importe de fracciones de salarios abonados de menos, obligándoles además a la restitución de esas diferencias", se sigue para su cobro, lo dispuesto en los arts. 31 y 34 de la Ley 12-XI-1943, en lo pertinente.

4. Comparación con el ETR.

En resumen, se sigue la orientación del ETR, pero:

- a) El salario es diferente o puede serlo y las categorías a las cuales se aplican, igualmente.
- b) Se debe dar pastoreo a los animales de transporte de los esquiladores.
- c) Las sanciones son mayores: 20 veces lo no-abonado.

II) TAMBOS.

5. Leyes especiales y ETR.

Con respecto a tambos, las Leyes fundamentales son las Nos. 13.130 de 13-VI-1963 y 13.389 de 18-XI-1965.

Concuerdan con el ETR, en cuanto a que el P.E. fija los salarios mínimos; anualmente; también concuerdan las prestaciones en especie.

También aquí, como en el caso anterior, cambian, obviamente, las categorías y se añaden algunos elementos significativos.

6. Normas sobre remuneración.

En cuanto a la remuneración, la Ley 13.130, además de fijar salarios:

- a) Establece un criterio de equivalencia entre la alimentación en especie o el pago de una suma de dinero.
- b) Se determina el mismo sueldo, a igual trabajo, para los menores de 18 años (a. 3).
- c) Las tareas en horario nocturno (22 a 5 horas) tienen remuneración extra del 20 por ciento sobre el salario fijado por el P.E.
- d) El patrón debe prever a sus empleados de botas de goma y encerado con sombrero, a quienes trabajan en la intemperie y a los de adentro, delantal impermeable, botas de goma y gorra (a. 5).

7. Comisión Honoraria y Salud.

Se creó (Ley 13.130) una Comisión Honoraria

(3 delegados patronales; 3 obreros y 1 del I.N. del Trabajo) para controlar el cumplimiento de la ley y procurar la solución de todo conflicto que se suscite (a. 61).

Además los trabajadores deben tener carné de salud (a. 8).

Se aplica como en el caso anterior los arts. 31 y 34 Ley 10449 de 12-XI-1943 (a. 9).

8. Fijación por el P.E.

La Ley 13.389 modificó las retribuciones salariales y delegó en el P.E. la fijación de los aumentos en el futuro, antes del 1/I de cada año (a. 2).

9. Se declara que el beneficio de la **licencia anual** establecida por la Ley 12.590 de 23-XII-1953, deberá calcularse en base al sueldo mensual **incluyendo la compensación por alimentación** (a. 5).

10. Comparación con el ETR.

En resumen, hay coincidencia con el ETR, con estas diferencias:

- a) Posibilidad de pagar la alimentación en dinero.
- b) Remuneración especial por trabajo nocturno. (20 por ciento).
- c) Entrega de traje especial para las actividades.
- d) En materia sanitaria, se exige, el carné de salud y además se faculta a los trabajadores a negarse a trabajos con animales no eficientemente vacunados contra la brucereosis (Ley 13.130 a. 7)

III) GRANJAS, QUINTAS Y JARDINES.

11. Comparación con el ETR.

La Ley 13426 de 2-XII-1965 estableció categorías y remuneraciones (a. 55) y facultó al P.E. para establecerlas anualmente (art. 58).

Las modificaciones con respecto al ETR son las siguientes:

a) Jornada máxima de 8 horas para los trabajadores de granjas, quintas, jardines, videdos, criadores de aves, suinos y conejos, apiarios y de establecimientos productores, en general de verduras, legumbres, tubérculos, frutas y flores. Si se excede de 8 horas, se considera hora extra, liquidándose el jornal de acuerdo al exceso de horario realizado (a. 59).

b) Si tiene familia, puede optar por la alimentación o un salario mejor, equivalente (a.57).

12. Actividades rurales en zonas no-rurales.

El art. 59 tiene una nueva disposición: "(quinteros y jardineros calificación). Los quinteros y jardineros que presten sus servicios dentro de las **zonas urbanas, suburbanas y balnearias**, serán considerados **empleados rurales dependientes** a los efectos de las aportaciones, siempre que exista una vinculación laboral habitual con un solo empleador (inc. 1). En los demás casos, serán considerados empresarios de tareas rurales, a los efectos de las aportaciones".

Es interesante señalar que se rompe (adecuadamente) con el criterio espacial (zona rural) ateniéndose solamente a la naturaleza de las tareas desempeñadas.

IV) ARROZ.

13. Salario mínimo.

La Ley 9.991 de 20-XII-1940 establece disposiciones especiales para los trabajadores en las arroceras; la denominación de la Ley es "establecimientos que producen arroz".

El salario mínimo es fijado por ley (a. 10) como en todas las leyes de esa época de estabilidad monetaria.

14. Prestaciones no-dinerarias.

En cuanto a las prestaciones no pagaderas en dinero, se establece:

a) Habitación.

Las viviendas pueden ser individuales o colectivas, pero se establece una serie de delimitaciones para asegurar su condición higiénica; en cada habitación no más de 8 personas; cubaje no menos de 17 m.c.c., por persona; no menos de 1.m.c. las ventanas; las viviendas serán "bien aireadas e iluminadas", tendrán techo de teja, zinc, o paja quinchada, paredes de ladrillos o terrón, con revoque blanqueado, tablas ensambladas y cepilladas o pintadas interiormente, piso de maderas, mosaico o cualquier otro material que pueda soportar lavados de higienización" (art. 2 inc. 5).

Deberá existir un pabellón de baños, duchas de aguas calientes y frías, con secciones separadas de hombres y mujeres. W.C. y lavaderos (a. 3). El M. Salud Pública supervisará la higiene de las viviendas (a. 4), la autoridad competente clausurará las viviendas que no reúnan las condiciones de la Ley (a. 2 in fine).

b) Transporte gratuito de la empresa, si debe recorrer destinos superiores a 1.500 m, tanto para

ir como para volver al trabajo; todo dentro del establecimiento; la empresa determinará los lugares de concentración (a. 6).

c) Transporte a enfermos (obreros o familiares), "hasta el lugar donde exista medios económicos de locomoción pública" (a. 11).

d) Botiquín de primeros auxilios (art. 7 inc. 1), y servicio médico que debe visitar una vez por semana al establecimiento, "debiendo residir en el mismo un practicante o enfermero" (a. 7 inc. 2).

e) Los obreros que trabajan en terreno fangoso y cultivos anegados deben usar botas de goma o de cuero impermeable de uso individual suministrado por la empresa en calidad de préstamo (a. 9).

f) Lugares de pastoreo para los animales lecheros el personal (a.12).

g) Si la población lo exige, se establecerá una escuela en cada arrocera, pero los gastos son de cargo del Estado (a. 15).

15. Horario de trabajo.

"Será de 8 horas, dividido en 2 jornadas de 4 horas debiendo mediar entre ellas, por lo menos . . . una hora" (a. 8).

16. Sanciones.

Las sanciones son pecuniarias, pero "la 3a. infracción aparejará la clausura del establecimiento, que no podrá ser reabierto hasta que no se haya cumplido con la ley" (a. 16 inc. 3).

17. Comparación con el ETR.

Como puede advertirse, si bien la orientación general es coincidente con el ETR, las diferencias básicas son:

- a) En cuanto al horario, que es de 8 horas.
- b) Con relación a las prestaciones no pecuniarias: 1) transporte gratuito dentro del establecimiento para el lugar de trabajo; 2) suministro de botas impermeables; 3) pastoreo para animales lecheros; 4) servicio médico en el establecimiento.

18. Proveeduría.

Es libre la entrada de los proveedores al establecimiento durante el día hasta el lugar de viviendas (a. 1).

19. Desalojo.

"El término de **desalojo** para los obreros permanentes que ocupan viviendas con familia, será de 60 días" (a. 13).

El ETR derogó las disposiciones que el anterior tenía sobre desalojo en las condiciones del cit.

art. 13 y el Decreto Reglamentario dispone que la fuerza pública hará efectivo el retiro del mismo del establecimiento, —en caso de **despido**—.

Punto cuya legalidad puede discutirse y que, en todo caso, solo abarca las situaciones de **despido** pero no las otras causas de cese.

V) BOSQUES, MONTES Y TURBERAS.

20. Asimilación a normas generales.

La Ley 10.471 "Bosques, montes y turberas. Se extienden beneficios a los trabajadores y se dan normas protectoras complementarias" de 3-III-1944, extiende a los trabajadores de tales explotaciones las normas generales de las Leyes 5.380 de 7-XI-1915; el art. 40, Ley 7.550 de 15-II-1923 y la Ley de Consejos de Salarios de 12-XI-1943.

Vale decir, que incluye a estos trabajadores, en las normas generales de protección al trabajo.

21. Prestaciones complementarias y proveeduría.

Se añaden, además, diferentes normas, complementarias y coincidentes en general con el ETR:

- a) En caso de despido o cese, los pagos deben realizarse en el establecimiento dentro de 48 horas (a. 20).
- b) Prestaciones complementarias:
 - Viviendas adecuadas (a. 3).
 - Botiquín (a. 4 inc. 2).
 - Transporte de los enfermos y a los despedidos sin causa justificada (a. 5).
- c) Facilidades para la entrada de los proveedores al establecimiento y prohibido el expendio en el mismo de bebidas alcohólicas, los precios se fijan por Subsistencias (a. 7).

VI) PROYECTO DE LEY (Mensaje 82/79 de 20-VII-1979 publicado en el Diario Oficial de 13-VIII-1979) SUSTITUTIVO DE LAS LEYES ESPECIALES.

22. Alcance.

El referido Proyecto de Ley se inscribe en la orientación del ETR, pero mantiene la vigencia del 1er. grupo de leyes citadas (esquila, tambos, granjas, etc.) y deroga las relativas a establecimientos **arroceros** y de **bosques**, montes (es la denominación autóctona para bosque, es un pleonismo) y turberas, que sustituye abarcando igualmente los

de algodón, caña de azúcar y tabaco y facultado al P.E. para extenderlo a otras explotaciones.

En lo no previsto por este Proyecto, regirán el ETR; se derogan expresamente las dos primeras leyes.

23. Fijación periódica del salario por el P.E.

El Proyecto confiere al Poder Ejecutivo (como las leyes ya vigentes), las facultades de fijar periódicamente los salarios mínimos a regir "para los trabajadores subordinados", denominación que equivale a "dependientes".

24. Distinción entre las actividades agrarias.

Queda claro en este Proyecto, la orientación en el sentido de que se trata de actividades que deben considerarse por separado, de manera diferente que el resto de las actividades agrarias. En el caso de las turberas nos encontramos en el límite del D. Agrario, por cuanto, además de las tareas específicas (corte y acondicionamiento de la leña) se realiza una transformación de la misma (turba); el criterio de que lo accesorio siga la suerte de lo principal, permite, en mi concepto concluir en el sentido de la vigencia preponderante de las normas agrarias al respecto.

25. Ley 9.991 (arroceras) y Proyecto.

Comparando el Proyecto con la Ley 9.991 (arroceras) se advierte lo siguiente:

A) Disposiciones que se mantienen:

1) Horario de trabajo (8 hs. divididas en 2 lapsos de 4 horas cada uno, con descanso de 1 hora) (L. art. 8, p.a. 13).

2) Libertad de ingreso de los proveedores a los establecimientos y, prohibición de expendir bebidas alcohólicas, (L.a.1; P.a. 12).

B) Disposiciones que se mantienen pero modificadas en aspectos sustanciales.

3) La fijación del salario mínimo, pero en vez de la Ley (L.a.10) es el Poder Ejecutivo que, periódicamente debe establecerlo (P.a.1).

4) Préstamo de elementos; en la ley, botas impermeables (L.a.9); en el Proyecto, herramientas y elementos y vestimenta de protección (P.a. 15).

5) Transporte gratuito. La ley lo establece "exclusivamente dentro de los límites del establecimiento" (a. 6 inc. 3), en tanto el Proyecto no establece distingos (P.a. 7).

C) Disposiciones que se suprimen y quedarán sustituidas por las del ETR general;

6) Habitación (L.a. 2, 3, 4, 5; ETR arts. 5 y 8).

7) Botiquín (L.a. 7; ETR a. 9 inc. 2).

8) Pastoreo de animales de los empleados; obligatorio en la Ley (a. 12); facultativo en el ETR.

9) Desalojo con plazo de 60 días en la Ley (a. 13); no se prevé en el ETR (¿desalojo precario o uso de la fuerza pública, como lo establece el Reglamento del ETR?).

10) Servicio médico en el establecimiento, en la Ley (a. 7 inc. 2); en el Proyecto sólo médico de certificación (a. 9); ETR facilitar la asistencia médica (a. 9 inc. 1).

26) Ley 10.471 (bosques, montes y turberas) y Proyecto.

A) Disposiciones que se mantienen:

1) En caso de despido o cese, los pagos pertinentes se realizarán en el lugar de trabajo dentro de las 48 horas (L.a. 2; P.a. 10).

2) Seguro contra accidente de trabajo y enfermedades profesionales, obligatorio (L.a. 4; P.a. 8).

3) Trabajadores menores de 18 años; autorización del C. del Niño (L.a. 6; P.a. 11).

4) Entrada libre de proveedores; prohibición de expendir bebidas alcohólicas (L. 7; P.a. 12).

B) Disposiciones en parte sustituidas.

La Ley extiende el régimen general de la actividad privada a los obreros de bosques, montes y turberas (No. 350 de 17-XI-1915); (7550 de 15-II-1923 art. 4; Ley de Consejo de Salarios de 12-XI-1943).

El proyecto incluye también a estos obreros en la actividad rural, aunque con Reglamentación especial, incluso en cuanto a la fijación de los salarios por el P.E. (a. 1 y siguientes). Se mantiene la obligación del transporte en caso de enfermedad o despido sin causa justificada (L. a. 5; P.a. 8; ETR a. 9).

27. Facultad del P.E. de extender la Ley a otras actividades.

El art. 17 dispone: "Se faculta al P.E. para integrar otras actividades agrícolas al régimen de la presente Ley".

Estimamos que esta norma es inadecuada, porque, tratándose de limitaciones y de reglamentación de derechos individuales al trabajo, tanto de los dependientes como de los empresarios, lo lógi-

co es que sea la Ley, en cada oportunidad, la que lo establezca. Lo cual da, además, posibilidad de examinar más a fondo, cada situación.

Esto se refuerza por el hecho de que se trata de un régimen especial, dentro del régimen general del ETR.

28. Salario mínimo.

a) El salario mínimo es fijado periódicamente por el P.E. solución que en este momento es la general para toda la actividad laboral; desde hace algunos años, para el trabajo rural (a. 10).

b) Los pagos en especie (habitación, alimentación) se rigen por el ETR (a. 16).

29. Horas Extras.

Se establece el sistema, que tiende a ser general, de que las horas trabajadas más allá de 8 se remunerarán con un 50 por ciento de recargo sobre el sueldo o salario si es en días hábiles y del 100 por ciento si es en feriados (a. 14).

30. Feriados pagos.

Se extiende a estos trabajadores las soluciones vigentes sobre el pago de determinados feriados y el sistema para el caso de destajistas y accidentados (a. 3, 4 y 5).

31. Trabajador a la orden.

Esta disposición corresponde subrayarla, porque contempla la situación de trabajador a la orden de la empresa que no puede trabajar "por causas que no le fueren imputables" (a. 2), a quien, en tal caso, se le debe abonar el salario.

También esta es una solución que tiende a generalizarse en nuestro Derecho, con lo que se asimilan cada vez más los trabajadores a jornal diario u horario, con los trabajadores mensuales.

32. Otras prestaciones.

a) La empresa debe proporcionar, en calidad de préstamo "herramientas y prendas de vestimenta de protección necesaria para el tipo de tareas a desempeñar" (a. 15).

b) También debe proporcionar transporte, cuando el trabajador debe recorrer una distancia superior a 1.500 mts. hasta el lugar del trabajo y para volver del mismo, estableciendo lugares de concentración (a. 7).

No se dice, como en las leyes anteriores, que sólo regirá cuando el personal habite en el establecimiento, por lo cual debe entenderse que rige en todos los casos, pero que para todos también la

empresa podrá fijar los lugares de concentración del personal para su transporte.

33. Licencia, aguinaldo, salario vacacional.

a) En este punto, rigen las soluciones comunes, que son las previstas por el ETR.

b) Se establece sólo una variante; la facultad al P.E. de determinar un porcentaje en que se incrementen los salarios de zafrales o eventuales, forma de pago (parcial o sucesivo) de "licencias, salario vacacional y aguinaldo", un modo de asegurar —ya que se paga simultáneamente con el salario—, el goce de dichos beneficios para tales trabajadores (a. 6).

34. Horario de 8 horas.

Se extiende lo que rige para arroceras y bosques y turbera; —a las plantaciones de caña, algodón, caña de azúcar y tabaco—.

35. Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Se ratifica el régimen general, que también existe para el trabajo rural general (a. 8); lo propio se diga en cuanto al transporte, solución vigente en el ETR (a. 9).

36. Enfermedades no-profesionales.

Se reglamenta este punto, que no estaba en las leyes anteriores, estableciendo: a) indemnización por enfermedad; b) régimen de certificación médica (a. 9).

37. Régimen del Código del Niño.

Con relación a los menores de 18 años se ratifican las soluciones vigentes del Código del Niño.

38. Despido. Remisión al régimen vigente.

Se ratifica el régimen actual, agregándose que los pagos deberán efectuarse dentro de las 48 horas.

39. Proveeduría. Extensión del régimen actual.

Se extiende a todos los casos, el régimen de libre ingreso de proveedores y prohibición de expendir bebidas alcohólicas. (a. 12).

VII) LEYES ESPECIALES Y ETR: CONCLUSIÓN.

40. Uniformidad y variedad.

Puede decirse que, en términos generales, la

orientación del ETR se mantiene a lo largo de las leyes especiales y del Proyecto comentado.

Tal vez una orientación de futuro que pudiera auspiciarse sería la unificación de todas las leyes en un solo texto, estableciendo, en un capítulo separado, las modificaciones.

Fundamentalmente: actividades amparadas por el horario de 8 horas; pago de extras por hora-

rio nocturno; transporte gratuito dentro del establecimiento.

También sería ausplicable unificar los procedimientos para el retiro del establecimiento, si en el caso del trabajador con familia —estimamos habría de ser el de desalojo con término de 30 días (ocupante precario según la Ley 14.384 de 16-VI-1975 art. 11)—.

* * *

Sección IV.

RESEÑAS BIBLIOGRAFICAS

BOBBIO, Norberto: **Contribución a la Teoría del Derecho**, Edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, Fernando Torres-Editor, Valencia (España), 1980, 404 p., 23 x 16 cm.

No veo manera mejor de destacar el "espíritu" que recorre los ensayos recogidos en este volumen, que remitirme a palabras con que aquí nos los presenta su propio autor: "...la mayor preferencia dada por mí a los ensayos breves sobre las obras monográficas depende de la prevalencia en mi trabajo del análisis crítico sobre el espíritu de sistema" (p. 9). "Comencé pronto a ocuparme de temas circunscritos y concretos respecto a los cuales perdía todo significado la disputa acerca de la excelencia del positivismo sobre el idealismo, del neokantismo sobre el idealismo y así sucesivamente" (p. 10). "...yo he estudiado algunos temas y otros no. He estudiado los que a mí me han parecido en cada ocasión interesantes, y me han parecido interesantes los que presentaban, al menos para mí, lados oscuros o partes incompletas (...). Cae de su peso que quien prefiere el paciente trabajo del análisis a la construcción de las grandes síntesis se mueve en pequeños espacios. . ." (p. 11).

Ese carácter de anti-sistema, si así puede llamarse, hace que Bobbio, por más que no sea incorrecto ubicarlo dentro del gran marco de la contemporánea filosofía analítica en general, prefiera manifestar su reticencia a ese encuadramiento (y a cualquier otro): "Del neo-positivismo he sacado el gusto por el rigor conceptual, de la filosofía analítica he aprendido cuán grande es la importancia de las cuestiones de palabras, especialmente en el procedimiento intelectual propio de los juristas que es la interpretación. Por lo demás, por la misma razón por la que no me he identificado con ningún 'ismo' dominante en la filosofía ita-

liana (después del idealismo fue la vez del existencialismo y del marxismo), no me he considerado nunca un neo-positivista ni tampoco un filósofo analítico en el sentido estricto de la palabra" (p. 11).

Sea como sea, lo que llama la atención en los trabajos que tenemos por delante es esa "mirada" con que el autor logra *penetrar* hacia el centro mismo de cada tema que encara, su perspicacia para detectar y clarificar el *quid* de los problemas (y de los pseudoproblemas). Claro que sus puntos de vista, tanto en lo metodológico como también en lo relativo a las respuestas mismas que ha dado a esos asuntos, no han permanecido invariables a lo largo del cuarto de siglo (1950-1975) que abarcan los trabajos aquí recopilados. El excelente estudio preliminar del recopilador y traductor de este libro, el profesor español Alfonso Ruiz Miguel, pone al lector en antecedentes, de manera detallada, con respecto a esa evolución, y a la vez traza un panorama muy bien informado sobre la evolución del positivismo jurídico italiano en general desde 1945 a la fecha. Pero cualquiera de esos trabajos, aun aquellos que actualmente Bobbio no suscribiría en todos sus extremos, siguen estando llenos de observaciones que conservan alto interés.

La publicación recoge dieciocho estudios, distribuidos entre siete secciones. En la primera parte del libro, denominada Estudios de Metodología Jurídica, están las secciones que llevan por título: Sobre la filosofía del Derecho; La teoría del Derecho, entre ideología y sociología; La ciencia del Derecho y el papel del jurista; Metodología estruc-

tural y metodología funcional. La segunda parte, Estudios de Teoría del Derecho, presenta las secciones: Sobre la norma jurídica; Sobre el ordenamiento jurídico; Hacia una teoría funcional del Derecho. El esmero del traductor asegura una versión castellana que reproduce con fidelidad el pensamiento bobbiano.

Estando, como estamos, ante uno de los pensadores más agudos e internacionalmente recono-

cidos de la reflexión contemporánea sobre el derecho, sería superfluo que, por mi parte, lo hiciera objeto de recomendaciones. Basta con señalar, para los potenciales lectores, que aquí estamos ante una muestra lo suficientemente representativa de las ideas del autor. Y no es cosa desdeñable, por cierto, que tengamos al fin la fortuna de poder disponer de ello en nuestra lengua.

E. P. Haba.

* * *

BAUDRIT, Diego. Teoría General del Contrato, Editorial Juricentro, San José, 1982.

Con gran complacencia informamos al lector sobre la existencia de este excelente trabajo del Dr. Diego Baudrit Carrillo, profesor en la Facultad de Derecho de Universidad de Costa Rica, Asesor parlamentario y Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la misma Universidad.

Puede decirse que el trabajo del Dr. Baudrit cumple sus objetivos al constituir una exposición ordenada de los fundamentos de la teoría general del contrato en el derecho costarricense.

En su primer capítulo delimita el concepto de contrato y su eficacia y ofrece algunas clasificaciones, aclarando la diferencia de sentido cuando las expresiones "unilateral" y "bilateral" se aplican a los negocios jurídicos en general o a los contratos en particular. Se refiere luego en el capítulo segundo a la formación del contrato, dando especial énfasis a la contratación entre ausentes y a la responsabilidad precontractual.

Al examinar la eficacia en el título segundo acoge la tesis del contrato como programación de intereses. Explica ahí el autor el carácter que tiene el contrato como fuente de obligaciones, fuerza obligatoria que se manifiesta en la obligación de ejecución, la irrevocabilidad del contrato y la buena fe en la fase de actuación de la relación obligatoria como principio general que se manifiesta en los deberes concretos de lealtad y cooperación (si bien otros autores agregan deberes adicionales, como el de evitar daños, el de comunicación e información, la verdad es que estos pueden englobarse dentro de las dos categorías que establece el profesor Baudrit). Pasa finalmente al comentario del tema de la garantía.

El capítulo segundo del título segundo está dedicado a los efectos del contrato respecto de terceros (causahabientes, acreedores quirografarios y terceros sobre los cuales se pueden producir efectos reflejos). Este capítulo enfoca también la promesa del hecho de un tercero y la estipulación a favor de un tercero.

El título tercero de la obra del profesor Baudrit está dedicado a la ejecución; ahí trata el tema del incumplimiento y la resolución, así como otras consecuencias. También aquí se refiere al tema de la interpretación y de la revisión del contrato.

No hay duda de que este valioso trabajo del Dr. Baudrit Carrillo contribuirá enormemente en la formación civilista de muchos jóvenes. Por estar dirigida fundamentalmente a estudiantes de Derecho la obra logra algo realmente escaso en la producción jurídica: una síntesis de profundidad y claridad, técnica jurídica y sencillez. Aquí está a mi juicio uno de sus mayores méritos.

Constituye igualmente este libro una premisa científica necesaria para el paso posterior al estudio de los contratos específicos del Derecho Privado que realmente hacía falta en nuestro medio. Constituye a mi parecer material de obligado estudio de ahora en adelante para todo aquel que pretenda adentrarse en el estudio de la contratación privada.

Muy estimulante ha sido para la ciencia jurídica nacional el apoyo de Juricentro, editorial que ha tenido el atino de reproducir la encomiable Teoría General del Contrato del profesor Baudrit.

Víctor Pérez Vargas.