

REV 156142

Revista de Ciencias Jurídicas
Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Colegio de Abogados
No. 75 - Cuatrimestral
mayo - agosto - 1993 - 160 págs.

I Derecho - Revistas

Sistema de Bibliotecas - UCR



REV 156142

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

4 DIAS
ANOTADO 05 OCT. 1994

Hecho el depósito de Ley.

Impreso en Costa Rica.

Dirección: Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica.
San José (Costa Rica) América Central

(c) Colegio de Abogados.
Universidad de Costa Rica (Facultad de Derecho - Editorial
Universitaria).
ISSN

0034-7787

CONSEJO ASESOR:

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Dr. Francisco Morera Alfaro
Dr. Roberto Iglesias Mora

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo (Decana)
Dr. Víctor Pérez Vargas
Dr. Rodrigo Barahona Israel

CIENCIAS JURIDICAS

75
(1993-1993)



Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS

75

(1963-1993)

30 años

SAN JOSE, COSTA RICA
1993
MAYO-AGOSTO

JUNTA DIRECTIVA DEL
COLEGIO DE ABOGADOS

1994

Presidente:

Dr. Francisco Morera Alfaro

Vicepresidente:

Dr. Roberto Iglesias Mora

Secretario:

Lic. Francisco Dall Anese Ruiz

Prosecretario:

Lic. Federico Sáenz de Mendiola

Fiscal:

Licda. Carmen Aguilar Mora

Tesorero:

Lic. Benjamín Odio Chan

Vocal 1:

Lic. Alvaro Dengo Solera

Vocal 2:

Lic. Mariano Núñez Olivares

Vocal 3:

Lic. Rolando Chacón Murillo

Vocal 4:

Lic. Gerardo Mora Salas

Vocal 5:

Lic. Carlos Alvarado Hernández

AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Rector:

Dr. Luis Garita Bonilla

Directora Consejo Universitario:

Dra. Alicia Gurdían Fernández

Vice-Rectora de Docencia

Dra. Yolanda Rojas Rodríguez

Vice-Rector de Investigación

Dr. Jorge Gutiérrez Gutiérrez

Vice-Rectora de Acción Social:

Máster Ana Teresa Álvarez Hernández

Vice-Rector de Vida Estudiantil

Dr. Carlos Alfaro Lara

Vice-Rector de Administración

Máster Carlos Serrano Rodríguez

Decana Facultad de Derecho:

Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo

Vice-Decano Facultad de Derecho

Dr. Luis Baudrit Carrillo

Directora Instituto de Investigaciones Jurídicas:

Dra. Ligia Roxana Sánchez Boza

Decano Sistema de Estudios de Posgrado:

Dra. Yamileth González García

Coordinador de la Comisión Editorial:

Ing. Mario Murillo Rodríguez

PRESENTACION

En este número 75, y 30 años de la revista, se editan ensayos de Derecho Comercial, Laboral, Constitucional, Económico y Teoría General.

El director y editor

**BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA**

CONSIDERACIONES EN TORNO AL TEMA DE ESTRUCTURACION DE LA MATERIA DE AUXILIARES DEL COMERCIANTE^(*)

Dr. Fernando Mora Rojas
Profesor de Derecho Comercial
Universidad de Costa Rica

^(*) Artículo publicado en *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, Vol. II, Diritto commerciale e del lavoro, Giuffrè editore, Milano, ps. 569 a 625, 1972.

NO. 10-1958

CONSIDERACIONES EN TORNO AL TEMA
DE ESTRUCTURACION DE LA MATERIA
DE AUXILIARES DEL COMERCIANTE

Dr. Fernando Bonafante
Profesor de Derecho Comercial
Universidad de Costa Rica

I.

LOS AUXILIARES EN LA LEGISLACION
Y LA DOCTRINA EUROPEAS^(*)

INTRODUCCION

La historia del nacimiento del derecho comercial, según los cánones que actualmente conocemos, se une estrechamente con las instituciones que, a la caída del imperio romano de occidente, empezaron a aflorar en aquella parte del imperio.

Algunas de tales instituciones encontraban sus raíces en antecedentes que, aunque con contenido diverso en algunos aspectos, ya se habían producido en el mundo romano.⁽¹⁾

Y entre esas instituciones, papel importantísimo juegan las "corporaciones de maestros, compañeros y aprendices" porque, íntimamente relacionadas con su crecimiento e independización, se desarrollaban los dos fenómenos que, esencialmente, permitieron la aparición de una regulación de la conducta humana dirigida, no ya a la generalidad de los individuos sometidos a una ley territorial determinada, sino a un sector privilegiado dentro de un grupo territorial definido. Esos dos fenómenos fueron los "estatutos" de dichas

(*) Esta publicación forma parte de una obra monográfica que el autor piensa publicar en el futuro y que recogerá otros estudios ya publicados por él sobre auxiliares.

(1) PIETRO BONFANTE, *Storia del Commercio*, Ed. Rodrigo, Roma, 1938, p. primera, pág. 150: "Capítulo XIX: La caída del mundo romano y el final del evo antiguo... También la población libre de los campos desciende a la condición semiservil del colonato, especie de servidumbre de la gleba de oscuro origen, mientras los humildes artesanos de la ciudad continúan uniéndose en colegios y corporaciones, que admiten aún esclavos, y no dictan estatutos, no imponen métodos de trabajo, no fijan precios ni mercedes, como las corporaciones medioevales, pero proveen a la tutela, al culto, a la tumba de los propios miembros y se procuran patronos influyentes y ricos, senadores decuriones, nobles y acaudaladas matronas. Algunas importantes corporaciones, como la de los agentes de cambio (argentarii) gozan de la protección imperial".

corporaciones y la existencia de los así llamados “cónsules”, con poderes en un principio administrativos y disciplinarios.

La corporación de mercaderes, entre otras cosas, se fortaleció por el hecho simple de llegar a ser económicamente de las más fuertes e intervino en la política, que las ciudades entonces desarrollaban con el fin de alcanzar a su vez la independencia, por una parte del poder feudal de los condes y por otra, del poder imperial.⁽²⁾ Y en este doble juego de negocios y política, frente a un derecho heredado del mundo romano (impregnado de germanismo y canonismo), pero carente ahora de la flexibilidad que el pretor le había dado a aquél, creo por el simple uso un nuevo derecho que tomaba en cuenta, esencialmente, el carácter profesional, personal-mercantil de los sujetos cuya conducta regulaba.⁽³⁾ Y dentro de este mismo proceso, el cónsul administrador, disciplinador adquirió caracteres jurisdiccionales cada vez más definidos, en la aplicación misma de tales usos, aplicación a “sine strepitu et figura iudicii”, vale decir, sin formalismos mayores.

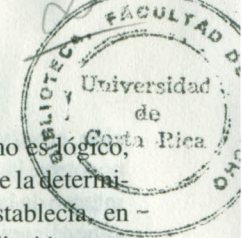
Las costumbres comerciales se consolidaban por su repetido uso y aplicación en los conflictos surgidos entre los miembros de las “curiae mercatorum” y las instituciones de derecho comercial, impuestas por la masividad y rapidez de las transacciones mismas, adquirirían confines a “subjetivos” siempre más notorios y definidos.

Nació así una regulación de la conducta de “comerciantes” aplicada por “comerciantes”: era el estatuto personal del comerciante que estampaba una clara huella a toda su conducta la que, por ser la suya, era “comercial” o se “presumía comercial”, siempre que la materia o contenido de dicha conducta también lo fuera o cuando la causa fuese comercial. Resulta difícil afirmar que el sistema era absolutamente “subjetivo”, primero porque la jurisdicción comercial de los cónsules era aplicable entre comerciantes, “mercaturae causam”, o sea que los conflictos nacidos “extra negotium mercaturae”, aunque lo fueran entre comerciantes, no caían bajo el poder jurisdiccional —de los cónsules; y

- (2) LEWINGOLDSCHMIDT, *Storia Universale del Diritto Commerciale*, U.T.E.T., Torino, 1913, III, pág. 12 y ss. especialmente pág. 79 y ss. y particularmente pág. 117 y ss.; Ya hacia finales del siglo XI la población de pequeños industriales y obreros, en sus corporaciones, comienza a organizarse también políticamente, y forma, ora sola, ora unida con la alta burguesía contra la nobleza, un Estado particular, con consejo de ancianos, y hasta con un jefe especial (capitano del popolo), ó bien obtiene en el “comune” la participación en el poder” (pág. 126).
- (3) Es la dicotomía de que habla ASCARELLI, con “...una profunda función conciliadora de la rigidez (por otra parte certeza) del derecho con su perenne exigencia de elasticidad y adecuación”, *Corso di Diritto Commerciale*, Giuffrè, Milano, 1962, pág. 2.

REV 156142
ANOTADO A OCT. 1994

(MAY/A50)
1993



segundo, porque para aplicar la regla anterior— previamente, como es lógico, debía existir, objetivamente considerada, la naturaleza comercial de la determinada conducta que se pretendía juzgar. Tal consideración se establecía en mayor ó menor grado, por la actividad especulativa ó de intermediación y por cualquier otra actividad conexas o auxiliar a ellas.

Así, la materia relacionada con la prestación de trabajo a un comerciante, fue considerada mercantil y regulada por los estatutos mercantiles precisamente por que la comercialidad de la actividad del maestro alargaba su manto hasta comprenderla y teñirla de su propia naturaleza.

Con tal naturaleza comercialmente subjetiva, fue regulada por los estatutos comerciales, indiferenciadamente, toda prestación de mano de obra a un comerciante, en relación con su actividad comercial... Indiferenciadamente porque al lado del dependiente o del factor se legislabo acerca del “aprendiz” y del “compañero”, o sobre el “mozo” y el mandato del institor o factor y sus modificaciones o revocación.⁽⁴⁾ Fenómeno éste, de aglutinación, impuesto por la naturaleza subjetiva del sistema que sellaba con su marca mercantil toda actividad conexas o auxiliar a aquella principal de especulación en el mercado.

Es en esta época del crecimiento del derecho comercial que se empiezan a delinear en las actividades de los “auxiliares” del mercader o comerciante los dos aspectos que el fenómeno mismo impone, uno interno y otro externo. Pero no hablamos aquí de elementos interno y externo en el mismo sentido en que lo hace Mossa quien, al referirse al primero se está refiriendo a las figuras causales que se dan entre principal y auxiliar (mandato, contrato de trabajo, participa-

- (4) A. LATTES, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*, Ed. Milano, 1882-83: explica Lattes como, a pesar de la gran cantidad de sucursales y factorías o agencias extranjeras, que los comerciantes habían establecido, los estatutos dan sobre los auxiliares “escasas y poco precisas noticias”, atribuyendo el autor este fenómeno al mayormente difundido de constituir a los auxiliares en socios corresponsables, en vista de los grandes riesgos del comercio entonces. Influirían también los lentos y deficientes medios de comunicación y por ende, de control (pág. 101, párrafo 10, “... Los auxiliares del comerciante”). Ver también págs. 102 y 103 y GOLDSCHMIDT, op. cit., pags. 194 a 198, con una amplia bibliografía sobre el tema. De esta regulación indiferenciada de todos los elementos personales del trabajo no se sustraerá el derecho francés del consulado y los autores se ocuparán conjuntamente de las “convenciones para el adiestramiento de los aprendices junto con los dependientes, los agentes, la procura, la comisión”: PARDESSUS, *Corso di Diritto Commerciale*, trad. italiana por el abogado Francesco Galiani, Stabilimento Tipográfico, Napoli, 1857.

ción, etc.), y al referirse al segundo, se está refiriendo a la representación.⁽⁵⁾ Para nosotros la terminología interno, externo, tiene otro contenido: el elemento interno de la relación principal-auxiliar hace referencia a los nexos de fidelidad, subordinación en su caso, buena fe, sujeción a las instrucciones recibidas; el elemento externo habla de negocios jurídicos varios como la locación de obra, la gestoría, la representación directa o indirecta, el mandato, la procura.

En aquella época de génesis el aspecto interno fue el importante, inducido por la naturaleza misma de los hechos y el derecho comercial era entonces un "derecho popular".⁽⁶⁾ Popular en cuanto derecho creado por la población comercial del mar y de la tierra firme: natural porque nacía de la "espontánea vida del tráfico" y no de las estructuras de poder.

Ese derecho nacido de la costumbre, clasista, profesional y autónomo, con su propio sistema jurisdiccional, se mantendrá hasta los finales del siglo XVIII. El liberalismo de la Revolución Francesa y el principio racionalista de la igualdad ante la ley, derriban los vestigios aún existentes del sistema económico-social del medioevo eliminando, entre otras instituciones, las corporaciones, que fueron disueltas en 1791. En adelante se entenderá que el bien público se alcanza solamente a través del libre juego de la oferta y la demanda individualmente consideradas. Y que el principio de la igualdad entre los hombres no permite ni actividades abiertas sólo a una clase, ni normas dictadas bajo consideraciones de grupo.

Pero la actividad comercial era un hecho; un hecho era la existencia de comerciantes. Y el mundo de los negocios urgía un conjunto de normas reguladoras de la conducta de sus sujetos. A esta necesidad respondió el Código de comercio francés de 1807.

Caídas las corporaciones, repudiado todo concepto de clase, desaparecidos los tribunales de comerciantes, forzoso es que la codificación del derecho comercial siga los criterios objetivos que ya habían orientado el Código Civil.⁽⁷⁾ Será el derecho de los actos objetivos de comercio, independientemente de los sujetos que los realicen. O, al menos, eso quiso ser el Código de Comercio francés de 1807. Pero así como el sistema medioeval corporativo no fue un sistema cien por ciento subjetivo, tampoco el Código de comercio francés lo fue

(5) Lorenzo MOSSA, *Trattato del Nuovo Diritto Commerciale*, Societa Editrice Libreria, Milano, 1942. Tomo I, pág. 484 y 6S.; *Diritto Commerciale*, Soc. Ed. Libreria, Milano, 1937, pág. 67 y ss., y traducción española de Felipe J. Tena, U.T.E. H.A., Buenos Aires, 1940, pág. 56 y ss.

(6) Lorenzo MOSSA, *Historia del Derecho Mercantil de los siglos XIX y XX*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, pág. 115 y ss.

(7) ASCARELLI, op. cit., pág. 48.

objetivo cien por ciento. Y no lo fue quizá no tanto por culpa del legislador, sino del fenómeno mismo del comercio que abarca instituciones de las más variadas, por las más variadas razones, instituciones que carecen de un eje esencial y común a todas ellas que permita, objetivamente, considerarlas comerciales.⁽⁸⁾

Sin embargo, al margen de estas discusiones⁽⁹⁾ (que no son el tema de nuestra presente labor), la difusión del así considerado "código de los actos objetivos de comercio", llevado por los campos de batalla de Europa a la par de los sables napoleónicos, operó interesantes orientaciones en la regulación de la materia correspondiente a los auxiliares del comerciante —o del comercio según una concepción objetiva— orientación que pretendemos desarrollar en las próximas páginas.

No solamente veremos el desarrollo histórico de los auxiliares en las legislaciones posteriores al Código francés de 1807, sino también la influencia que el sistema —según sea objetivo o subjetivo— ha tenido en su diversa regulación.

(8) Sin embargo, responsabilizando al legislador decía RIPERT, en la Introducción a la primera edición de su *Traité Elementaire*: "Este estudio es más difícil que el del derecho civil. No tiene apoyo de un Código: el Código de 1807, imperfecto desde su publicación, no es más que una colección de leyes de diversas épocas". (GEORGES RIPERT avec le concours de Paul DURAND et René ROBLOT, *Traité Elementaires de Droit Commercial*, 4ª ed., Ed. Pichon et Durand, Paris, 1959, VI). De la misma obra, comentado la concepción objetiva de Derecho comercial: "Si todos los actos jurídicos tuviesen una naturaleza determinada por su forma o por su objeto, la concepción objetiva tendría ciertamente un valor lógico; solamente se podría preguntar si con ello no se llega a suprimir el derecho comercial mismo. Pero existen muchos actos jurídicos y en especial los grandes contratos de uso corriente, venta, arrendamiento, deposito, mandato, transporte, que son utilizados tanto en la vida comercial como en la civil. Ni su forma, ni su objeto permiten caracterizarlos. Resulta necesario considerar con que fin se han realizado; es necesario, por ello, analizar la actividad económica de los contratantes llegándose así a decir que son comerciales porque son realizados porque son realizados por comerciantes". Prosigue Ripert su análisis para afirmar que si la exegesis ha querido ver en el código francés el sistema objetivo, métodos de interpretación jurídica más libres, permiten extraer del mismo Código un sistema subjetivo; y continúa con la afirmación natural del subjetivismo y una perifrásica recomendación de un sistema subjetivo que, en todo caso, él encuentra en el mismo *Código francés*.

(9) Son recomendables, por la clara y rápida exposición que ambos hacen, en las distintas tendencias, la obra citada de RIPERT, Tomo I, y *el Curso de Derecho Mercantil*, de Joaquín Garrigues, Ed. Aguirre, Madrid, 1969, I.

Asimismo veremos cómo, según el sistema evoluciona de un campo a otro, la doctrina, como es natural evoluciona, y también abre sus brazos o repudia, según el caso, la denominación misma de “auxiliares”. Por otra parte, aunque sin entrar en exhaustivo análisis de la doctrina de los autores, tendremos ocasión de contemplar, el paulatino avance de la estructuración, cada vez más perfecta sin duda, —especialmente en la doctrina italiana— del elemento externo.

Dedicaremos el mayor espacio a la legislación y doctrina italianas por cuanto son, la primera, una de las más prolíficas puesto que ha producido, en poco más de cien años, cuatro códigos y otros tantos proyectos importantísimos y que no alcanzaron la promulgación; y la segunda, el mejor reflejo, en consecuencia, del efecto doctrinario de una nueva legislación y viceversa. Francia también ocupará un espacio bastante amplio en cuanto nos permitirá ver hasta donde la doctrina, sobre la base de un mismo código durante siglo y medio, logra separarse de éste en vista de elementos internos connaturales al fenómeno y más fuertes que la legislación. España, que Códigos de comercio ha tenido solamente dos, —el segundo realizado deliberadamente con una orientación opuesta al primero, según la doctrina española— nos permitirá considerar cómo, un cambio de orientación, induce un cambio en nuestra materia. Alemania, aunque brevemente considerada, servirá para cerrar la demostración de la tesis principal que se sostiene a través de este desarrollo.

1. Legislación y doctrina italianas

a) *Los auxiliares en el Código de comercio albertino de 1842*

Hemos dicho que con las guerras napoleónicas, fueron introducidos en Italia los códigos franceses, incluso, naturalmente, el de comercio de 1807. A la caída del imperio napoleónico en este país, los códigos franceses fueron conservados en algunas de las antiguas regiones italianas. El Piemonte restableció las “viejas leyes y costumbres, pero pronto se sintió la necesidad de una reforma, realizada con el Código de comercio albertino de 1842, inspirado en el modelo francés”.⁽¹⁰⁾

Más adelante veremos como distribuye, en su obra, la materia, Parodi, un autor de la época.⁽¹¹⁾

(10) ASCARELLI, *op. cit.*, págs. 62-63.

(11) CESARE PARODI, *Lezioni di Diritto Commerciale*, Ed. Roma Lavagnino, Genova, 1854, I, págs. 10-11.

El Código de comercio Albertino seguía el modelo francés con extrema fidelidad enumerando, por ejemplo, los actos de comercio, no en el lugar preminente que les correspondía, como código de un sistema que quería ser objetivo y no clasista, sino a propósito de la competencia de los tribunales de comercio (arts 472, 473, 474), tribunales cuya existencia por sí sola, indicaba la debilidad del objetivismo en la estructura del Código.⁽¹²⁾

La materia que nos interesa se encontraba así distribuida en la obra de Parodi:

Libro I

Título I. *Del negociante...*

Título II. *De las personas a las cuales la ley prohíbe, absoluta o relativamente, la mercatura.*

Título III. *De las obligaciones y de los privilegios que la ley concede e impone indistintamente a todos los negociantes.*

Título IV. *De los mediadores.*

Título V. *De los dependientes de comercio, institores y consignatarios.*

Título VI. *De los vetores y comisionistas de transporte.*

Libro II.

Título IV. *Del mandato comercial.*

Sección 1ª. *Del mandato puro y simple, realizado a nombre del mandante.*

Sección 2ª. *Del mandato realizado en vía de comisión.*

A su vez, el título IV del libro I, “de los mediadores” se subdividía en cinco categorías: a) agentes y corredores (sensali) de cambio; b) mediadores de mercancías; c) aquellos de seguros marítimos; d) corredores (sensali de fletamento); y e) mediadores de transporte por tierra y por agua.

(12) A propósito de la enumeración de actos de comercio en los artículos 472, 473, 674, del Código de comercio albertino de 1842, ya Parodi afirmaba, inspirado en la abundante doctrina francesa (entonces la doctrina comercialista italiana se encontraba eclipsada y el autor cita casi sólo textos franceses), que tal enumeración no era taxativa y que los doctrinistas eludían la definición del acto de comercio objetivo, por la imposibilidad de encontrar 9U esencia, *op. cit.*, Tomo I, págs. 18 y 19; Tomo IV, págs. 306-307.

Parodi denomina las figuras de mediador, dependientes de comercio, institor, consignatario marítimo, porteador (o vector) y comisionista de transporte con la forma genérica de “intermediarios”⁽¹³⁾ dándoles una sistematización unitaria en su obra y un mayor énfasis al aspecto “auxiliar” de su labor, sin que aquél alcance a constituir la auxiliaridad en el elemento –digámoslo así–coagulante, el que por otra parte se condensa en la actividad “intermediativa”, por imperativo mismo de la regulación legislativa del texto del Código.

Por otra parte, tanto la distribución de la materia, como el mayor énfasis que se da a la “intermediación” –en detrimento del elemento personal de auxiliaridad– obedecen a los criterios objetivos del Código; como acabamos de reafirmarlo, la auxiliaridad es un dato subjetivo según el sistema que adelante veremos, mientras que la “intermediación” constituye un criterio objetivo: la auxiliaridad implica lo que antes llamamos “aspecto interno”; la intermediación, por lo contrario, implica un a elemento externo” .

En Parodi, el elemento externo lo representa la figura del mandato. Hace siempre hincapié el autor en el mandato que él encuentra generalmente a la base, por ejemplo, de los dependientes,⁽¹⁴⁾ del factor,⁽¹⁵⁾ del consignatario marítimo,⁽¹⁶⁾ y fundado en iguales criterios, la comisión –siguiendo siempre el modelo francés de 1807– se estudia (y regula en el Código) naturalmente tomando en consideración su aspecto externo, contractual, y siempre dentro de una sistematización bastante desarrollada de la figura general del mandato, que por otra parte no logran aún separarse netamente de la representación, la que continúa considerada como elemento esencial de aquél (mandato vero e proprio).⁽¹⁷⁾ Esta distribución de la materia unida al cuadro ya transcrito del autor, nos da una imagen de las ideas estructurales de Parodi en cuanto a nuestra materia en estudio: reconoce en una serie de figuras (mediadores, vetores y comisionistas de transporte) una naturaleza común, cual es la “prestación de su labor”, “de su trabajo” pero además, al hacer énfasis sobre el “más acelerado movimiento de la especulación operada por aquellos” (Ver nota 10) está afirmando un elemento no externo de su trabajo. En general, en esta forma misma hablarán los autores casi hasta finales del siglo pasado, sujetos al sistema de los actos objetivos de comercio.

(13) PARODI, *op. cit.*, Tomo I, pág. 68.

(14) PARODI, *op. cit.*, Tomo I, pág. 86.

(15) PARODI, *op. cit.*, Tomo I, pág. 89.

(16) PARODI, *op. cit.*, Tomo I, pág. 102 y Tomo II, págs. 306, 307.

(17) PARODI, *op. cit.*, Tomo II, pág. 301. “El mandato se confiere, y se ejercita en el comercio, de dos maneras distintas: algunas veces el mandatario, desempeñando el encargo recibido de un corresponsal suyo actúa en la calidad de *verdadero* mandatario, y contrata a nombre del mandante; más a menudo por motivos que

En todo caso, y al respecto, el estudio de Parodi campea de excelentes comentarios que si bien no alcanzan el nivel orgánico de la construcción actual, sí indican ya un desarrollo intenso de la legislación y la doctrina tendientes a perfeccionar el sistema del código y ahondar en la naturaleza de las instituciones jurídicas reguladas.

b) *Código de comercio de 1865*

El recién constituido Reino de Italia se impuso, entre sus labores, la unificación legislativa que abarcó el Código de Comercio, promulgado con la ley de 25 de junio de 1865.

El Código de comercio de 1865 seguía muy de cerca al Código albertino de 1842 y solamente incluía algunos aspectos nuevos, como por ejemplo el del Capítulo II del título II del libro I “De los agentes de cambio y sensales” que, por otra parte provenía de una ley de 8 de agosto de 1854.⁽¹⁸⁾

De importancia primordial resulta la innovación que representó el haber sistematizado los actos de comercio a la cabeza misma del Código, puesto que se seguía considerando al Derecho comercial como el derecho de los actos objetivos de comercio. Como antes lo dijimos, el Código de comercio francés del 1807 trataba la “esencia de su ser”, los actos objetivos de comercio, solamente a propósito de la competencia de los tribunales de comercio. El Código de comercio de 1865, en el artículo 2° enumeró 17 incisos sobre actos objetivos de comercio y en el artículo 3° tres casos más sobre actos que se “reputan” –vale decir “son” – actos de comercio, dice el texto.⁽¹⁹⁾

apuntaremos adelante, obra efectivamente en interés del mandante, contrata y estipula a nombre propio. En este último caso el mandato en el lenguaje mercantil se indica con el nombre de comisión...” , o sea que, para PARODI, el *verdadero* mandato es aquel munido de representación.

(18) MATTEO Galdi, *Il Codice di Commercio del Regno d'Italia*, Relación Ministerial, Vol. I, Part I, Ed. Regina, Napoli, 1888, pág. 12; BORSARI da como fecha de la ley el 8 de julio de 1854, *Codice di Commercio annotato dal Cavaliere Luigi Borsari*, U.T.E.T., Torino, 1868.

(19) El inciso 3° del art. 3° era una generalización, que indica, una vez más, uno de los problemas de la “enumeración” taxativa de los actos objetivos de comercio; decía el inciso que se reputan acto de comercio todos los realizados por un comerciante, “si el acto mismo no demuestra que no tiene una causa comercial”. En el fondo hay un elemento subjetivo para la calificación del acto: es de comercio, salvo prueba en contrario, si lo realiza un comerciante.

Inútil pensar en encontrar en aquel Código de los actos objetivos de comercio una referencia –mucho menos una sistematización de sus elementos internos– a los “auxiliares”.

El Código de comercio de 1865 distribuye la materia en la siguiente forma.⁽²⁰⁾

Libro I. Del comercio in generale.

Titolo I. *Dei commercianti.*

Titolo II. *Dei libri di commercio.*

Titolo III. *Delle borse di commercio, degli agenti di cambio e sensali.*

Capo 1. Delle borse di commercio.

Capo 2. Degli agenti di cambio e sensali.

Titolo IV. *Dei commissionari.*

Capo 1. Dei commissionari in genere.

Capo 2. Dei commissionari di trasporti per terra e per acqua.

Capo 3. Del vetturale.

Titolo V. *Dei contratti commerciali in genere.*

Titolo VI. *Della vendita.*

Titolo VII. *Delle società ed associazioni commerciali.*

Titolo VIII. *Del pegno.*

Titolo IX. *Delle lettere di cambio, dei biglietti all'ordine e della prescrizione ad essi relativa.*

Libro II. Del commercio marittimo.

Libro III. Del fallimento e della bancarotta.

Libro IV. Della competenza e dell'arresto personale in materia commerciale.

(20) Codice di Commercio del Regno d'Italia, Stamperia Reale, Torino, 1865.

El sistema es más o menos el del Código francés pero con algunos aspectos curiosos, además de la sistematización ab initio de los actos de comercio, como dijimos.

El libro primero “Del comercio en general”, está claramente partido en dos porciones por el título V “De los contratos comerciales en general”. Antes de este título encontramos toda la materia regulada por el Código en relación con el “comerciante” a saber: a) los actos cuyo ejercicio profesional le dan categoría; b) las limitaciones, para el ejercicio del comercio, a menores y mujeres; c) la obligación de llevar contabilidad y d) toda la actividad “auxiliar” al comerciante que a su vez comprende 1) mediadores (agentes de cambio, sensales), 2) comisionistas en general y de transporte por tierra y por agua) y 3) transportistas. Luego, con una neta separación que realiza el título V dicho “De los contratos comerciales en general”, el código de 1865, trata como lo dice el título, los contratos.

Desde un punto de vista general del Código, la materia se mantiene distribuida conforme al anterior –y por ello conforme al Código de comercio francés– pero un examen más detallado indica el traslado de los negocios asociativos, (la sociedad y la asociación comerciales), de la parte del comerciante a la parte de los contratos y en cambio –y esto sí nos interesa en este desarrollo– el tratado de la comisión fuera de los contratos, a la parte del comerciante, junto a actividades tales como la mediación, el agente de cambio, la comisión de transporte y el transportista. El sistema sigue siendo objetivo⁽²¹⁾ y el artículo 2 del Código dirá que son actos de comercio 2) las empresas de comisión, 3) las empresas de agencia, de oficinas de negocios; 4) las operaciones de cambio y de mediación. Pero no hay duda de que, al no ubicar la “comisión entre los contratos”, sino junto a figuras de cooperación a la labor del comerciante, no escapa al legislador la importancia del elemento interno frente al externo, contractual. Es la lucha entre el sistema, que quiere ser objetivo y organizar los actos de comercio contractualmente y la realidad, que nunca siempre por sacar adelante el elemento interno, de contenido subjetivo. Y un autor como Borsari no tendrá sino que justificar la no inclusión y regulación de otras figuras de cooperadores del comerciante junto al comisionista, a los agentes de comercio y corredores, y junto al transportista.⁽²²⁾

(21) *Codice di Commercio de 1865*, cit., pág. 1: “Artículo 1. –Son comerciantes aquellos que ejercitan actos de comercio haciendo de ello su profesión habitual”. “Artículo 2. –Son actos de comercio...” y el Código los enumera lo mismos que en el art. 3.

(22) Luigi BORSARI, *Codice di commercio per il Regno d'Italia, annotato per...*, Unione Tipografico-Editrice, Torino, 1868, Tomo I, n. 229, pág. 204: “Por debajo de los comisionistas (respecto a la importancia) están los agentes de negocios y dependientes; gente menuda que hormigüea, si se admite el término, en los peristilos del edificio comercial. El código ni los nombra, porque el código (provechoso es repetirlo una vez más) no se ocupa sino de los hechos principales”

La Relación Ministerial ciertamente no trató los “auxiliares en cuanto tales, pero siempre saltan las calificaciones subjetivas de las figuras, usando la de ‘oficio’”. Oficio enfrentado a actividad –cumplimiento de actos– tiene un neto sabor de sujeto; sin gran esfuerzo nos recuerda las corporaciones medioevales de “artes y oficios”, en cuyo seno nació el derecho comercial²³.

Ahora bien. Estos pequeños aspectos apuntados no son más que producto del inconsciente del legislador y de la doctrina. Porque la corriente sigue el curso que el sistema le señala, organizando las figuras sobre el elemento externo: el mandato en los mediadores (aunque, propiamente, en la mediación pura no puede haber *man dato*),⁽²⁴⁾ el mandato en la comisión⁽²⁵⁾ la locación de servicio en cuanto a dependientes.⁽²⁶⁾

c) Código de comercio de 1882

No bien fue promulgado el Código de comercio de 1865, se empezó la labor para reformarlo en modo más amplio y meditado.⁽²⁷⁾ “La objetividad del sistema –dice Ascarelli– es acentuada a través de la misma colocación sistemá-

(23) Luigi BORSARI, *op. cit.*, Tomo I, pág. 11. La relación ministerial a su majestad, hecha por el Ministro de Gracia, Justicia y Culto en audiencia de 23 de Junio de 1865, para la aprobación y publicación del código de comercio explicando la distribución de éste y sus innovaciones, decía: “luego, en el tercer título, que discurre de las bolsas de comercio, de los agentes de cambio y de los sensales, se han coordinado con el título correspondiente del Código de comercio albertino las disposiciones de la ley de 8 de agosto de 1854 sobre mediadores y sensales, con el fin de rodear de garantías eficaces el ejercicio de aquellos, que bien pueden calificarse los oficiales públicos de comercio”. En seguida, la relación ministerial, refiriéndose a la mediación libre, sigue llamándola “oficio”; igualmente, en materia de comisionistas, la relación ministerial habla de “oficios”.

(24) BORSARI, *op. cit.*, Tomo I, n. 137. Sobre este error de considerar la mediación como mandato volveremos adelante.

(25) BORSARI, *op. cit.*, Tomo I, págs. 202 a 239.

(26) BORSARI, *op. cit.*, Tomo I, pág. 204. En general la construcción de Borsari es mucho inferior a la de Parodi para el código albertino de 1842. Bien que Borsari solamente comenta el código, mientras que Parodi intenta sistematizar la materia. Pero aún bajo ese aspecto, no penetra Borsari los problemas del mandato frente a la representación –como si lo hacia Parodi– y no considera en los dependientes, ni en el institor –lo que es peor– la representación que ejercen. Insiste Borsari en minimizar la importancia de otras figuras de auxiliares (pág. 204) probablemente porque en la época verdaderamente carecían de ella.

(27) ASCARELLI, *op. cit.*, pág. 63.

tica de la disciplina de los actos de comercio (que por otra parte en el código francés eran estructurados sólo en función de la disciplina de la competencia de los tribunales de comercio”;⁽²⁸⁾ pero, como lo hicimos notar antes, esa mayor objetivización del sistema se había obtenido ya con el Código de 1865, que en sus artículos 2 y 3 daba el elenco de los “actos” que “son” de comercio, y los que la ley “reputa” tales, respectivamente, superándose desde entonces la sistemática defectuosa del código francés para un Código de los actos objetivos de comercio.

No cabe duda que “la objetividad del sistema es acentuada” como dice Ascarelli. Y en cuanto a nuestra materia, el pecado cometido por el legislador de 1865 al quitar del capítulo de contratos toda traza de los auxiliares, regulándolos en inaceptable maridaje con la materia general del comerciante, no se cometerá de nuevo. Y para que no quepa la menor duda del carácter objetivo del sistema salvo la mediación, el resto de figuras auxiliares vuelve, como el hijo pródigo, a la casa de donde se les había sacado: ahora encuentra su sitio junto a los contratos. Ciertamente la mediación comprende en sus disposiciones casi únicamente una reglamentación de los aspectos internos de la figura (artículos 29 a 35); con un poco más de audacia el legislador habría regulado su aspecto externo y la habría enviado al cesto común de los actos objetivos de comercio, los contratos. Digamos que, por si acaso, la dejó colindando con las obligaciones comerciales en general”.⁽²⁹⁾ La parte de los contratos –elemento externo, naturalmente– se tragó el grueso del derecho comercial si se nos permite la expresión.

Libro Primero. Del comercio en general

Título I. Disposiciones generales

Título II. De los actos de comercio

Art. 3º La ley reputa actos de comercio

...21) as empresas de comisión, agencia y oficinas de negocios,

22) Las operaciones de mediación en negocios comerciales

Título III. De los Comerciantes

Título IV. De los libros de comercio

Título V. De los mediadores

(28) ASCARELLI, *op. cit.*, pág. 63.

(29) Código de comercio de 1882, distribución de la materia comercial:

Título VI. *De las obligaciones comerciales en general*

Título VII. *De la venta*

Título VIII. *Del reporto*

Título IX. *De las sociedades y de las asociaciones comerciales*

Título X. *De la letra de cambio y del cheque*

Título XI. *Del contrato de cuenta corriente*

Título XII. *Del mandato comercial y de la comisión*

Capítulo I. Del mandato comercial

Sección I. Del mandato comercial en general

Sección II. De los factores (institores) y representantes

Sección III. De los agentes viajeros dependientes

Sección IV. De los dependientes de negocio

Capítulo II. De la comisión

Título XIII. *Del contrato de transporte*

Título XIV. *Del contrato de seguro*

Título XV. *De la prenda*

Título XVI. *Del depósito de mercancías y víveres en los almacenes generales*

Libro segundo. Del comercio marítimo y de la navegación

Libro Tercero. De la quiebra

Libro cuarto. Del ejercicio de las acciones comerciales y de su duración.

Ciertamente una bella construcción digna de admiración y que permitirá en Italia el renacimiento de una doctrina cimera y orientadora, como se verá.

El Código de comercio de 1882 hace honor a la ciencia jurídica italiana, por el rigor de sistema que elevó el acto objetivo de comercio a su más alta expresión, colocando cada figura en el lugar exacto que, conforme a su naturaleza, le correspondía.

Sin embargo, el rigor del sistema engendró su propio enemigo en lo que a nuestra materia se refiere. Como veremos, la doctrina, estudiando el mandato tuvo que arribar a la representación, para poder distinguirlo netamente de otras

figuras (locación de obra por ejemplo) y de aquí nació también la separación entre mandato y representación⁽³⁰⁾ al venir a luz el hecho de que ésta no puede ser elemento diferenciador, puesto que aquél se da sin ella y viceversa. En este profundizar los temas del mandato y la representación, una vez más, fue surgiendo a la luz un elemento común a ciertas figuras como el comisionista, los dependientes de comercio, los agentes viajeros, los representantes de casas extranjeras, y otras que ya varias veces hemos enumerado a lo largo de este trabajo. Ese elemento común es la "auxiliaridad". Cuando el derecho comercial italiano entre por los fueros del subjetivismo, con la noción de empresa y empresario, el elemento interno tomará nueva fuerza y la doctrina casi unánimemente, hablará de auxiliares: de auxiliares de la empresa, o del empresario; de auxiliares dependientes e independientes; de subordinados y autónomos; en fin, de estables y ocasionales.

Sin embargo, para empezar a encontrar el florecimiento del elemento natural subjetivo del Derecho comercial no necesitamos esperar a la doctrina posterior al Código civil de 1942. Ya cuando se discutía el proyecto de Código de 1882 el Ministro de Justicia aplicaba el Término de "auxiliares de comercio" a los mediadores⁽³¹⁾ y, a través de la discusión del proyecto, vislumbran los redactores el elemento interno y común de las figuras de auxiliares,⁽³²⁾ dando el

(30) CESARE VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Ed. Vallardi, 3ª edición, 1906, Vol. I, pág. 384 y ss.

(31) *Il codice di commercio per il Regno d'Italia*, Ed. Gabriele Regina, Napoli, 1888, Relazione Mancini, pág. 99: "La mediación nació con el comercio y era ya su auxiliar aún antes de que se hubiese pensado en regularla".

(32) *Ibidem*, pág. 102, XXVI: hablando en este párrafo de algunas prohibiciones impuestas a los mediadores por los artículos 53 a 56 del código de comercio de 1865, expresa Mancini: "El artículo 5, prohibiendo la formación de sociedades para el ejercicio mismo de la profesión de mediador, salvo algunas excepciones o distinciones, se refería manifiesta y mayormente al ordenamiento orgánico de esta clase de auxiliares del comercio..."; op. cit., pág. 937: en la discusión del artículo 349 del Proyecto, se entro al examen, por parte de la Comisión de 1869, del proyecto de la subcomisión relativo al título "De los institores, factores, dependientes y otros subalternos de comercio", y, en esta discusión el miembro Cabella observó: "que conviene distinguir entre ellas las diversas categorías de personas que subsidian al comerciante en el ejercicio de la mercatura y apunta principalmente a los representantes de casas extranjeras, dependientes de negocio, agentes viajeros dependientes, y a aquellos institutos que sostienen en el extranjero las relaciones de las casas comerciales o las facilitan, como son las filiales, las agencias, etc.", terminando su intervención recomendando una adecuada reglamentación para cada figura, de modo que no haya confusión. Es clara la idea que ya se tiene de las labores auxiliares al comerciante.

Ministro de Justicia, en su informe, como razón de ubicarlas en los contratos, la de que de ellos “derivan su cualidad” ubicarlas en los contratos, la de que de ellos “derivan su cualidad”³³ pero sin ignorar aquél elemento interno.

Si el legislador no tuvo la audacia de convertir la mediación en contrato de mediación no faltó una doctrina con audacia suficiente para hacer de la mediación un mandato, y no sino mandato sino un mandato doble.⁽³⁴⁾

En general, tanto las comisiones de estudio como las Cámaras de comercio, como la Relación Ministerial Mancini, como las Facultades de Derecho, hacen referencia a los “auxiliares”, o a las “categorías que subsidian” al comerciante en el sentido de auxiliarlo; en forma general, se entiende, pero que muestra como, ni aún cuando se discutía el que quizá fue el más perfecto código de los actos objetivos de comercio, se pudo ocultar totalmente la fuente subjetiva del derecho comercial. Por supuesto que en aquel momento lo que se encontraba en los textos de las instituciones hace poco citadas, con mayor fuerza, era el acto objetivo de comercio, el contrato como su manifestación externa: el mandato como la forma contractual típica de la actividad auxiliar. El miembro de la subcomisión citado antes, tratando las figuras de “institor, factor, dependientes y otros subalternos de comercio”, recomendó crear un sólo organismo, en vista de “la cierta afinidad”, con el contrato de comisión. Y la proposición dio por resultado el título XII “Del mandato comercial”; *op. cit.*, MANCINI y LAMPERTICO, págs. 172 y 173.

(33) Stefano CASTAGNOLA, *Nuovo Codice di Commercio Italiano*, U.T.E.T., 1883, Fuentes y motivos, vol. I, pág. 219, Relación Mancini, n. 38: “En la misma forma que el Código civil comienza tratando de las personas, el legislador comercial, después de examinar los actos de comercio, debía antes que todo determinar la condición de las personas en general de derecho comercial. Ellas SOI: el comerciante, principal actor en las operaciones del comercio, y el mediador, que como intermediario las facilita para que se concluyan. Me referí a las personas en general porque si bien otros códigos en este lugar agregan además las disposiciones referentes a los así llamados auxiliares del comercio, comprendiendo bajo esta denominación los factores (institores), los comisionistas, los agentes viajeros dependientes y similares, me parece más conveniente al orden racional de las materias, como ya fue advertido, reservar estas disposiciones a los títulos que contienen las normas de los respectivos contratos, de donde aquellos derivan su cualidad”.

(34) *Ibidem*, *op. cit.*, Parte I, “Comentarios”, U.T.E.T., 1895, pág. 295: Castagnola comenta la mediación como mandato, siguiendo una casación de Turín de 1883 y a autores como Troplong, y afirma que no sólo es un mandato, sino un mandato doble por cuanto el mediador actúa “como encargado de personas que tratan intereses opuestos”. Sin entrar a considerar la afirmación de que la mediación sea un mandato (ver MESSINEO, Francesco, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, Novena edición, Giuffré, Milano, 1958, 155, n. 3, pág. 76 y cita 18; hay

El Código de comercio de 1865 se ocupaba poco de los auxiliares de comercio con carácter de representación⁽³⁵⁾ disponiendo sobre “comisionistas” en general y de transporte por tierra y por agua y del transportista, pero sin disponer nada sobre “mandatarios comerciales, dependientes y factores”, enviando al Código Civil, “Del Mandato”, en cualquier momento en que el comisionista actuase a nombre del comitente (art. 71, C.c. de 1865). El nuevo Código de comercio de 1882, siguiendo el ejemplo del Código de Comercio universal alemán, reguló los “auxiliares” según dos categorías: “intermediarios” y “representantes”, identificando los primeros con los “mediadores”, y los segundos con “mandatarios, dependientes, factores (institores) y comisionistas”,⁽³⁶⁾ según ya antes habíamos explicado.

Al incluir el mandato como figura específica del Código, se siguió, en lo que a nuestro tema interesa, el concepto civil de mandato dictado en el artículo 1984 del Código Civil francés, por otra parte también seguido en la legislación y doctrina anteriores al Código de comercio italiano de 1884. El artículo 349 de este Código rezaba: “El mandato comercial tiene por objeto la realización de negocios comerciales por cuenta y en nombre del mandante”. La representación se hacía aparecer como elemento esencial del mandato y cuando algún hereje pretendía poner casa aparte, afirmando valientemente que hay también mandato cuando el mandatario actúa en nombre propio,⁽³⁷⁾ la inquisitoria doctrina, lo condenaba al fuego eterno,⁽³⁸⁾ no sin razón, pues quería ser coherente con sus dogmas, (constituyendo estos un lastre para el desarrollo de la ciencia, que deja de serlo cuando pierde la capacidad de poner en crítica sus principios).

Terminamos aquí el examen de trabajos preparatorios y comentarios generales al Código, para entrar al examen de la doctrina de tratadistas como Vidari, Vivante, Marghieri y otros.

traducción española) se proyecta la tendencia a sistematizar las actividades auxiliares alrededor del mandato: no se comprende bien qué naturaleza jurídica común hay en el elemento parcialmente extrajurídico “auxiliaridad” y se le quiere identificar, aún en este caso, con el mandato.

(35) *Ibidem*, *op. cit.*, Parte I, “Comentarios”, Vol. II, Cesare Pagani, pág. 335.

(36) *Op. cit.*, pág. 335.

(37) CALUCCI, *Il codice commentato*, art. 349, n. 15: citando por PACANI, *op. cit.*, pág. 337.

(38) CESARE PAGANI, *op. cit.*, pág. 337: “Y esto podría hacer suponer que pueda tenerse verdadero mandato aún cuando el mandatario actúe a nombre propio; lo que, si bien a muchos valiosos escritores no disgusta, turba, a nuestro parecer, el carácter del mandato, confundiéndolo con relaciones diversas, por ejemplo, la comisión, cuyo nombre ha sido precisamente introducido y aceptado para indicar una relación jurídica distinta de aquella que del mandato deriva”.

d) *La doctrina de los Tratadistas posteriores al Código de comercio de 1882.*

VIDARI. En el año de 1877 aparece la primera edición del “Corso di Diritto Commerciale” de Vidari,⁽³⁹⁾ fundada, naturalmente en el estudio de la materia del Código de comercio de 1865. Este Código, que como se ha revelado en las paginas anteriores, no respondía aún al sistema objetivo cerrado que luego vio la luz en el Código de 1882, y que dejaba la comisión y el transporte fuera de los contratos y el personal de la empresa fuera del Código (en cuanto sólo lo consideraba en la enumeración de los actos de comercio o de la competencia (art. 723, inciso 4), sin regularlo específicamente porque, como decía Borsari, lo forman todos aquellos que “hormigúean en los peristilos del edificio comercial”; este Código repito, con sus imperfecciones y lagunas, dejaba el campo abierto para que un doctrinista profundo se orientara hacia el elemento de “auxiliaridad” que encontraba como comun en figuras tan normales en el ejercicio del comercio como el factor y el “mandatario comercial simple”, los dependientes y el comisionista, los agentes viajeros y representantes de comercio y los mediadores o corredores.⁽⁴⁰⁾

En esta primera edición, de su obra Vidari entrevé ya en cierta forma, la existencia independiente de la representación como parte del elemento externo

(39) ERCOLE VIDARI, *Corso di Diritto Commerciale*, I ed., Ed. Hoepli, Milano, 1877.

(40) VIDARI, *op. cit.*; así se divide la materia:

Libro I

Título IV. *Personas auxiliares al ejercicio del comercio*

Parte primera del título IV:

Personas sujetas al servicio de un principal

Capítulo I. De los factores

Capítulo II. De los Dependientes sedentarios o asistentes de negocio

Capítulo III. De los dependientes viajeros

Capítulo IV. De los representantes de comercio

Parte segunda del título IV:

Personas no sujetas al servicio de un principal

Capítulo I. De los simples mandatarios de comercio

Capítulo II. De los comisionistas

Capítulo III. De los agentes de cambio y corredores (sensali).

en los auxiliares y expresamente lo manifiesta, al realizar la sistematización alrededor de ella, pero no arriba aun a separarla del mandato.⁽⁴¹⁾

Con la promulgación del Código de comercio de 1882 el panorama cambia para el autor y éste hace cambiar el panorama de su obra. El sistema objetivo intenta ser más congruente consigo mismo y se cierra tratando de rellenar los escapes que su antecesor había dejado. Como ya vimos, el grueso del derecho comercial pasa por las fauces voraces del contrato: ahora la materia de auxiliares está casi totalmente considerada como un contrato, no más con debilidades subjetivistas sino con un profundo sabor de acto objetivo.

En consecuencia, a partir de la tercera edición de su obra, Vidari, siguiendo el orden del Código –cuya lógica debió aparecerle inmensamente fuerte como para intentar resistirla– varió la estructuración de la materia de los auxiliares, eliminando el término, que había empleado en sus dos primeras ediciones, y estudiando los mediadores bajo el título “De las personas intermediarias o sea de los mediadores” como parte “de las personas” (libro primero de la obra). Y asimismo, siguiendo siempre el orden del Código, en el Libro tercero, “de los contratos”, estudió el mandato y la comisión, comprendiendo en la primer figura, conforme al texto legislativo, los factores (institori), representantes y dependientes.

Pero el autor, en su conciencia, lucha contra el llamado del elemento interno y pretende justificarse –este sería el contenido simbólico de su explicación de motivos– manifestando que, si bien toda la materia podría estudiarse conjuntamente, el orden del Código llevaría a una duplicación. Quiere el autor

(41) VIDARI, *op. cit.*, Vol. I, n. 230, págs. 299 y 300, después de explicar la necesidad natural de que el comerciante se ayude con la cooperación de otros sujetos, puesto que no es capaz de atender la multiplicidad de sus negocios, y después de explicar el plan del título cuarto, “Personas auxiliares al ejercicio del comercio”, (ver nota n. 39), explica: “Podríamos agregar el expedicionario, el transportista, el asegurador, y, generalmente, todos aquellos de quienes puede valerse un comerciante en el ejercicio de la propia industria. Pero además de que de estas personas deberemos tratar necesariamente a propósito del contrato de transporte o del de aseguración, y así en genera], por lo que sería inútil, nos parece, tratar de ellas aquí separadamente, otro aspecto hay que advertir, y que sirve para justificar el método sostenido por nosotros en la distribución de las materias. Y es que aquí nosotros queremos tratar solamente de las personas que asumen la *representación jurídica*, estable o accidental, del comerciante al que dan el auxilio en su labor; no ya de aquellas que no asumen, como tales la representación de alguien en el ejercicio de su propia industria, sino que actúan a nombre propio y por cuenta propia, como cualquier otro comerciante”.

La importancia que asume la representación para la doctrina se ve clara en el párrafo anterior y sigue esa representación siendo elemento esencial del mandato.

decir que si trata, por ejemplo al factor como auxiliar, luego habrá que tratarlo como figura representativa del contrato de mandato según lo considera el Código.⁽⁴²⁾

En fin un ejemplo más de como el aumento de sistematización de la materia de auxiliares en los contratos que no en las personas—como consecuencia de un mayor rigorismo del sistema objetivo— lleva a un autor concreto a renunciar a un orden que había tenido por bueno a causa, precisamente, de un cuerpo legal, si bien objetivo en su intención, de poco rigorismo en su reconstrucción: un ejemplo más de la desaparición de un término que, poseedor de un contenido subjetivo, es desplazado por un ordenamiento objetivo.

Vidari defiende la tesis de que la representación es el elemento esencial y diferenciador del mandato⁽⁴³⁾ atacando al Código Civil que había eliminado (art. 1737) de su texto la partícula “en nombre propio” en la definición del mandato; atacando, a los autores que se habían atrevido hasta a alabar la innovación del Código civil, en relación con el Código civil francés (art. 1984) porque—dice Vidari— Si desposeemos al mandato de la representación como haremos para diferenciarlo de la locación de obra, de la comisión?

VIVANTE. A la obra excelente de Vidari, sigue la luminosa visión de Cesare Vivante, la primera edición de cuyo “Tratado” aparece en 1893.⁽⁴⁴⁾

(42) VIDARI, *op. cit.*, 4° y 5°, ediciones, Ed. Hoepli, Milano, 1900-1903. “Aquí está toda la dificultad. Entre las personas auxiliares (sussidiarie) precisaría necesariamente comprender al factor, los representantes, los dependientes. Los comisionistas no, porque ejercitan el comercio por sí y a propio nombre. Los mandatarios no, tampoco, porque no forman parte de la casa del comerciante; sino que, igual que el comisionista, prestan su labor de cuando en cuando, según se les solicite, sin que estén unidos con ningún vínculo estable a su mandante. Sin embargo, ahora que el nuevo código se ocupa en un título aparte (pero junto con los demás contratos) del mandato comercial y de la comisión, comprendiendo precisamente en aquél los mandatarios en general, los factores, los representantes y los dependientes, cómo podría ser ahora posible, decimos, tratar de todas estas personas en un lugar y luego en otro, de los comisionistas, cuando muchas disciplinas son comunes a cada una de aquellas: y cuando el comitente, es un verdadero y propio mandante? Comprendemos que de todas estas personas se pueda tratar aquí—quiere decir el autor en el libro de las personas— más que en cualquier otro lado; pero no entendemos que ellas se pues (la hablar separadamente”: 4° edición, 1888, págs. 331 y 335.

(43) VIDARI, *op. cit.*, 5ª edición, Milano, 1903, Vol. I, N° 3404-3405, págs. 218 a 221.

(44) Cesare VIVANTE, *Trattato di Diritto Commerciale*, la edición, Ed. Fratelli Bocca, Torino, 1893, 1894, 1896, 3 vol., 1899, 1901, 1902, 6 vol.

Bajo Vivante la materia de los auxiliares cobra de nuevo importancia como veremos enseguida. Ya desde la primera edición del tratado la materia viene distribuida en el libro II “Las personas”,⁽⁴⁵⁾ esencialmente en dos capítulos, Cap. III, los representantes y Cap. IV, los mediadores.

Explica Vivante: “En este capítulo nos ocupamos solamente de los representantes, que prestan servicio estable al principal. De aquellos que pueden emplear en negocios singulares hablaremos a propósito de los diversos contratos que pueden dar origen a la representación, a la mediación, al mandato, al transporte y así sucesivamente; de los representantes de las sociedades hablaremos al tratar de este instituto a fin de no escindir la disciplina”.⁽⁴⁶⁾ Sin embargo la mediación no llega a ser tratada como contrato en el libro de los contratos y el mandato tampoco, quedando absorbido en el capítulo de la representación.

El libro IV “De los contratos”, no dirá nada de un contrato de mediación o de mandato o de comisión, a pesar de que el Código si hablaba de contratos de mandato, comisión (Título XII). Como se ve de las diversas ediciones de la obra, si bien el término auxiliares es usado esporádicamente⁽⁴⁷⁾ el autor perfecciona y completa la teoría de la representación, delimitándola cada vez con mayor claridad al separarla con precisión del contrato de obra y del mandato,⁽⁴⁸⁾ y considerándola a la par de la mediación, con un contenido marcadamente subjetivo. Baste recordar que la ubica en la parte de “las personas”.

Todo el estructurar la materia de auxiliares conjuntamente como fenómeno de “las personas” del derecho comercial, alrededor de las figuras de mediación y representación, desemboca en el Proyecto de Código de comercio de 1922, en el que ese material (mediación y representación), con inclusión de una nueva figura “los agentes de comercio”,⁽⁴⁹⁾ se aglutina en el título V “De los

(45) Como el mismo Vivante lo afirma, la estructuración de su obra sigue el sistema de la doctrina tedesca que, no debemos olvidar, llevó, en definitiva, al primer gran código que abandonó el sistema objetivo del Código francés de 1807 (3ª edición, Ed. Vallardi, Milano, 1906, en el Prefacio).

(46) VIVANTE, 1ª ed. cit., Tomo I, pág. 244.

(47) VIVANTE, 1ª ed. cit., Tomo I, nota 2, pág. 257, usa el término “auxiliares” para decir que el factor no es auxiliar del comerciante por cuanto muchas veces lo sustituye totalmente. Oportunamente regresaremos, en el desarrollo, a examinar esta afirmación que parece la auxiliariadad a la sustitución de voluntad en el negocio jurídico.

(48) VIVANTE, *Trattato*, cit., 5ª edición, Ed. Vallardi, Milano, 1929, Prefacio a la 5ª edición y Tomo I, pág. 270, n. 254.

(49) VIVANTE, ya en la 5ª edición del Tratado, incluyó un capítulo para los “agentes de comercio”, Tomo I, n. 30, pág. 309, de los que ya había tratado con anterioridad: *Riv. Diritto Comm.*, 1921, I, 614.

auxiliares de comercio”, título explicado por el mismo Vivante⁽⁵⁰⁾ quien insistiendo en la “representación de las figuras, mantiene sin crítica especial la denominación y la da expresamente a los mediadores.⁵¹

Se trataba en el caso de un abandono en la sistemática del Código del “objetivismo” y si bien éste se mantenía en el tipo, en aquella sufría ya la influencia del Código de comercio alemán.⁽⁵²⁾ Resulta, necesariamente, que un desplazamiento del sistema, implica, aunque sea inconscientemente, un desplazamiento del contenido ideológico o, al menos, un reconocimiento de un contenido común en las figuras que se agrupan: ese contenido era la “auxiliaridad”: si al momento de la elaboración del Proyecto el redactor considera más importante el aspecto contractual que el personal de la auxiliaridad, traslada las figuras a los contratos, regulando esencialmente su aspecto externo y no el interno, y viceversa: se irá a los contratos, cada vez más, conforme mas se quiera objetivizar el problema o cuanto mas se pretenda desobjetivizarlo.

Es significativo el hecho de que en la quinta edición de su tratado Vivante incluya un párrafo, el 197⁽⁵³⁾ que no existía antes y que se inicia: “El mediador es un *auxiliar independiente*. El mediador es un auxiliar del comercio, sin patrón, mientras que el dependiente, el representante, el agente de negocios, sí lo tienen...” . Se trata del elemento personal que surge siempre en el derecho comercial.

Vivante, sobre la base de los trabajos, de Tartufari, Sraffa y a partir de la 4 edición sobre la base también de Nattini,⁽⁵⁴⁾ elabora con amplitud y la delimita –como ya dijimos– la figura de la representación, afirmándola independiente del mandato y de la locación de obra, en cuanto la labor confiada a cada uno de los sujetos es distinta: en el mandato se encarga la administración de uno o más asuntos; en la representación, el encargo es de concluirlos en nombre del

(50) *Progetto Preliminare per il Nuovo Codice di Commercio*, Ed. Hoepli, Milano, 1922: la comisión ministerial estaba constituida con Vivante como presidente, por los profesores y abogados Sraffa, Bolaffio, Bonelli, Areangeli, Seialoja, Gobbi, Medina, Treves, Broeehi, Samoggia, Valeri, Roeeo, Navarrini, Asquini y Quarantotto. En euanto al libro I que se llamó “De los comerciantes” aparecía todo explicado por Bolaffio, excepto su última parte, precisamente “de los auxiliares del comerciante”, que venía explicada por Vivante (pág. 216 y ss.).

(51) *Op cit.*, pág. 219: . Los mediadores. El proyecto –dice Vivante– ha regulado el ejercicio de estos auxiliares con una técnica más precisa que el Código vigente...”.

(52) Lorenzo MOSSA, *Historia del Derecho Mercantil en los siglos XIX y XX*, cit., págs. 161 a 164.

(53) VIVANT, 5ª ed. cit., vol. I, pág. 217.

(54) *Op. cit.*, pág. 270.

principal; en la locación la tarea es ejecutarlos.⁽⁵⁵⁾ Por otra parte insiste Vivante en el hecho de que la representación no es elemento esencial del mandato y que hay mandato sin representación y viceversa.

El tratado de Vivante y los trabajos de Tartufari, Sraffa y Nattini son esenciales en la elaboración básica de una sana teoría de los auxiliares del comercio y serán tomados en consideración en una parte posterior de este trabajo.

Bástenos por ahora lo que antes se apuntó en cuanto con la obra de los autores citados –que por otra parte se basaron en la doctrina alemana– se arriva a un punto importantísimo cual es el de separar la representación del mandato y diferenciar ambos entre sí y con la figura de la locación de obra, delimitando con ello mejor el elemento externo.

La teoría seguirá perfeccionándose, especialmente en el campo civil de la doctrina del negocio jurídico y a esta elaboración sujetaremos más adelante el estudio de los auxiliares de comercio.

NAVARRINI. Después de la obra de Vivante, la doctrina fundamental de los autores hará aflorar, cada vez con mas claridad, el elemento subjetivo en nuestra materia.

En 1913⁽⁵⁶⁾ Umberto Navarrini escribía en el Prefacio a su “Trattato teórico-práctico di Diritto Commerciale”: “En lo que se refiere a los actos de comercio he buscado demostrar la racionalidad del criterio, no esencialmente empírico... y poniéndolo en la base de su variada clasificación, acercando al artículo tercero, que establecía el elenco de actos de comercio, con constante cuidado las otras numerosas y esparcidas disposiciones de la ley que disciplinan actos que contribuyen a formar la materia comercial, rastreando y poniendo en evidencia el elemento común con el que se relaciona su comercialidad”.

Las anteriores afirmaciones de Navarrini unidas al hecho de que se referían a un Código de “tendencia” objetiva en cuanto a auxiliares, puesto que en su mayoría los estudiaba a propósito de los contratos, haría pensar en una organización de la materia de aquéllos, en la obra, también en un campo contractual. Sin embargo, Navarrini, con una clara visión del papel importante, esencial, del elemento subjetivo, insiste en el hecho de que el sistema italiano del Código de 1882 no puede decirse ni objetivo ni subjetivo, sino mixto (art.

(55) VIVANTE, *Tratado de Derecho Mercantil*, Reus, Madrid, 1932, Vol. I, pág. 311.

(56) Umberto NAVARRINI, *Trattato teórico práctico di diritto commerciale*, Ed. Fratelli Bocca, 1913-1921, Torino, 5 voll.

3 y 4). Y en consecuencia, además de usar frecuentemente el término “auxiliares”,⁽⁵⁷⁾ a propósito de la “organización de la hacienda”, estudia sus elementos personales bajo el título “Auxiliares”, siguiendo el esquema ya usado antes por Vidari y agrupando por ello,⁽⁵⁸⁾ (bajo el número 1498 “los auxiliares estables de la hacienda”), al factor, al viajero dependiente, a los dependientes de negocio y al “así llamado representante de comercio”, los representantes de casas extranjeras. Con anterioridad⁽⁵⁹⁾ había elaborado la teoría general de la representación a propósito de las “generalidades” de los negocios jurídicos comerciales, teoría que vendrá aplicada posteriormente a los auxiliares. Y asimismo, en el volumen tercero,⁽⁶⁰⁾ con carácter de contrato, ya se había referido al mandato, a la comisión (siguiendo en este caso el esquema del Código) pero también a los mediadores como contrato de mediación.

BOLAFFIO. –En 1918 publicó Leone Bolaffio su “Curso Universitario di Diritto commerciale”⁽⁶¹⁾ y recordando aquella división que Vidari había usado en la primera y segunda ediciones de su “Curso de Derecho comercial”, y siguiendo probablemente al derecho alemán, dedicó en su primera parte de la obra, “Las personas en el ejercicio del comercio”, los capítulos X, XI y XII, a los “auxiliares”, en el siguiente orden: auxiliares estables en el ejercicio del comercio, auxiliares temporales en el ejercicio del comercio. Entre los primeros se estudia al factor, a los dependientes (en sede del negocio), a los agentes viajeros dependientes y a los representantes de casas extranjeras. En la segunda categoría estudia al mandatario y al comisionista, por una parte (Cap. XI) y por otra (Cap. XII) a los mediadores.

Es notorio en Bolaffio el giro que toma su elaboración que, sin abandonar el análisis de la representación y el mayor o menor grado con que se da en las diversas figuras, hace énfasis notable en la relación auxiliar principal-subordinado, por ejemplo, al capítulo XI “El mandatario y el comisionista” y no “del mandato y de la comisión” como aparecía en el Código de comercio de 1882.

En general, Bolaffio, al hacer un estudio más sistemático de las materias del Código, sin abandonar el eje de la representación, pone la carga en la auxiliaridad de las figuras y las reúne, con mayor audacia que el Código de comercio alemán, puesto que la comisión que éste había mantenido en el libro

(57) Umberto NAVARRINI, *op. cit.*, vol. I, Parte I, págs. 39, 40, 41, y vol. IV, págs. 131 a 177.

(58) Umberto NAVARRINI, *op. cit.*, vol. IV, n. 1498, pág. 131.

(59) Umberto NAVARRINI, *op. cit.*, vol. II, Parte II, págs. 175 a 176.

(60) Umberto NAVARRINI, *op. cit.*, págs. 1 a 86.

(61) Leone BOLAFFIO, *Il diritto commerciale*, Corso Universitario, U.T.E.T., Torino, 1918, I vol.

de los contratos (actos) de comercio, conforme al sistema tradicional, Bolaffio lo incluye entre los auxiliares.

MARGIZIERI. –En 1922 se publica una edición enteramente renovada del “Manuale di Diritto Commerciale”⁽⁶²⁾ de Alberto Marghieri. La sistemática de esta obra indica ya en aquella época una clara orientación al subjetivismo, interpretando el autor la norma jurídica, como “el epílogo más perfecto del proceso ascendente de las clases, por obra de las cuales el trabajo humano deviene directo factor de renovados, o ya nuevos organismos jurídicos, que impusieron regímenes legislativos idóneos, sobre la base de doctrinas que debieron alejarse bastante a menudo de tradiciones en disonancia con el ambiente”.⁽⁶³⁾ Qué lejos está este texto –cuyo contenido político nos excusamos de analizar– del movimiento anticorporativo de la Revolución Francesa.

Marghieri insiste en la actividad profesional tanto del comerciante como “del vario y multiforme número de personas, que obtienen del tráfico mismo los medios y modos, si no de enriquecerse, por lo menos necesarios para la propia subsistencia”,⁽⁶⁴⁾ agregando luego que “a pesar de las transformaciones de la norma comercial de subjetiva en objetiva, la misma siempre principalmente se enclava sobre los actos de comercio, en cuanto ejercitada por comerciantes, los que piden un régimen legislativo que pertenezca rigurosamente a ellos, y no se extienda a otras personas, o tal vez las toca sólo porque tuvieron relaciones con comerciantes”.⁽⁶⁵⁾ Por esta vía y con una base en lo fundamental económica, desarrolla el autor la segunda parte de su obra “factores y órganos del tráfico”.

En el título cuarto de la citada parte segunda Marghieri estudia la hacienda: dedicando el capítulo tercero a su personal: factor, dependiente sedentario, dependiente viajero, y enfatizando el elemento personal, subjetivo de la relación principal-personal auxiliar, como dice el autor.⁽⁶⁶⁾

En el título quinto Marghieri incluye las “actividades cuadyuvantes y de difusión”, a saber: mediación, representación comisión, agencia, oficinas de negocios, todas relacionadas con la “actividad profesional” que hay en aquellas en el proceso del tráfico.⁽⁶⁷⁾

Si bien la construcción considera esencialmente los aspectos económicos del fenómeno del tráfico y no emplea casi el término auxiliares al menos como

(62) ALBERTO MARGHIERI, *Manuale di Diritto Commerciale*, Ed. Athenaeum, Roma, 1922.

(63) ALBERTO MARGHIERI, *op. cit.*, Prefacio.

(64) ALBERTO MARGHIERI, *Op. cit.*, pág. 20.

(65) ALBERTO MARGHIERI, *Op. cit.*, págs. 20 y 21.

(66) ALBERTO MARGHIERI, *Op. cit.*, pág. 128 y ss.

(67) ALBERTO MARGHIERI, *Op. cit.*, pág. 141.

elemento de sistematización, es claro que su orientación "subjetivista" lleva al autor a agrupar las figuras de auxiliares, no en la teoría de obligaciones y contratos especiales (como se llama la tercera parte de la obra) sino en aquella parte que ha dedicado a la personal actividad del comerciante y sus cooperadores.

En otros aspectos la elaboración de Marghieri adolece de los defectos que ya habían sido corregidos por Tartufari, Sraffa y Vivante, en cuanto a las relaciones existentes entre mandato, representación y comisión⁽⁶⁸⁾ y asimismo, no logra darle el alcance general que le pertenece, a la representación, que viene confundida con la figura que el Código regulaba como representantes de casas extranjeras (art. 376)⁽⁶⁹⁾.

ROCCO. —Con Alfredo Rocco se inicia una etapa de transición al nuevo derecho comercial italiano⁽⁷⁰⁾ y a su vez una etapa de mayor rigor dogmático y mayor perfeccionamiento técnico de la producción doctrinaria, en relación con la anterior etapa vivantina.⁽⁷¹⁾

Rocco⁽⁷²⁾ desarrolla, con un rigorismo hasta entonces no alcanzado por la doctrina italiana, la tesis del derecho comercial italiano como derecho de los actos de comercio objetivamente considerados, aplicando el mismo rigorismo a la explicación del acto a intrínsecamente mercantil". Veamos sus propias palabras.

"Decir, más bien, que algunos actos son comerciales cuando son realizados por un comerciante, y que otros lo son aunque no sean realizados por un comerciante, significa *renunciar* a dar una noción tanto de los unos como de los otros. Por una parte la noción del acto subjetivo de comercio se apoya toda en la de acto objetivo de comercio y se resuelve en un simple reenvío a la última. El acto subjetivo de comercio, presupone, en realidad, el comerciante, y, en nuestro derecho, faltando todo criterio formal como el de la inscripción en un registro o matrícula para la determinación de la calidad de comerciante, la noción del comerciante se apoya toda sobre la del acto de comercio objetivo.

"Pero a su vez el concepto del acto objetivo de comercio falta completamente en la doctrina dominante: cuando se asume que una serie de actos es comercial, independientemente de la persona que los realiza, se enuncia una proposición simplemente negativa, se dice que el criterio, con base en el que tales actos son declarados comerciales no es el de la cualidad de las personas que los realizan, pero no se dice *cuál sea*; se dice lo que tales actos *no son*, no se dice lo que *son*.

(68) Alberto MARCHIERI, *op. cit.*, págs. 129 y 146.

(69) Alberto MARGHIERI, *op. cit.*, pág. 144 y ss.

(70) Lorenzo MOSSA, *Historia del Derecho Mercantil*, cit., pág. 175.

(71) ASCARELLI, *Corso*, cit., pág. 66.

(72) Alfredo ROCCO, *Principii di Diritto Commerciale*, U.T.E.T., Torino, 1928; hay una traducción al español, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1931.

"La doctrina dominante se mueve así en un círculo vicioso; ...y es muy natural que, renunciando *a priori* a establecer un criterio para la determinación de la comercialidad de los actos enumerados por la ley tenga luego que afirmar que un principio regulador de la misma clasificación no existe, y que tampoco existe un concepto unitario, del acto de comercio.

"43 —Veamos pues si un análisis más cuidadoso de la serie de actos enumerados en los artículos 3 y 6, nos permite rastrear éste, o estos principios reguladores, con lo que al mismo tiempo, habremos establecido el concepto del acto de comercio y hecho una clasificación precisa de los actos de comercio".⁽⁷³⁾

Posteriormente analiza Rocco con detenimiento las figuras de acto de comercio de los artículos 3 y 6 del Código de comercio de 1882 para afirmar que sí existe un concepto de acto de comercio, pero que se trata de un concepto a posteriori de examen del Código y no a priori, o sea que se trata de un concepto objetivo de acto de comercio conforme al derecho positivo italiano⁽⁷⁴⁾ y niega Rocco, en consecuencia, el acto subjetivo de comercio. Sobre la tesis de Rocco acerca de los actos de comercio, no diremos sino que es una construcción formal en el sentido que viene a ser acto de comercio aquel que la ley reputa como tal: a partir de aquí lo que queda es agrupar en un derecho positivo determinado, los actos de comercio según los diferentes tipos que de características comunes pueda haber. Esta tesis no dice nada sobre un acto objetivo de comercio, esencialmente considerado. Y no decimos más porque no es nuestro tema.

Un planeamiento semejante del contenido del derecho comercial, lleva necesariamente al autor a no considerar en absoluto los auxiliares a propósito de "los sujetos" de la relación jurídico mercantil (Parte I de la Lección I del Cap. II del Libro II), sino a propósito de la "representación" como aspecto general en los negocios jurídicos mercantiles.⁽⁷⁵⁾ Carece por tanto, el texto, de aspectos de "auxiliaridad" de la labor de los sujetos de nuestras figuras en estudio, y en cuanto la relación con su principal.

Así, pues, negada la validez de la división entre actos objetivos de comercio (sean actos de comercio, independientemente de la cualidad del sujeto agente, por su naturaleza intrínseca), y actos subjetivos de comercio (sean actos de comercio en cuanto la cualidad del sujeto-agente es comercial: un comerciante) la materia de los auxiliares resulta inserta en los "actos de comercio por conexión o accesorios" con clase 3: a actos cuya conexión con un negocio comercial debe ser demostrada": comprendidos aquí las operaciones de mediación y todas las figuras posibles de mandato, y la comisión.

(73) Alfredo ROCCO, *op. cit.*, n. 50, pág. 218.

(74) Alfredo ROCCO, *op. cit.*, n. 50, pág. 218.

(75) Alfredo ROCCO, *Op. cit.*, pág. 311 y ss. especialmente n^{os} 80 y del 86 al 95.

Rocco, con visión clara, mantiene la separación entre mandato y representación, por otra parte.

LA LUMIA. —Isidoro La Lumia representa otro eslabón importante en la doctrina italiana⁽⁷⁶⁾ La obra de Rocco fue tan enérgica y bien elaborada, que echó prácticamente por tierra, toda la labor que la doctrina, iluminada especialmente por el Código y la doctrina alemanas, había realizado en el camino de la vuelta al subjetivismo.

La obra de La Lumia es, en cierto modo, un nuevo resistirse de la realidad contra el objetivismo; representa una vez más el elemento personal pugnando por salir a la superficie de un mar de construcciones lógicas, pero alejadas de los elementos efectivos del fenómeno. Sin duda el fenómeno jurídico comercial implica actos de comercio —y aún se podría decir actos aislados de comercio, a título de discusión—, pero implica también sujetos: ya sea una actividad comercial o actos de comercio aislados, requieren el sujeto del acto.

La importancia de este sujeto aumenta o disminuye, según el sistema sea subjetivo u objetivo.

La Lumia no arriba propiamente a un sistema subjetivo, pero establece la lucha contra el objetivismo formal de Rocco, aceptando la existencia del criterio dual: actos de comercio tantos objetivos como subjetivos.

Acoge La Lumia la división de Arcangeli⁽⁷⁷⁾ entre: a) actos de comercio absolutos (aquellos que la ley reputa tales independientemente del sujeto-agente o de los fines perseguidos y b) actos de comercio relativos, que lo son únicamente si concurren determinados requisitos. Los últimos se dividen en 1) actos de comercio en cuanto tienen como contenido la noción económica de comercio, esto es., la intermediación en el cambio; 2) actos de comercio en cuanto siguen una determinada forma de actuar la empresa; 3) actos de comercio que, por ser accessorios a actos de comercio principales, son a su vez comerciales; 4) actos de comercio por tener una conexión económica con otros actos de comercio; 5) y actos de comercio impuestos por su causa o por su contenido.

La segunda categoría (actos de comercio por medio de empresa) contiene así las “empresas de comisión, agencias y oficinas de negocios” (art. 3, inciso 2 C.d.c.) y en el fondo del análisis de la empresa —como por otra parte lo reconoce La Lumia⁽⁷⁸⁾— está el empresario, el sujeto empresario. Pero con este autor no estamos en el caso de tomar en cuenta con un rol fundamental el aspecto

(76) Isidoro LA LUMIA, *Trattato di Diritto Commerciale*, Ed. Principato, Milano, 1940.

(77) ARCANGELI; ver *Gli atti di commercio*, in *Studi di Diritto commerciale ed agrario*, vol. II, nota rn pág. 3.

(78) LA LUMIA, *op. cit.*, n° 100 in fine, pág. 131.

subjetivo, y por ello la “auxiliaridad” no juega ningún papel en la sistematización de la materia. Además, en la tercer categoría (actos de comercio por conexión con actos de comercio) entran el mandato (se refiere al mandato con representación) y el mandato sin representación o comisión. En el primero tienen cabida el institor, el dependiente, el agente viajero dependiente, etc. Encontramos también en esta tercer categoría, la mediación comercial.

En la categoría tercera, en un sentido general, hay una auxiliaridad pero no considerada como fundamental.

Y así, a propósito de los sujetos jurídicos en las relaciones jurídico-comerciales⁽⁷⁹⁾ el autor no hace ninguna referencia a aquellos otros sujetos, que, apareciendo en algún momento del proceso de un contrato (en su preparación el mediador, hasta su ejecución en ciertos casos el factor, hasta su consumación el comisionista) lo auxilian en su labor. No será sino a propósito de la representación⁽⁸⁰⁾ que aparecerán los auxiliares en cuanto se encuadran dentro del mandato comercial con representación (institores, dependientes de negocio, viajantes), o del mandato comercial sin representación (el comisionista) o de la locación de obra con representación (dependientes con facultad de cobrar); o, en fin, de la locación de obra sin representación (agentes o representantes de comercio). Evitaremos ahora la crítica al planteamiento que La Lumia hace del mandato, la representación, la locación de obra, labor para más adelante, y diremos que, una vez más el aspecto profesional del Derecho comercial queda en segundo plano, luego del desarrollo triunfal del derecho comercial como el derecho de los actos objetivos de comercio.

e) *El Código Civil de 1942*

No vamos a criticar las razones de orden político-autoritario que puedan haber llevado a la estructura del Proyecto de Código de comercio de 1940 o del Código civil de 1942 —que en el fondo son las mismas—, primero, porque no es tal la finalidad de este trabajo y, segundo, porque, en el fondo se subsumen en la amplia categoría de fuentes históricas del derecho, a las que ninguna reforma jurídica puede ser ajena o sustraerse. Es un hecho que los Proyectos de 1922 (Proyecto Vivante) y de 1922 (Proyecto D’Amelio), aunque grandemente incluidos por el Código de comercio alemán, y orientados por el curso natural del fenómeno comercial no hicieron sino dar los primeros pasos hacia —digámoslo así— la fuente medioeval, estatutaria y corporativa que se había encontrado en la base de aquel fenómeno, restituyendo el comerciante al lugar que de natural le corresponde en el proceso de la producción y del cambio de bienes y de servicios.

(79) LA LUMIA, *op. cit.*, págs. 158 a 175.

(80) LA LUMIA, *op. cit.*, págs. 311 a 330.

Y en cierto modo no podría ser de otra manera: se estaba, si se quiere, en una etapa de transición entre el período vivantino, liberal, solidarista, y corporativista y el período que se “podría intitular a Alfredo Rocco”,⁽⁸¹⁾ de corte germánico autoritario. Entonces no se podía pensar sino en el abandono de la línea estrictamente cerrada de los “actos objetivos” de comercio, para regresar —aunque sólo fuera débilmente— al cause original del derecho comercial como la regulación de una labor profesional. Y si el movimiento corporativo medioeval había alimentado, por sí y como sostenedor de una jurisdicción “consular” especial, la corriente siempre creciente y cada vez más fuerte del derecho comercial, —eliminadas las corporaciones habrá de buscar un sustitutivo y se encontrará en los actos objetivos de comercio—, el ordenamiento corporativo, base del sistema económico y social fascista, representa una vez más el medio natural para el desenvolvimiento del derecho comercial por la vía del elemento profesional.

Menos dura la tarea para los Proyectos de 1922 y 1925, por cuanto la brecha la había abierto ya, en el sistema objetivo resquebrajado por su interna artificialidad, el Código de comercio germánico de 1897, “que restituyó al derecho comercial su base profesional como razón de ser de su autonomía”, para usar la expresión de Asquini.⁽⁸²⁾ Mucho menos dura la tarea para el redactor de 1940, porque además de una abundante literatura surgida del Código alemán y de los Proyectos de 1922 y 1925, así como la nacida alrededor del problema de la empresa encontraba un sistema corporativo plenamente estructurado y actuante. No olvidemos que el mismo movimiento corporativo hizo posible la unificación “sorpresa” del derecho privado, porque el corporativismo abrazaba entonces tanto el mundo comercial, como el industrial, como el agrícola, como el campo laboral.

Al centro de todo el sistema, con un carácter verdaderamente cimero, aparece el empresario, como quien profesionalmente desarrolla una actividad económica organizada a los fines de la producción o del cambio de bienes o de servicios. Y si el derecho comercial no abarca plenamente el fenómeno de la empresa⁽⁸³⁾ al menos ésta lo reintegra por los fueros de su vía natural subjetiva. Y no contra sino al lado de las afirmaciones de quienes sostienen que el problema de la empresa no queda agotado por el Derecho comercial, colocamos las de Ripert expuestas en su famosa obra “Aspectos jurídicos del Capitalismo Moderno”: “No tenemos derecho de la empresa. Es necesario crearlo. Es vano

(81) ASCARELLI, Corso, cit., pág. 44.

(82) ASQUINI, Una svolta storica del diritto commerciale, Riv. di Diritto Commerciale, 1940, vol. I, pág. 510.

(83) Joaquín GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, Ed. Aguirre, 5ª ed., Madrid, 1968, Tomo I, pág. 23.

hablar de una transformación de la economía si no se llega a formular las reglas que lo asegurarán”,⁽⁸⁴⁾ y agreguemos que en la última edición de René Ripert del Tratado Elemental de Derecho Comercial, de Ripert, se mantiene la clara afirmación de que “el derecho de la empresa es todavía un derecho fragmentario. Merece ser estructurado coherentemente, y es sólo mediante la creación de tal derecho que se podrá realizar una transformación de la economía”.⁽⁸⁵⁾ Citemos a Ripert como “tercio inter partes”, no sospechoso de parcialidad.

En un sistema tal y aceptado el hecho de que la materia del derecho privado se une en un solo cuerpo legal, bajo la denominación de Código Civil, no será ya en un capítulo de actos de comercio donde iremos a buscar los auxiliares del comerciante, sino en aquella parte que regula la actividad de empresa “profesionalmente” desarrollada por el empresario, porque, precisamente, al centro de ella, de la empresa, se ha colocado la relación laboral⁽⁸⁶⁾ y “la relación que une los colaboradores del empresario a él, es la parte más viva del nuevo ordenamiento corporativo de la empresa comercial.”⁽⁸⁷⁻⁸⁸⁾

Y el trabajo implica, necesariamente, una relación personal, interna, de confianza, buena fe, subordinación, de secreto para ciertos aspectos de la empresa, etc., típica y eminentemente auxiliar, entre empresario, y auxiliares, sean éstos dependientes o independientes, estén fijos en la sede de la empresa o proyecten ésta en el espacio, contraten a nombre de su comitente o al suyo propio. Elevándose el trabajo a fundamento de la construcción, surge, necesariamente, la relación personal y por ende el elemento “auxiliaridad”.

El Derecho comercial inserto en el Código Civil de 1942 ha producido una avalancha de literatura en su primer cuarto de siglo de existencia. La primera obra fue la de Mossa,⁽⁸⁹⁾ que trata los auxiliares fundamentalmente a propósito de los “dependientes” y con respecto al elemento interno⁽⁹⁰⁾ según su terminología.

(84) Georges RIPERT, *Aspects Juridiques du Capitalisme Moderne*, Ed. Pichon et Durand, Paris, 1946, pág. 259.

(85) RIPERT et ROBLOT, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, Ed. Pichon et Durand, Paris, 1948, Vol. I, pág. 184.

(86) ASQUINI, *Il Diritto commerciale nel sistema della nuova codificazione*, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1941, Vol. I, pág. 429 y 55.; *Scritti Giuridici*, Vol. III, Cedam, Padova, pág. 88 y 55.

(87) ASQUINI, *op. cit.*, pág. 436; ver igualmente en *Scritti...*, cit., págs. 89 a 90.

(88) Lorenzo MOSSA, *La Nuova Scienza del Diritto Commerciale*, *Riv. di Diritto Commerciale*, 1940, Vol. I, pag. 440.

(89) Lorenzo MOSSA, *Trattato del Nuovo Diritto Commerciale*, Ed. Libreria, Milano, 1942.

(90) Lorenzo MOSSA, *op. cit.*, Tomo I, pág. 483: “El personal dependiente de la empresa”.

En el año de 1943 Lordi sigue el mismo sistema de Mossa;⁽⁹¹⁾ eliminando inclusive el uso del término “auxiliares” estudia bajo el título a El personal de la hacienda”, aquellas figuras que en una u otra forma, están autorizadas para contratar”.

Pero en adelante, salvo raras excepciones, se seguirá hablando de “auxiliares” (usando expresamente ese término) y se seguirá estructurando la materia de ellos en un capítulo especial; en el libro de las personas e independientemente de los contratos y cuando alguna figura se lleva aparte lo será en capítulo también separado; empresas auxiliares. Además la estructuración se realizará sobre la división entre dependientes e independientes, elemento que como se ve, es interno. Se comprenderá las figuras de factor, dependiente, agentes viajeros dependientes, comisionistas, mediadores, agentes viajeros independientes, representantes de casas extranjeras, y expedicionario.

El regreso a un sistema subjetivo nos lleva a considerar no sólo la representación en ciertos auxiliares, sino su mayor o menor independencia o autonomía frente al principal, su auxiliariadad reflejada en deberes de fidelidad, secreto, buena fe, etc.

Es notorio que si antes del Código civil del 1942 en Italia, ni la legislación ni la doctrina habían usado la impostación del problema de los sujetos auxiliares alrededor de la “auxiliaridad” que la labor suyo tiene con respecto a la actividad del principal, después de dicho Código, no sólo se empieza a hablar de labores auxiliares, de auxiliares del empresario —con la relevancia que el hecho da al aspecto interno de la relación auxiliar-principal— sino que, además, dentro del capítulo dedicado a auxiliares se engloba la actividad del comisionista, del mediador, del expedicionario, del simple mandatario.⁽⁹²⁾

(91) Luigi LORDI, *Istituzioni di Diritto Commerciale*, Ed. Cedam, Padova, 1943, Tomo I, pág. 140 y ss.

(92) La literatura posterior al Código civil de 1942, en materia comercial, es abundantísima Daremos de seguido una bibliografía esencial comentada dividida en cuatro grupos.

Primer grupo: Sistematizan todos los auxiliares en un solo capítulo agrupados como materia común de estudio: Francesco FERRARA, *Gli imprenditori e le società*, 1ª edición (appunti), Ed. Carlo Cya, Firenze, 1943, pags. 54 a 77: intitula el capítulo IV *Gli ausiliari dell'imprenditore commerciale* y divide el tema en dos grandes grupos: auxiliares subordinados y auxiliares autónomos; en los primeros están el factor, el procurador, los dependientes (commessi) y en los segundos, los mandatarios mercantiles en general, los comisionistas y expedicionarios, los agentes de comercio, los mediadores, Ferrara, en las ediciones sucesivas ha mantenido igual criterio salvo pequeñas modificaciones; por

ejemplo: 3a ed., Giuffrè, Milano, 1952, págs. 81 a 114, separa en capítulo aparte (Cap. V) a los mediadores, con estas razones: “Entre los auxiliares autónomos, la doctrina engloba también a los mediadores. Estos sin embargo, no cuidan los intereses de los empresarios comerciales sino objetivamente los de ambos contratantes. Mas que auxiliares del empresario, son auxiliares del comercio” (pág. 82). Sin embargo, no obstante tales consideraciones, no llega el autor a trasladar los mediadores a la parte de los contratos, a pesar de que así está considerado en el Código, arts. 1754 a 1775. 4ª edición, Ed. Giuffrè, Milano, 1962, págs. 101 a 144. Andrea ARENA, *Lezioni di Diritto Commerciale*, 1ª ed., Ed. V. Ferrara, Messina, 1945, págs. III a 129. Divide la materia en “auxiliares estables”, y “auxiliares ocasionales”; en los primeros comprende al factor, al procurador, al dependiente (commesso); en los segundos al comisionista, al expedicionario, al mediador reconociendo en cuanto a la “subordinación” (en el sentido laboral) auxiliares subordinados y autónomos. Vittorio ANGELONI, *Impresa e società*, Ed. Scienza Italica, Roma, 1952, págs. 68 a 79. Francesco MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, 9ª edición, Giuffrè, Milano, 1957. La sistematización de Messineo es mucho más amplia, pues incluye todos los auxiliares, civiles y comerciales, entendiendo entre estos comprendidos aquellos del derecho de navegación (págs. 355 a 361). Alessandro GRAZIANI, *L'impresa e l'imprenditore*, Ed. Morano, Napoli, 1959, 2ª edición, págs. 193 a 265.

Segundo grupo: Reconoce la existencia de “auxiliares dependientes e independientes”, pero siguen el sistema del Código, estudiando los independientes a propósito de las “empresas auxiliares” (art. 2195, inc. 2 y 5 C.c.) o de los contratos: Giuseppe VALERI, *Manuale di Diritto Commerciale*, Ed. Castellaccio, Firenze, 1945, págs. 63 a 76. Giuseppe FERRI, *Manuale di Diritto Commerciale*, U.T.E.T., Torino, 1950, págs. 65 a 74; las figuras de auxiliares independientes, que llama “empresas auxiliares” (pág. 565) son estudiados como “actos del empresario inherentes a la prestación de colaboración en la conclusión de contratos” (págs. 565 a 582); 2ª edición, 1961, (reimpresión); 1968, (reimpresión). Isidoro LA LUMIA, *Corso di Diritto Commerciale*, Ed. Giuffrè, Milano, 1950, 1ª edición, págs. 193 a 205 y 197 ss. ver n° 110 in fine. Alessandro GRAZIANI, *Manuale di Diritto Commerciale*, Ed. Morano, Napoli, 1957, 5ª edición: auxiliares dependientes y autónomos; dependientes: factor, procurador, dependiente (commesso); autónomos: mandato in genere, comisión, expedición, agencia, mediación. Roberto SCHEGGI, *Manuale di Diritto Commerciale*, 3ª edición, Ed. Jandi Sapi, Roma, 1959, págs. 109 a 113. Roberto BRACCO, *L'impresa nel sistema del diritto commerciale*, Cedam, Padova, 1960: reconociendo la clasificación de auxiliares dependientes (n° 124, pág. 345) e independientes (n° 123, págs. 341-342) va más allá que las anteriores obras, al afirmar que la disciplina de los independientes (contratos de mandato, art. 1703 y ss.; de comisión, art. 1731 y ss.; de expedición, art. 1737 y ss.; de agencia, art. 1742 y ss.; de mediación, art. 1754 y ss.) “no puede pertenecer al grupo de contratos de empresa stricto sensu y no constituyen materia de derecho comercial” (pág. 344).

Alfredo DE GREGORIO, *Corso di Diritto Commerciale*, 6ª edición, Società Editrice Dante Alighieri, Città di Castello, 1940. Sigue, poco más o menos el sistema de Bracco, cambiando "auxiliares" por "colaboradores". Resulta además interesante en tanto en cuanto dentro de los colaboradores dependientes incluye, a los agentes de comercio, con estas razones: "Hablaré más bien de aquellos típicos colaboradores del empresario comercial que son: los factores, los procuradores, los dependientes, los agentes de comercio".

El Código civil se ocupa de los tres primeros en un párrafo denominado De la *representación* (arts. 2203 a 2213); en cambio, de los agentes se ocupa en la reglamentación del contrato de agencia (arts. 1742 a 1753) en el libro IV (de las obligaciones) del mismo Código. La razón de esta sistematización parece ser la siguiente: factores, procuradores dependientes han sido objeto de particular consideración no como contratos (de trabajo o de mandato) sobre los que fundan sus relaciones con el empresario, sino por su mayor o menor poder de representación a ellos atribuido, poder que rara vez corresponde a los agentes, (pág. 142). Giuseppe TAMBURINO, *Manuale di Diritto Commerciale*, Ed. Stamperia Nazionale, Roma, 1962, págs. 81 a 92.

La separación material del tema en los casos de este grupo, se debe simplemente al tipo de obra, el manual, que obliga tradicionalmente a seguir el orden del Código.

Tercer grupo: Siguen el esquema del Código sin hacer sistematización alguna de los auxiliares y usando la terminología solamente para . auxiliares dependientes: Luigi LORDI, *Istituzioni di Diritto Commerciale*, Cedam, Padova, 1943, pág. 140 Y 55. Mario GHIRON, *L'imprenditore, l'impresa e l'azienda*, U.T.E.T., Torino, 1950-51?, págs. 61 a 72. Giuseppe DE MAIO, *L'impresa, in particolare quella commerciale*, Ed Athenaeum, Roma, 1953, págs. 113 a 122. Mario CASANOVA, *Le imprese commerciali*, U.T.E.T., Torino, 1955, págs. 256 a 279.

Cuarto grupo: Adoptan una posición un tanto diversa a las anteriores: Lorenzo MOSSA, *Trattato del Nuovo Diritto Commerciale*, Soc. Ed. Libreria, Milano, 1942, Tomo I, pág. 483 y ss. Considera la división entre dependientes e independientes pero da verdadero carácter de auxiliaridad a los primeros, considerando los segundos más como comerciantes en sí que con respecto a su auxiliaridad (págs. 532 a 536). Vittorio SALANDRA, *Manuale di Diritto Commerciale*, Ed. Cesare Zuffi, Bologna, 1949, págs. 50 a 69. Tullio ASCARELLI, *Corso di Diritto Commerciale*, Ed. Giuffrè, Milano, 1954, sigue el esquema del Código, en general, pero dándole a la materia una impronta sistemática original: "empresas auxiliares" a propósito de la actividad del empresario (págs. 103 a 117), en especial n° 5, pág. 110), "de los auxiliares subordinados" a propósito de la "publicidad", pág 192 y ss. igual en las ediciones sucesivas.

2. Los auxiliares en la legislación y doctrina francesas

Sobre las razones que llevaron a la génesis del Código de Comercio francés y su sistema, en 1807, hemos dicho suficiente al revisar la legislación y doctrina italianas que, como todo el derecho occidental, fueron profundamente penetradas por aquél.

Si bien el Código de comercio francés no fue todo lo objetivo que probablemente se habría querido —como lo hemos visto ya— al menos pretendió eliminar el concepto de Derecho comercial como regulación especial de la conducta de un estrato más o menos delimitado del grupo social, y convertirse en el derecho del acto esencialmente de comercio, independientemente de la cualidad civil o mercantil del sujeto-agente. Y aquellos actos que no estructuró como contratos, los consideró a propósito de la competencia de los tribunales que, cosa asaz extraña para un sistema que quería eliminar todo vestigio de clase, fueron mantenidos en su plena independencia de los tribunales comunes. En este sentido —como en otros— más congruente fue el legislador italiano que en 1882 promulgaba un Código de comercio objetivo admirable y en 1888 eliminaba la jurisdicción comercial especial.

La actividad de los mediadores (agents de change et courtiers) es regulada a propósito de las bolsas de comercio que, conforme al artículo 71, son la reunión que tiene lugar bajo la autoridad del Rey (el texto original de 1807 decía "bajo la autoridad del gobierno"), de los comerciantes, capitanes de navío, agentes de cambio y corredores. Al siguiente título, al sétimo, se regula la actividad del comisionista en general y la del comisionista de transporte. Más adelante el artículo 632 dirá que se reputan actos de comercio la empresa de comisión y la de transporte por tierra y por agua, la empresa de agencias y la de oficinas de negocios. El artículo 634 agregará que los tribunales de comercio decidirán las acciones contra factores, dependientes y servidores del comerciante, únicamente por hechos relativos al tráfico del comerciante al que sirven.

El Código actual sigue siendo el de 1807, con reformas parciales, siendo insustanciales las que se refieren a los auxiliares, en cuanto a nuestro tema. En consecuencia, toda la doctrina posterior a 1807 ha trabajado sobre un mismo texto legal, es decir, ha laborado siempre manipulando un sistema así llamado objetivo. Y en aplicación de la tesis sostenida hasta ahora, con demostración, a través de las vicisitudes sufridas por la legislación y doctrina italianas, de la influencia que un sistema u otro tienen en la diversa sistematización de los auxiliares, esperamos tener una demostración en el desarrollo paulatino de la doctrina francesa. La legislación prácticamente no ha cambiado. Así, ¿qué deberíamos encontrar en la doctrina demostrativo del punto de vista sostenido? Deberíamos encontrar un debilitamiento, por lo menos, del sistema objetivo.

Encontrando tal debilitamiento, deberíamos encontrar una organización unitaria, una tratación unitaria, de los auxiliares. Y a esta parte de la investigación se dedicarán las próximas páginas.

Por otra parte, en una doctrina que por más de siglo y medio ha trabajado con un sistema objetivo, es de rigor la casi imposibilidad de plantear el problema de los auxiliares con una base subjetiva, del elemento interllo. Es de esperar que así resulte en la búsqueda de las próximas páginas.

Además, debería resultar demostrado, directa o indirectamente, que la falta de una buena técnica estructural en el mismo texto legislativo, imposibilita poner orden en la materia de auxiliares. Pudiendo quedar reafirmado entonces, que la sistematización unitaria de los auxiliares es mayormente posible cuanto más subjetivo sea el sistema –legislativo o doctrinario–, ya que, cuanto más subjetivo es el sistema mayor importancia se da al elemento interno, a la relación auxiliar-principal; mayor importancia se da a la “auxiliaridad” de la labor de los auxiliares. Debería quedar demostrado en adelante que, conforme el sistema –legislativo o doctrinario– se subjetiviza, se aumenta la consideración de la labor de los auxiliares, no como una actividad susceptible de regularse bajo la forma de contrato (mediación, comisión, mandato, locación de servicios) sino como una actividad que auxilia la del principal; no simplemente como actividad en el sentido de realización de actos sino como actividad de un sujeto determinado a favor de otro, sobre una base de fidelidad, buena fe, confianza, confidencialidad, etc., a la que entonces se dará gran importancia –y esto es fundamental– aunque no se regule o no se exprese en el texto de la ley.

PARDESSUS. –Entre los tratadistas más autorizados y antiguos del Derecho comercial francés posterior a la codificación, esta G.M. Pardessus.⁽⁹³⁾ Pardessus habla de locación de servicios, o de mandato, a propósito de los aprendices, obreros, dependientes, agentes o subalternos, transporte, locación de servicios por procura, comisión, intermediación, agencias de negocios. En unos casos habrá locación de servicios, en otros mandato, y en algunos ambos. Pero la agrupación –no vengamos a engaño– es un resultado natural de elementos comunes en las figuras enumeradas: todo el discurso del autor sobre locación de servicios y mandato es con el fin de establecer cuándo la actividad es acto mercantil sujeto a la competencia de los tribunales de comercio y cuando no lo es⁹⁴.

(93) I. M. PARDESSUS, *Corso di Diritto Commerciale*, Traducido de la 6ª ed. francesa por Francesco Fabiani, Napoli, 1857. Mario ROTONDI, *Diritto Industriale*, Cedam, Padova, 1965, pág. 15.

(94) *Op. cit.*, Tomo I, págs. 13 a 20.

Sin embargo, la común naturaleza de fenómenos tan separados en el texto del Código como la mediación (agents de change et courtiers) de los artículos 71 y siguientes, y los factores, dependientes y demás servidores, del artículo 634, lleva a Pardessus a estudiarlos conjuntamente. No se manifiesta expresamente el elemento común, pero se manifiesta tácitamente en cuanto se llega a tratar conjuntamente las figuras que lo contienen.

Al entrar Pardessus a la explicación de los contratos, la misma naturaleza de las cosas vuelve a manifestarse, en cuanto estudia conjuntamente el mandato y la comisión. En este caso mandato comprende todas las figuras de representación comercial por cuanto el concepto clásico del mandato, conforme al Código civil, mantiene esencial a él la representación art. 1984): como mandato se estudia aquí los elementos personales prepuestos al negocio,⁽⁹⁵⁾ entendiéndose por prepuesto a los “agentes, los dependientes y los subalternos”⁽⁹⁶⁾ en sentido amplio. La comisión, naturalmente, como actividad en propio nombre, viene contrapuesta a mandato.⁽⁹⁷⁾ La comisión, de los artículos 91 y siguientes, resulta así conjuntamente estudiada con factores, dependientes y agentes del artículo 634, porque todas las figuras giran alrededor de problemas comunes: externamente (internamente según la nomenclatura del Profesor Mossa) mandato (en este caso esencialmente representativo); internamente la labor auxiliar al principal de todos los sujetos dichos, y como antes quedó explicada.⁽⁹⁸⁾

Este análisis amplio, luminoso, que lleva luego al autor a grandes síntesis, realizado por Pardessus, desaparecerá en la doctrina posterior (salvo excepciones que revisaremos) para dar lugar a la exégesis del Código y leyes conexas.

BRAVARD VEYRIERE Y DEMANGEAT. –La exégesis la encontramos en Bravard-Veyriere y Demangeat,⁽⁹⁹⁾ en Thaller.⁽¹⁰⁰⁾

(95) *Op. cit.*, Tomo I, pág. 296.

(96) *Op. cit.*, Tomo I, pag. 289.

(97) *Op. cit.*, Tomo I, pág. 298.

(98) *Op. cit.*, Tomo I, pág. 294, n. 555.

(99) BRAVARD-VEYRIERE Y DEMANGEAT, *Manuel de Droit Commercial*, Ed. Maresq Ainé, Paris, 1868.

(100) THALIJR, *Traité Elementaire de Droit Commercial*, Ed. Rousscau, Paris, 1898. Al referirse a la naturaleza jurídica de la comisión habla ya de mandato, en nombre propio o mandato sin representación (N. 921 pág. 524, N. 926, pág. 528) pero considera toda la materia de los auxiliares dependientes, por su labor, ajena al derecho comercial, en cuanto éstos no son sino subalternos y el ejercicio de actos de comercio requiere cierta “independencia” (págs. 25 a 26); quedando, sin embargo bajo la jurisdicción comercial siempre que no se trate de meras relaciones obrero patronales (N. 1981, pág. 1069).

VALABREGUE. —Absolutamente excepcional resulta la obra de Valabregue⁽¹⁰¹⁾ que habla de los auxiliares en un apéndice a su obra, ya que el Código no le da ninguna posibilidad de hacer semejante tratación: el Código no habla de representantes de comercio (en el sentido que se le da en Francia, de agentes), ni de factores o dependientes (salvo con respecto a la competencia de los tribunales de comercio, art. 634); el Código, prácticamente, sólo habla, a propósito de corredores y comisionistas, de los respectivos contratos.

Valabregue, en cambio, trata prácticamente todas las figuras importantes de auxiliares: corredores, comisionistas, factores, dependientes, agentes, aún clasifica estos en auxiliares independientes, que ofrecen “leurs services a tous” y considerados por la ley como comerciantes y auxiliares dependientes, “liés a telle ou telle maison, ils sont dependants de leur maison et ne peuvent a la fois offrir leurs services a plusieurs”.⁽¹⁰²⁾ Para el autor la naturaleza jurídica de los auxiliares se concentra en la locación de servicios y el mandato.⁽¹⁰³⁾

LACOUR. —En Lacour, más de un siglo después de promulgado el Código se empieza a encontrar sistematizaciones —no ya simples concentraciones— alrededor del mandato (y aún se debe considerar que la obra de Valabregue citada, de 1898 es del todo excepcional, como se vio).⁽¹⁰⁴⁾ Lacour volverá a hablar de auxiliares dependientes, con la denominación genérica de “commis”, e independientes, que considera “intermediarios”. En estos últimos coloca corredores, agentes de cambio, comisionistas y “en cierto aspecto los banqueros”. En adelante el autor tratará el tema a propósito de las particulares figuras contractuales, locación de servicios y mandato.⁽¹⁰⁵⁾ En un apéndice se referirá a la “representación comercial”, expresión que en la ciencia jurídica francesa indica los “representantes de comercio”, es decir los agentes.⁽¹⁰⁶⁾

WAHL. —En 1922, Wahl⁽¹⁰⁷⁾ da mayor importancia al contrato de locación de servicios que al mandato, en los auxiliares que forman el personal de la empresa¹⁰⁸. En todo caso la vía sigue siendo contractual, objetiva.

(101) VALIBRÉGUE, *Nouveau Cours de Droit Commercial*, E. d. Marchard et Billard, Paris, 1898.

(102) *Op. cit.*, pág. 211.

(103) *Op. cit.*, págs. 213 y 214.

(104) León LACOUR, *Precis de Droit Commercial*, Ed. Dalloz, Paris, 1912, pág. 423.

(105) *Op. cit.*, págs. 532 a 541.

(106) *Op. cit.*, págs 541 y 542.

(107) Albert WAHL, *Précis Théorique et Pratique de Droit Commercial*, Ed. Sirey, Paris, 1922.

(108) *Op. Cit.* pág. 414 y 542.

LYON-CAEN Y RENAULT. —La misma vía, poco más o menos, es seguida por Lyon-Caen y Renault.⁽¹⁰⁹⁾ Considerando en primer lugar los actos de comercio, los autores analizan conforme al Código —como tales, las empresas de agencias de oficinas de negocios,⁽¹¹⁰⁾ las empresas de comisiones⁽¹¹¹⁾ las operaciones de corretaje,⁽¹¹²⁾ luego, a propósito de los contratos, se hablará de la comisión,⁽¹¹³⁾ de los agentes de cambio,⁽¹¹⁴⁾ de los corredores.⁽¹¹⁵⁾ Además, en un apéndice al capítulo IV,⁽¹¹⁶⁾ de la comisión, se trata a los prepuestos (Préposés): dependientes (commis), con su significado amplio de dependiente propiamente tal, factor, etc., viajeros dependientes y representantes de comercio, con el sentido, como hemos visto, de dependiente que realice operaciones comerciales a nombre del comitente o sirva de intermediario.⁽¹¹⁷⁾ Los problemas fundamentales tratados son los referentes al derecho social: problemas de salarios, elementos del contrato de trabajo según la figura, etc., así como la distinción entre comisión y mandato.⁽¹¹⁸⁾ En definitiva la obra es exegética, lo que no permite una tratación de síntesis.

LACOUR Y BOUTERON. —Lacour y Bouteron⁽¹¹⁹⁾ tratan, como los anteriores, primeramente los actos de comercio, pero dan una sistematización unitaria a los auxiliares, reflejo del sistema seguido años antes, individualmente, por Lacour: dividirán el tema en “dependientes” (commis) e “intermediarios”. Los primeros serán estudiados en cuanto al contrato de trabajo o de locación de servicios, que se produce entre patrón y obrero o trabajador,⁽¹²⁰⁾ los segundos en cuanto a los contratos de comisión⁽¹²¹⁾ y corretaje.⁽¹²²⁾ Los autores dirán que cuando el “cómmiss” es “encargado de realizar actos jurídicos” el contrato de

(109) LYON-CAEN et RENAULT, *Manual Elémentaire de Droit Commercial*, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1928 y *Traité de Droit Commercial*, mismo editorial, Paris, de 1921 a 1936, 8 vols.

(110) Manuel, *cit.*, n. 29.

(111) *Op. cit.*, N° 32.

(112) *Op. cit.*, N° 33.

(113) *Op. cit.*, N° 471 y ss.

(114) *Op. cit.*, N° 807.

(115) *Op. cit.*, N° 848.

(116) *Op. cit.*, N° 499 y ss.

(117) *Op. cit.*, N° 505.

(118) *Op. cit.*, N° 472.

(119) León LACOUR et Jacques BOUTERON, *Precis de Droit Commercial*, Ed. Dalloz, Paris, 1925, 4 vol.

(120) *Op. cit.*, N° 923, Vol. I.

(121) *Op. cit.*, N° 932 y ss., Vol. I.

(122) *Op. cit.*, N° 1641 y ss., Vol. 1.

locación de servicios “se complica” con un mandato y en este caso los “commis” serán además “préposés”, esto es prepuestos.⁽¹²³⁾ Lacour y Bouteron afirman la comisión como mandato sin representación, lo que implica aceptar la representación como un elemento natural de aquélla, es decir no esencial, al mandato, ya que se reconoce que éste puede existir sin ella, pero considera, por otra parte, la comisión como mandato “asalariado”, es decir mandato por el que un individuo se encarga, bajo salario, de realizar actos de comercio por cuenta de otro, por lo que también afirman que tanto los prepuestos (factor, por ejemplo) como los dependientes sedentarios, como los viajeros, que realizan actos de comercio por cuenta de su patrón contra salario, son comisionistas y “se confunden en una misma categoría”.⁽¹²⁴⁾ Como se ve, el tema sigue siendo externo, de contratos conforme al sistema objetivo del Código aunque se ve un florecer ya del subjetivismo en el hecho de ser organizada la materia unitariamente —en cierto modo— alrededor de la locación de servicios y del mandato. En la obra, el capítulo que trata tanto de los auxiliares dependientes como de los independientes (excepción hecha de corredores y agentes de cambio, según un buen criterio) se denomina “Del Mandato Comercial”.⁽¹²⁵⁾

Hasta el momento la doctrina francesa se ha debatido en el problema de encontrar, dentro del objetivismo de los contratos, patrones comunes que le permitan clasificar las figuras que el texto legislativo del Código de comercio de 1807 incluía en forma desorganizada y poco clara, así como aquéllas, que, si bien no consideradas por el legislador, pertenecen a la realidad de la vida comercial. En esta labor, para los auxiliares, las categorías generales centrales son, como es lógico, los contratos de trabajo y de mandato que se dan, en algunos casos separados, en otros apareados. Se ven aflorar aquí y allá los razgos del subjetivismo, ya sea empleando el término “auxiliares” con un contenido subjetivo, ya sea acumulando figuras que sólo pueden ser acumuladas en cuanto tienen como elemento común la relación subjetiva con el principal, de la auxiliaridad a éste: el elemento interno.

RIPERT. —La brecha en el sistema objetivo la abre Ripert⁽¹²⁶⁾ declarando que si en éste, en muchos casos, la naturaleza de los actos depende de la calidad

(123) Como lo hemos venido viendo y ya se explicó, los términos “commis” y “préposés” tienen en francés un sentido más amplio que “commesso” y “preposito”, en italiano” donde el primero es un dependiente, distinto de un factor (institore), y el segundo un factor distinto de un “commesso” o dependiente.

(124) *Op. cit.*, Vol. I, N° 938, in fine.

(125) *Op. cit.*, Vol. I, pág. 664 y ss.

(126) Georges RIPERT, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, Ed. Pichon et Durand, Paris, 1951.

de comerciante de quien los realice, mientras que en el sistema subjetivo se identifica a veces al comerciante en cuanto realiza actos de naturaleza comercial, se ésta en un círculo vicioso. Para Ripert el Código francés no toma partido por ninguno de los dos sistemas afirmando como necesaria —lo afirma Ripert— la existencia del derecho comercial como un derecho profesional, de comerciantes,⁽¹²⁷⁾ puesto que en la realidad es un derecho de excepción. Con esa base el autor cambia totalmente el planteamiento doctrinario comercial francés. En primer lugar trata, no ya de los actos de comercio como categoría central, sino a propósito de un concepto más amplio y subjetivo: “Los Comerciantes”.

En esta parte —que es la Primera— el capítulo inicial lo ocupan “las profesiones comerciales”.

No en vano Ripert dijo en el Prefacio a la primera edición de 1947 que ante todo se debía tomar partido entre la concepción objetiva y la subjetiva⁽¹²⁸⁾ y no en vano es un propugnador de la empresa como dato central del derecho comercial.

Se habla, sucesivamente, de profesiones comerciales y no comerciales. Entre las primeras están las “auxiliares e intermediarias”, entre las segundas se clasifican los empleados y los representantes. Como intermediarios se habla de los agentes, comisionistas y corredores; como empleados y representantes, de obreros, empleados, dependientes, agentes, gerentes, representantes y directores. “La diferente denominación —dice Ripert— responde a una diferencia de situación social más que de situación jurídica”.⁽¹²⁹⁾

Al capítulo cuarto de la Parte Primera hablará Ripert de la a empresa comercial⁽¹³⁰⁾ —concepto que, como vimos en la sección italiana, le merece las más elogiasas palabras— tratando “el personal de la empresa” en los números trescientos cincuenta y uno a trescientos cincuenta y siete. Aquí entra en función el contrato de trabajo como base de empleados, agentes y representantes, viajeros y sedentarios. Mandato, comisión y corretaje serán de nuevo revisados entre los contratos, incluyendo ahí figuras como la del agente.⁽¹³¹⁾

En general la nueva impostación permite ver a los auxiliares si no sistematizados alrededor de sus elementos internos, al menos agrupados, reconociendo en ello un principio de la importancia de la auxiliaridad, como elemento subjetivo, sobre los aspectos contractuales.

(127) *Op. cit.*, N° 8 y 9.

(128) *Op. cit.*, Prefacio a la 1ª edición, pág. VI.

(129) *Op. cit.*, N° 177.

(130) *Op. cit.*, N° 177.

(131) *Op. cit.*, N° 340 y ss.

ESCARRA. – En su “Curso”⁽¹³²⁾ Escarra hablará de actos de comercio objetivos y actos de comercio subjetivos: es decir, no ya como en los autores anteriores que hablaban de actos de comercio objetivos, absolutos y accesorios. La doctrina anterior habló prácticamente siempre de actos de comercio absolutos y accesorios entendiendo los primeros como aquellos que dan a quien los realice el carácter de comerciante, y los segundos como aquellos que devienen actos de comercio en cuanto quien los realiza es comerciante; siendo civiles por naturaleza.⁽¹³³⁾ Los autores que no usaron exactamente este esquema giraron siempre en torno a él. Pero ninguno, dentro del sistema francés hasta Escarra habló antes de “actos de comercio subjetivos” para referirse a los accesorios, es decir, a aquéllos que son comerciales en cuanto realizados por un comerciante con motivo de su actividad comercial.⁽¹³⁴⁾ Se puede bien decir que en este aspecto al menos, el sistema objetivo empieza a subjetivizarse en Escarra: La Parte Primera no es dedicada a los actos de comercio –como por otra parte en el sistema clásico– y estos no ocupan sino un segundo rango. La Primera Parte es dedicada “a los comerciantes y la empresa comercial”, formando los actos de comercio, una subdivisión de aquélla. Indicativo cambio de orientación. Una vez más el elemento subjetivo natural surge, inclusive, como en este caso, en el sistema objetivo por antonomasia (al menos en cuanto así lo pretendió el legislador y así lo quiso luego la doctrina) pues en el fondo el sistema no alcanzó esa meta, como ya lo hemos visto.⁽¹³⁵⁾

(132) Jean ESCARRA, *Cours de Droit Commercial*, Nouvelle Edition, Ed. Sirey Paris, 1952.

(133) Ver por ej., LYON-CAEN et RENAULT cits., pág. 55 y ss. del *Manuel*...

(134) ESCARRA, *op. cit.*, pág. 83; RIPERT, *op. cit.*, pág. 141, ya había notado como los actos llamados accesorios –frente a otros que entonces deberían ser principales– más principales que los principales (Nº 282), razón por la que él empieza a tratarlos precisamente por los llamados actos de comercio accesorios (Nº 283). Pero Ripert solamente invierte el orden en que se presentaban clásicamente los actos de comercio. No llega aún Ripert a una decidida subjetivización.

(135) ESCARRA, *op. cit.*, Nº 79: “La doctrina clásica, influida por el espíritu del Código de comercio, insistía grandemente en la noción de acto de comercio, que el Código pone en primer plano. No presentaba al comerciante sino como un individuo sujeto a algunas obligaciones profesionales particulares por hecho de su misma cualidad, adquirida por el sólo ejercicio de actos de comercio. La noción de fondo de comercio, de reciente formación, ha venido a ampliar estos alcances.

Es necesario hoy orientarse hacia horizontes más amplios. Desde que un comerciante tiene una actividad profesional que lo eleva por encima del vendedor callejero o del pequeño comerciante (boutiquier), es la noción de empresa la que aparece. Ella incluye los datos anteriores y los completa con otros.

Escarra penetra en el tema de la concepción objetiva del Derecho comercial y en la subjetiva⁽¹³⁶⁾ para luego afirmar que la enumeración de los actos de comercio del Código no es limitativa, lo que, por otra parte, ha sido reconocido por la jurisprudencia.⁽¹³⁷⁾ Esto quiere decir que puede haber “comercialidad” más allá de la enumeración legislativa. Examina, entonces, el autor, con qué criterio se puede jurídicamente establecer la comercialidad, desde que no coincide con el criterio económico,⁽¹³⁸⁾ examinando las teorías de la especulación y la circulación y luego la de la empresa, que encuentra más ventajosa.⁽¹³⁹⁾

En definitiva, con la aceptación del criterio de empresa para la determinación de la materia comercial, el autor se coloca a gran distancia del sistema objetivo que ya había debilitado al reconocer, en el Código de 1807, actos de comercio subjetivos.

En una subjetivización de los criterios, los auxiliares encontraran, en la parte primera dicha, “de la empresa y los comerciantes” un lugar en que sistemáticamente serán tratados: capítulo segundo, “los comerciantes”, bajo el epígrafe 3: “los auxiliares del comerciante”.⁽¹⁴⁰⁾ Será el lugar de los auxiliares

La empresa comercial, aún la simplemente individual, es una institución importante, a la vez del derecho privado y del derecho público. Presupone el ejercicio habitual de actos de comercio y por ello, la cualidad de comerciante. Incluye el fondo de comercio, instrumento de trabajo del comerciante. Pero el fondo es, en sí, un conjunto de valores, bienes y derechos, reunidos por la voluntad del jefe de la empresa y puestos en funcionamiento por su propia acción y también –cuando la empresa adquiere una cierta importancia– con el consenso y aún bajo el control de un personal al que la ley reconoce particulares derechos. En fin, toda esta actividad está encerrada en el cuadro de reglas de orden público cada vez más rígidas.

El desenvolvimiento de la economía dirigida, lo mismo si el futuro reserva posibilidades de un marcado regreso al liberalismo económico, no puede sino reforzar la noción de empresa comercial a expensas de estrechas nociones de acto de comercio y de comerciante. Esta evolución es sensible en las más recientes legislaciones extranjeras, como la de los Países Bajos, desde 1934, y de Italia, desde 1942.

Las observaciones precedentes justifican el título de esta Primera Parte y el espíritu con que ha sido tratada”.

La Primera Parte, que empieza con el número que acabamos de transcribir, se denomina, como se ha dicho: “Los comerciantes y la empresa comercial”.

(136) *Op. cit.*, Nº 80-81-82.

(137) *Op. cit.*, Nº 87, in fine.

(138) *Op. cit.*, Nº 88.

(139) *Op. cit.*, Nº 91 y 92.

(140) *Op. cit.*, Nº 177 y ss.

“asalariados” y de los “intermediarios independientes”. Seguimos lejos de los sistemas legislativos subjetivos y siempre el tema será el de contratos de locación de servicios y mandato, pero, como nos proponíamos al inicio de esta parte, se ha demostrado que a todo debilitamiento del objetivismo corresponde un fortalecimiento de la materia de auxiliares, en cuanto se les empieza a dar esta denominación, haciendo énfasis en ella, y se les agrupa como materia unitaria de estudio. Auxiliares, asalariados serán, a la par de los empleados y obreros, los dependientes (commis) con el sentido amplio que hemos visto, y auxiliares independientes serán los corredores, los comisionistas, los agentes, con una impostación alrededor del mandato.⁽¹⁴¹⁾ En los contratos Escarra tratará los de comisión y corretaje, juntos,⁽¹⁴²⁾ como especies del mandato, considerando con el artículo 29 de un reglamento sobre la materia (ver nota 141), el corretaje como un mandato doble, noción ya criticada en la primera parte de este estudio, en el derecho italiano.

La reacción a las debilidades de Ripert y Escarra se hará sentir en la obra de Joseph Hamel y Gastón Lagarde,⁽¹⁴³⁾ que en este sentido representaran el papel que Alfredo Rocco representó en la doctrina italiana. La obra es un regreso al objetivismo casi clásico de la época del Código. El capítulo cuarto se intitula “Bases racionales del Derecho comercial”: esas bases racionales son los actos de comercio: por naturaleza, por ley y relativos todos objetivamente contemplados. Se tratará de los “representantes de comercio” a propósito de la proyección al exterior de la empresa y dentro de la Parte Primera. “Las personas del Derecho comercial”, pero siguiendo una vía de antemano marcada por el acto de comercio como base racional del Derecho comercial. Así, los auxiliares serán de nuevo un problema objetivo –contractual y vendrán considerados, exclusivamente a propósito de la “representación en la formación de las obligaciones comerciales” y como fenómenos contractuales.

3. Los auxiliares en la legislación y doctrina española

Antes del Código de Comercio de 1829 España tuvo siempre un derecho indiferenciado. Al menos así fue con respecto al derecho privado. El Código de

(141) Un reglamento de 5 de nov. de 1946, art. 29, consideraba al corredor como un mandatario doble, noción que ya vimos a propósito del derecho italiano y a la que hicimos la crítica correspondiente. Este reglamento fue derogado por el Consejo de Estado, D. 1948, 410, 30 de abril de 1948.

(142) *Op. cit.*, N° 1062 y ss.

(143) HAMEL et LAGARDE, *Traité de Droit Commercial*, Dalloz, Paris, 1954, Tomo I, Cap. IV de la Introducción.

comercio de 1829 es la primera legislación comercial independiente española y obedeció al movimiento codificador universal abierto por Francia después de la Revolución. La influencia francesa se hizo sentir, naturalmente.⁽¹⁴⁴⁾ Sin embargo un mayor rigor sistemático objetivo no fue obtenido sino con el Código posterior, de 1885, aunque siempre “muy tímidamente”.⁽¹⁴⁵⁾ El Código posterior, de 1829 se orientaba, preferentemente, al sistema subjetivo.⁽¹⁴⁶⁾ Así, todo lo relativo a auxiliares (comisionistas factores y dependientes) se regulaba en el libro 1°, “considerando estas funciones como oficios auxiliares del comercio. Con un criterio muy superior, sin duda, lo coloca el nuevo Código en el libro II (de los contratos), porque, en realidad la comisión mercantil es un verdadero contrato bilateral...”⁽¹⁴⁷⁾

La exposición de motivos a las Cortes explícitamente manifiesta este cambio de ubicación por el cambio de sistema. Creemos conveniente transcribir el texto por la claridad que encierra: “Bajo este epígrafe (De la comisión mercantil)” aparecen agrupadas en el proyecto las disposiciones del Código vigente que tratan de los comisionistas y de los factores; lo cual es algo más que una alteración en el método, pues revela el distinto concepto que de ambas materias tienen formado el Código vigente y el proyecto que ahora se somete a la deliberación de las Cortes, y que es consecuencia forzosa de la diversa manera de considerar el Derecho mercantil. De aquí procede que, atribuyendo el Código a este derecho el carácter de personal o propio de una clase de ciudadanos, sólo atiende a fijar los derechos y obligaciones de las personas que intervienen en el comercio, ya como principales, ya como auxiliares, sin elevarse a la naturaleza jurídica de los actos y contratos que las mismas celebran, que es precisamente de lo que se preocupa en primer término el proyecto; el cual, partiendo desde un punto completamente opuesto, entiende que este Derecho tiene por objeto primordial regir y ordenar los actos y operaciones comerciales, fijando y determinando ante todo su respectiva naturaleza jurídica.

“Obedeciendo a estos principios, desaparece la calificación de oficios auxiliares, bajo la cual comprende el Código vigente, entre otros, a los comisio-

(144) *Introducción al Código de Comercio español* de Vicente ROMERO GIRON, Ed. Gongora, Madrid, 1901, pág. 14.

(145) *Op. cit.*, pág. 21.

(146) *Op. cit.*, pág. 24: “El Código de 1829, en su espíritu, quizá también en su letra, daba preferencia al sistema personal sobre el material (subjetivo y objetivo, que suelen decir los alemanes cuando tratan esta materia), por tal modo, que la relación jurídica varía más en consideración al estado personal (la profesión) que al acto o actos objeto de la misma”.

(147) *Op. cit.*, nota 4, págs. 207 y 208.

nistas, factores y dependientes de comercio, de cuyas funciones se ocupa el proyecto, como si constituyeran una forma especial del contrato de mandato, que es el elemento jurídico que predomina en los mismos".⁽¹⁴⁸⁾

El Código del 1885, conforme lo considera la doctrina, no fue decididamente objetivo (inclusive salvó el escollo del acto de comercio no dando su clasificación o enumeración y dando una definición que ha sido considerada vaga.⁽¹⁴⁹⁾

Sobre la base de un Código de tendencia objetiva, se levanta la doctrina, que pasamos a ver, en los autores más recientes.

En Vicente y Gella⁽¹⁵⁰⁾ los auxiliares reciben tratación doble: la contractual (comisión y mandato) y la personal o profesional (representación). A pesar de la objetividad del sistema, no escapa el autor a la necesidad de considerar el aspecto interno de la relación personal entre principal y auxiliar, lo cual indica una debilidad —como hemos visto tantas— del sistema objetivo. El Código de comercio español, según vimos antes, eliminó totalmente, en materia de auxiliares, toda consideración subjetiva, enviando su estudio al capítulo de los contrarios (comisión y mandato). Medio siglo después la doctrina habla siempre de auxiliares y contempla sus aspectos subjetivos independientemente de los contractuales. Es el elemento humano, natural que surge por doquier, el elemento esencial de toda relación jurídica: el sujeto. El título segundo de la obra citada se denomina "El comerciante y sus auxiliares": la intención de los redactores y del legislador ha quedado atrás; consciente o inconscientemente se impone el subjetivismo.

Esta doble tratación desaparece en el "Derecho Mercantil" de Avilés y Pou.⁽¹⁵¹⁾ Como contrato se estudia ahora solamente la comisión; no se estudia el mandato y sus formas: factor, dependiente y mancebo. Estos vienen considerados fuera de la parte de los contratos con carácter de auxiliares, aceptando los autores la posición de la doctrina que no considera auxiliares aquellas figuras comunemente denominadas independientes,⁽¹⁵²⁾ como comisionistas y mediadores.⁽¹⁵³⁾

(148) *Op. cit.*, págs. 207 y 208.

(149) *Code de Commerce Espagnol*, anotado por Henri PRUDHOME, Ed. Edouard Lauriel, Paris, 1891, pág. XXVI. Introd.: Derecho mercantil, Gabriel AVILÉS y José Ma. POU, Ed. Bosch, Barcelona, 1958, pág. 32.

(150) *Curso de Derecho Mercantil Comparado*, Augustín VICENTE y GELLA, Ed. La Academia, Zaragoza, 1960.

(151) *Op. cit.*, págs. 289 y 553.

(152) El profesor Garrigues dice ser contradictorios los términos "auxiliar" e "Independiente".

(153) Avilés POU, *op. cit.*, pág. 289.

En Vicente y Gella las únicas figuras de auxiliares tratadas —desde el punto de vista personal, subjetivo, eran aquellas que, ejerciendo representación, podían considerarse como el personal de la empresa. Ningún papel jugaban en este caso los auxiliares independientes. En la obra citada de Avilés y Pou, se hace referencia a una posible consideración de comisionista y mediador como auxiliares independientes pero únicamente para adherirse a la corriente doctrinaria que rechaza tal categoría de auxiliares. Ahora, en la obra de Uría⁽¹⁵⁴⁾ como contrato se considera de los auxiliares, solamente la comisión. Es a propósito de la empresa (elemento subjetivo) y el empresario, que en el personal colaborador de éste, se enuncia la materia de auxiliares. Aquí se vuelve a hablar como en los tiempos de Espejo y otros viejos tratadistas de auxiliares subordinados y autónomos. A despecho del texto del Código, que no regula la auxiliariad y que prefiere hablar de contratos de comisión y mandato, y a despecho del redactor del Código y del legislador, la doctrina vuelve a hablar de auxiliares dependientes e independientes, o subordinados y autónomos.⁽¹⁵⁵⁾ Y es que el autor ha retornado al subjetivismo del derecho comercial, al menos como base orgánica doctrinaria: "Por esta razón, al investigar ahora el concepto del Derecho Mercantil, debemos volver a la concepción subjetivista o profesional, que cuenta en su apoyo con una tradición secular... Por eso, la actual dirección subjetivista o profesional del Derecho Mercantil, que es, a nuestro juicio, la más certera y adecuada a los supuestos concretos de la realidad actual". ...⁽¹⁵⁶⁾

Garrigues⁽¹⁵⁷⁾ haciendo del "criterio de la Jerarquía" (esto es permanencia en el negocio y subordinación) un elemento necesario al concepto de auxiliar, elimina los llamados auxiliares independientes, de la categoría de auxiliares. En todo caso, sucede con la exposición del Prof. Garrigues otro tanto que con la de Vicente y Gella: no pudiendo negarse la importancia del elemento subjetivo (que el propio Garrigues califica como "deber de mutuo respeto, de consideración personal") se duplica el estudio de la materia: el aspecto personal, de auxiliariad, mutuo respeto y consideración subjetiva o personal, por un lado; y por otro el obligacional.⁽¹⁵⁸⁾

No se debe perder de vista este capítulo del derecho español por cuanto la mayoría de las legislaciones hispano-americanas sufrieron su influjo, sea a través del Código de 1829, sea a través del Código de 1885. Y el Código de

(154) Rodrigo URÍA, *Derecho Mercantil*, Imprenta Aguirre, Madrid, 1964.

(155) URÍA, *Op. cit.*, pág. 43.

(156) URÍA, *Op. cit.*, pág. 6.

(157) Joaquín GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, Imprenta Aguirre, Madrid, 1948, pág. 547.

(158) *Op. cit.*, pág. 546.

comercio español, de 1829 prácticamente estuvo vigente en Costa Rica hasta el año de 1964, cierto, como el vestido de un pordiosero: lleno de parches, pero vigente.

El Código de Comercio de Costa Rica de 1853, en líneas generales, fue un Código subjetivista, como se ve de su artículo 1º: “Se reputan en derecho comerciantes, los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se han inscrito en la matrícula de comerciantes, y tienen por ocupación habitual y ordinaria el tráfico mercantil, fundando en él su estado político”. Los problemas creados por esta norma tan complicada hicieron posible el artículo 2º de la “Ley de Quiebras”:⁽¹⁵⁹⁾ que pretendió dejar claro quién era comerciante, para todos los efectos y, principalmente, a fin de saber a quien se aplicaba dicha ley: “Por comerciante se tendrá a quienquiera que habitual y ordinariamente ejerza el comercio, aún cuando no estuviere matriculado.

“Queda así aclarado el artículo 1º del Código de Comercio”. Pero, en el fondo, nada quedó aclarado, enter otras cosas porque no se sabe qué suerte deba correr la partícula última del artículo 1º del Código de Comercio.

En todo caso, el Código de 1853 tendía al subjetivismo y de ahí que incluyera en el libro primero, “de los comerciantes y agentes del comercio” los “oficios auxiliares del comercio, y sus obligaciones respectiva”. Estos oficios, según el artículo 62 del Código los eran de comisionistas, factores, dependientes y conductores. Los mediadores del Código español del 29 no se incluyeron porque consideró la comisión que preparó el proyecto, ser innecesaria esa institución, al menos por muchos años en vista de la incipiente economía del país.

El sistema subjetivo del Código de comercio de 1853 de Costa Rica explica —no muy claramente— la incongruencia del Código de comercio de 1964 que, siendo como parece deducirse del artículo 1º, 5º inciso a) y 6º, un Código de tendencia objetiva, incluya un amplísimo y prolífero título de auxiliares del comercio, en el libro primero, del comerciante, en que se cuentan, en caldero común, comisionistas, corredores, jurados, factores, portadores, agentes viajeros, representantes de casas extranjeras, contabilistas, dependientes y agentes corredores de aduanas. En los contratos nada se dice de esta figura. En todo caso, sólo así se puede explicar tal incongruencia y algunas otras.⁽¹⁶⁰⁾

(159) Ley N° 15, de octubre de 1901.

(160) A un fenómeno diverso obedece la importancia enorme que el concepto económico de empresa ha adquirido en nuestro Derecho mercantil. Por otra parte, bien visto el artículo 5º inciso a) del Código de comercio, en cuanto hace del ejercicio habitual de actos de comercio un elemento esencial a la existencia de la figura del comerciante, se puede afirmar que, más que del comerciante, el artículo habla del empresario, en cuanto la habitualidad o profesionalidad implican el desarrollo de una actividad organizada.

4.

Los auxiliares en la legislación y doctrina alemanas

El Código de comercio alemán vigente es de tendencia subjetiva en oposición a su anterior de 1861, que seguía el sistema objetivo.

En consecuencia, la materia de auxiliares, salvo la comisión, se encuentra regulada en el libro primero y no en el de los “actos de comercio”. Y aún la comisión es estudiada desde un punto de vista subjetivo (negocio de los comisionistas),⁽¹⁶¹⁾ conforme al art. 1º, inciso 6º (nota anterior) y regulada tomando en cuenta como base al sujeto-agente.

Son así considerados desde un punto de vista subjetivo, la procura, de amplios límites fijados por la ley, el mandato comercial (art. 54), el mandato con representación (art. 55; comprendería los casos de personal dependiente con representación); el agente (según la denominación italiana, o representante de comercio, según la francesa; *handlungsagentne*) que forma parte de auxiliares independientes o *Selbständige hilfpersonen*; los corredores o *handelsmähler*.

Toda esta materia Heinsheimer⁽¹⁶²⁾ la agrupa (excepto la comisión) en el capítulo del “personal y auxiliares del comerciante”, estudiándola primero como “procura y mandato mercantil” (*Prokura und Handlungsvollmacht*) el problema de la representación mercantil;⁽¹⁶³⁾ luego como auxiliares del comerciante (*Handlungsgehilfen*), refiriéndose aquéllos que desarrollan actividad contra salario;⁽¹⁶⁴⁾ y pasando luego a los auxiliares independientes (*Salbständige hilfpersonen*),⁽¹⁶⁵⁾ sean los agentes,⁽¹⁶⁶⁾ y los corredores.⁽¹⁶⁷⁾ Más adelante en la Sección Tercera tratará los negocios mercantiles y en su capítulo tercero serán considerados los “negocios de las empresas auxiliares”,⁽¹⁶⁸⁾ entre ellos los de comisión (*Kommissionsgeschäft*), afirmando el autor que estos negocios son considerados desde un punto de vista subjetivo, en el Código.⁽¹⁶⁹⁾

Así pues, el sistema subjetivo alemán vuelve a agrupar los auxiliares fuera de los contratos y doctrinariamente surge la idea de que, aún una figura auxiliar (la comisión) estudiada en la parte de los contratos comerciales, lo es bajo una forma totalmente subjetiva, puesto que el texto mismo de la ley regula no el acto sino la actividad del sujeto: comisionistas.

(161) *Derecho Mercantil*, Karl HEINSHEIMER, Ed. Labor, Barcelona, Madrid, Buenos Aires, 1933, págs. 235, 236.

(162) *Op. cit.*, pág. 69 y ss.

(163) *Op. cit.*, págs. 69 a 71.

(164) *Op. cit.*, págs. 76 a 78.

(165) *Op. cit.*, págs. 76 a 78.

(166) *Op. cit.*, pág. 86 y ss.

(167) *Op. cit.*, págs. 86 a 89.

(168) *Op. cit.*, págs. 89 a 92.

(169) *Op. cit.*, pág. 235.

IMPLICACIONES ECONOMICAS DEL PROYECTO DE LEY DE REFORMA AL AUXILIO DE CESANTIA Y DEMOCRATIZACION ECONOMICA

Prof.: Johnny Alvarado V.*

Luis Carlos Peralta B.*

(*) Los autores son profesores en la Escuela de Economía de la Universidad de Costa Rica.

EL PROBLEMA

El proyecto de ley de Reforma al Auxilio de Cesantía tiene dos objetivos, primero resolver el problema que presenta la legislación actual respecto al pago del auxilio de Cesantía, el cual se presenta como una expectativa de derecho para los obreros con un tope de ocho años de labores. Segundo, dado el que el mercado accionario costarricense representa alrededor del 1% de las transacciones que se realizan en las bolsas de valores, se establece el problema de la poca rotación y participación de diversos accionistas dentro de las empresas (democratización del capital).

EL OBJETIVO

El objetivo que tiene el proyecto consiste primero, en convertir el pago del auxilio de la Cesantía de una expectativa de derecho a un derecho real sin límite de tiempo, lo cual implica reformar la legislación actual, en la cual prevalece un tope de ocho años laborales y a su vez ciertas condiciones que deben cumplirse para que el trabajador pueda recibir dicho pago. Segundo, promover la democratización del capital de las empresas a partir de diversos incentivos que establece la legislación.

DE LAS DEFINICIONES

El auxilio de la cesantía, según el artículo 62 de la Constitución Política, se define como una indemnización que reciben los trabajadores que han sido despedidos sin justa causa, siempre y cuando no se encuentren cubiertos por un seguro de desocupación (figura que aún no existe en la legislación costarricense).

El seguro de desempleo es un pago que recibe el trabajador en el momento en que se encuentre desempleado sin que medie para ello contribución previa por parte del obrero a sistema alguno.

La prima de antigüedad se refiere al pago complementario que recibe el empleado por concepto o premio por permanencia dentro de una empresa.

DE LOS SUJETOS

1. De los trabajadores asalariados

1.1. Situación actual

Los trabajadores asalariados por tiempo indefinido (artículos 28 y 29 Código de Trabajo) tienen derecho al pago del auxilio de cesantía cuando son

despedidos sin causa justa (artículo 83 C.T.). De tal forma que el auxilio de cesantía se entiende como una indemnización que se le pagará al trabajador en el momento de quedar cesante, sin importar que pase inmediatamente a las órdenes de otro patrono (art. 29 e. C.T.).

1.2. Proyecto de ley

1.2.1. Origen del auxilio de Cesantía

El proyecto establece que los trabajadores recibirán el auxilio de cesantía por las siguientes causas: a. Despido sin causa justa; b. Despido con causa justa; c. Renuncia; y d. Las que presenta el art. 85 del Código de Trabajo.

En el primer caso se presenta la figura típica del auxilio de la cesantía debido a que al trabajador se le indemniza cuando es despedido sin causa justa, sin embargo para la renuncia y el despido con causa justa, se presenta la figura de la prima de antigüedad ya que, sea cual sea la causa del despido o renuncia, el trabajador tiene derecho a ese pago, pero ya no como una indemnización.

Debe quedar claro que, para ninguno de los casos, el auxilio de cesantía figura como una seguro de desempleo, ya que para tener derecho y disfrute del seguro de desempleo basta con quedar cesante en algún momento, y el asegurador se encarga de brindar el pago al trabajador hasta que obtenga empleo.

1.2.2. Manejo del Auxilio de Cesantía

El proyecto de ley establece los mecanismos y las personas jurídicas legalmente autorizadas para el manejo de los fondos: los Bancos del Estado, el Banco Popular, organizaciones cooperativas, sindicatos, asociaciones solidaristas o cualquier otra organización legalmente constituida para la administración de los fondos.

Primero, los fondos pueden depositarse en la persona jurídica autorizada que, voluntariamente, escogerá el trabajador.

Segundo, se crean los lineamientos en cuanto a las actividades en las que es factible invertir los fondos provenientes de la cesantía, los cuales serán establecidos por la Comisión Nacional de Valores.

Tercero, el artículo 13 del proyecto presentan problema de interpretación puesto que se crea un pago a favor de las instituciones legalmente constituidas para el manejo del flujo de los fondos recaudados equivalente al 0.5% sobre el activo de los fondos, y adicionalmente un pago del 5% sobre el flujo de ingresos.

Esto crea un problema de orden contable en el sentido de que los activos de las administradoras de fondos de laborales son las inversiones que realizan y no los fondos de los trabajadores, los cuales representan un pasivo. A partir de este hecho, entonces la legislación establece el margen de intermediación que pueden cobrar las administradoras, en caso contrario se estaría creando un pago para los trabajadores a partir de sus propios fondos, lo cual, aparte de ser un error de tipo contable e interpretativo es injusto para el trabajador.

Cuarto, la fiscalización de las entidades quedará a cargo de terceros (Comisión de Cesantía o Comisión Nacional de Valores) y no de los trabajadores.

1.2.3. Disfrute del Auxilio de Cesantía

Los trabajadores pueden disfrutar del auxilio de la cesantía en los siguientes casos:

a. Al quedar cesantes o desempleados.

Los trabajadores, al quedar cesantes por cualquier causa, pueden disponer de pagos mensuales, como máximo, hasta de un 70% del último salario, hasta que agote el fondo de que dispone.

Para los casos siguientes, el trabajador o a quien corresponda, tienen el derecho de recibir el pago íntegro por concepto de auxilio de cesantía:

- b. Por muerte del trabajador;
- c. Por incapacidad permanente o gran invalidez del trabajador;
- d. Por jubilación o pensión del trabajador;
- e. Cuando permanezca en el exterior por más de un año.

1.2.4. Compra de acciones de las empresas

Los trabajadores que así lo decidan, pueden realizar compras de acciones de empresas, a un valor del cincuenta por ciento de su valor en libros a partir de una línea de crédito que se abre en los bancos del Estado.

1.2.5. De las discriminaciones

El proyecto de Ley no tiene carácter retroactivo es decir, que las acciones ocurridas antes de la publicación de la nueva ley se regirán por el código de trabajo (legislación actual).

Segundo, los trabajadores contratados por tiempo definido son discriminados del pago de auxilio de cesantía debido a que el proyecto sólo contempla los casos de empleo por tiempo indefinido.

Tercero, los trabajadores que actualmente poseen contratos especiales con sus patronos, en cuanto a la modalidad y periodicidad del pago por concepto de la cesantía, quedarán sujetos a la nueva legislación, sin considerar las costumbres o derechos que anteriormente se hayan constituido.

1.3. De los costos del proyecto

1.3.1. De la obligatoriedad de la ley

El proyecto de ley sería de acatamiento obligatorio por parte de las empresas y de los trabajadores, lo cual violaría los contratos, derechos y costumbres de pago e incentivos que se han dado entre diversos patronos y empleados que realizan la liquidación del pago de la cesantía por períodos definidos (por lo general cada año), de esta forma los trabajadores beneficiados verían frustrados sus planes de ingresos, ahorro y gastos al eliminárseles este ingreso.

1.3.2. De la elección de inversión financiera

El proyecto de ley permite a los trabajadores escoger libremente en qué instituciones colocar los pagos correspondientes por auxilio de cesantía. Sin embargo el proyecto no considera la creación de parámetros financieros y de riesgo que permitan cuantificar la bondad de las administradoras de fondos.

Por otro lado no se establece el rendimiento mínimo a pagar por parte de las administradoras de fondos, ni el plazo a los cuales se les pagará dichos rendimientos.

1.3.3. De la administración y liquidación del fondo

Los trabajadores son obligados a mantener el auxilio de cesantía en una institución legalmente autorizada hasta que queden cesantes.

Los costos derivados de esta decisión son los siguientes:

Primero, se incurre en un costo social para los trabajadores período tras período debido a que no tienen disfrute del derecho adquirido a través de la

legislación. A su vez, la legislación, debido a los problemas de interpretación que pueden establecerse del artículo 13, faculta a las instituciones legalmente autorizadas a cobrar el 5% sobre los ingresos por cesantía, lo cual perjudica a los trabajadores al ver disminuido su capital. Por otro lado, dichas instituciones están facultadas a cobrar un 5% sobre el activo, lo cual vuelve a perjudicar a los trabajadores debido a que es responsabilidad de estas instituciones asegurar al trabajador un rendimiento (tasa de interés pasiva) e invertir en proyectos rentables en los cuales obtenga una utilidad por la intermediación financiera, y no como se plantea, en el proyecto, dado que es el trabajador el que paga parte del proceso de intermediación, asegurando, de alguna forma, las utilidades mínimas del intermediario.

Segundo, la legislación (artículo 27), no establece los mecanismos de capitalización, periodicidad, ni informe de resultados que las instituciones legalmente autorizadas deben rendir ante los trabajadores respecto a las ganancias que se obtienen sobre los fondos que se mantienen congelados en las mismas, así como tampoco los rendimientos mínimos a obtener por parte de los trabajadores. A su vez, dado que a los trabajadores no se les permite el cambio de administradora de fondos sino hasta después de seis meses, entonces podría establecerse que, como mínimo el trabajador debe recibir como interés el que recibiría en los bonos de estabilización monetaria del banco central a tres o seis meses plazo.

Tercero, los trabajadores, al quedar cesantes, tienen derecho al retiro de cierto porcentaje de lo que mantienen congelado, el cual se les pagará mensualmente, lo cual es arbitrario y contradice el derecho real que dio origen al proyecto de ley, del que se entiende que, al ser el pago de la cesantía un derecho real, el trabajador tiene derecho al pleno disfrute del mismo. También es importante resaltar el hecho de que la legislación no establece un plazo mínimo en el cual los trabajadores reciban el pago correspondiente.

Cuarto, que en la legislación se establece un pago mensual de acuerdo al 70% del último salario, lo cual carece de fundamento no sólo por lo que se mencionó en el punto anterior sino debido a que los trabajadores mantienen en las instituciones tanto el aporte por cesantía como las utilidades que derivadas de las mismas. Además, la legislación no establece qué sucede en el caso de que el trabajador, al quedar cesante tenga derecho a todo el fondo, cuando, por ejemplo, es despedido en un plazo menor a los ocho meses o bien cuando, luego de haber recibido incrementos salariales importantes, y es despedido, tenga derecho a todo el fondo.

Quinto, la legislación no establece mecanismos que permitan a los trabajadores conocer mensualmente cuál es el estado de cuenta que poseen en las administradoras de fondos, ni el importe efectivamente pagado por las empresas a nombre de los trabajadores. De esto se tiene que debe ser obligatorio para las administradoras de fondos entregar mensualmente a los trabajadores su

estado de cuenta, en el cual se incluya tanto los fondos recibidos por parte de los patronos como los intereses que reciben los trabajadores por mantener depositados dichos fondos.

1.3.4. De la compra de acciones

El proyecto permite a los trabajadores a hacer uso del fondo de cesantía para la compra de acciones de empresas a un cincuenta por ciento de su valor en libros. Primero tenemos que no se aclara en qué tipo de empresas pueden invertir el trabajador, ni la obligatoriedad expresa de las empresas para que abran su capital.

Segundo, no se aclara en qué momento, ni bajo qué parámetros de riesgo deben los bancos del estado abrir líneas de crédito a cualquier trabajador que así lo desee.

Tercero, no existen limitaciones expresas en cuanto al traspaso de acciones, lo cual abre un portillo para que los trabajadores compren acciones y las vendan a su criterio, lográndose de esta forma que los trabajadores reciban una línea de crédito para financiar otras actividades.

Cuarto, aún y cuando los trabajadores deseen mantener en su poder dichas acciones (o se vean obligados a hacerlo), entrarían como accionistas minoritarios, de tal manera que el poder o influencia que tendrían sobre las decisiones sería mínimo.

Quinto, el proyecto no establece los mecanismos necesarios que deben darse en el mercado financiero a fin de establecer parámetros y la valoración respectiva del riesgo y solvencia de las empresas que estarían dispuestas a abrir su capital. De ahí que existe alguna probabilidad de fraude o estafa por parte de empresas insolventes que deseen refinanciar sus obligaciones a partir de la venta de acciones.

1.3.5. De las discriminaciones

Como se dijo en puntos anteriores, los trabajadores por tiempo definido no tienen derecho al pago de la cesantía, lo cual discrimina el trabajo realizado por este tipo de empleados.

1.4. De los beneficios

El beneficio que recibirían los trabajadores a partir de la aprobación del proyecto de ley consistiría, eventualmente, en que el auxilio de cesantía pasaría de ser una expectativa de derecho a un derecho real.

Entonces los trabajadores deben medir los costos del proyecto y los beneficios que se derivan del mismo a fin de establecer si realmente se ven beneficiados.

2. De las empresas

2.1. De la situación actual

El auxilio de cesantía es tratado, de tres formas distintas por las empresas, según criterio de los patronos o convenios con los trabajadores.

2.1.1. De las que contabilizan el auxilio de cesantía como un costo de producción sólo en el momento en que se incurre en el mismo

El primer grupo de empresas contabiliza el auxilio de cesantía sólo cuando es necesario realizar el pago a un trabajador que es despedido sin justa causa, de tal forma que el pago por auxilio de cesantía se reconoce como un costo de producción de un período en el momento en que se hace efectivo su pago.

2.1.2. De las que contabilizan el auxilio de la cesantía como un costo normal de producción pero no lo pagan a los trabajadores

El segundo grupo de empresas contabiliza el auxilio de la cesantía de todos los trabajadores como un costo de producción normal de la empresa, aunque los trabajadores no reciben este derecho sino hasta que son despedidos sin justa causa. Lo cual quiere decir que la empresa considera el auxilio de la cesantía como un costo del período, aunque lo contabiliza como un pasivo contingente, (situación que depende de la ocurrencia de un evento: despido sin justa causa) realizando el pago sólo cuando es obligatorio.

2.1.3. De las que contabilizan el auxilio de cesantía como un costo y lo pagan en su totalidad a los trabajadores

El tercer grupo de empresas no sólo contabiliza el auxilio de la cesantía de todos los trabajadores como un costo de la producción, sino que hace efectivo

este derecho a todos los trabajadores mediante el pago directo o bien a través de las asociaciones solidaristas.

2.2. Del Proyecto de Ley

El proyecto de ley reconoce el auxilio de cesantía como un derecho del trabajador. Dicho pago debe depositarse mensualmente a nombre del trabajador en las instituciones legalmente autorizadas para administrar dichos fondos.

3.3. De los costos

El auxilio de cesantía, de considerarse y establecerse como un derecho real de los trabajadores, afectaría los grupos de empresas que mencionamos anteriormente.

Primero, para las empresas que consideran el auxilio de cesantía como un costo cuando realmente se incurre en su pago tenemos que, al obligárseles a depositar la totalidad de dicho pago en las instituciones legalmente autorizadas, aumentan los costos de producción debido a que deben considerar el pago de la cesantía de todos los trabajadores y a su vez el flujo de efectivo (necesidades de pago y financiamiento aumentan). Todo esto puede traducirse en incrementos en el precio de los productos y con ello en las pérdidas de competitividad de sus productos.

Segundo, para las empresas que contabilizan el auxilio de cesantía de todos los trabajadores como un costo de producción y que sólo lo pagan cuando se hace efectivo tenemos que aumentan las necesidades de financiamiento debido al pago que deben realizar por concepto del auxilio de cesantía a las instituciones legalmente autorizadas, lo cual se traduce eventualmente en incrementos en el precio de los productos debido al costo de financiamiento.

Tercero, para el caso de las empresas que lo contabilizan y pagan no existen costos adicionales para la empresa.

2.4. De los beneficios

Las empresas que estén dispuestas a abrir sus capitales y vender acciones a los trabajadores, a un cincuenta por ciento de su valor en libros, tendrán una fuente de financiamiento externo de bajo costo y riesgo debido a la condición de accionistas minoritarios de los trabajadores.

3. Gobierno

De ser aprobado el proyecto de ley, el gobierno debe realizar el pago de a las instituciones legalmente autorizadas para dicho fin. Este pago se transforma en un incremento en los gastos del gobierno por concepto de planillas de sus empleados, lo cual incrementa las necesidades de efectivo o ingresos del gobierno a fin de poder cumplir con los pagos.

3.1. Del Proyecto de Ley

El proyecto de ley no establece los lineamientos ni la factibilidad económica de que el estado cumpla con los pagos correspondientes al auxilio de cesantía.

3.2. De los costos

3.2.1. De los impuestos

El gobierno puede financiar el incremento en sus gastos a través de nuevos impuestos, lo cual ocasionaría graves costos sociales especialmente los relacionados con la redistribución del ingreso que se daría a nivel nacional así como los incrementos en precios que podrían derivarse de dicha medida.

3.2.2. De la deuda interna

Otro mecanismo que tiene el gobierno para satisfacer el incremento en los gastos sería a través de la emisión de nuevos títulos de deuda, lo cual tendría un impacto directo sobre el mercado financiero debido al incremento en las tasas de interés y deterioro de la inversión o capacidad productiva del país.

3.2.3. De las Promesas de Pago

Finalmente, el gobierno podría emitir títulos valor directamente a las instituciones legalmente autorizadas, a fin de satisfacer, al menos contablemente, las transferencias de fondos por concepto de auxilio de cesantía, lo cual le restaría liquidez al sistema.

En términos generales, el pago del auxilio de cesantía recae sobre los consumidores y sobre la capacidad productiva del país.

4. De las instituciones legalmente autorizadas para administrar el fondo de cesantía

4.1. De la situación actual

En la actualidad las únicas instituciones legalmente autorizada para administrar los fondos de cesantía son las asociaciones solidaristas (Ley 6970). Instituciones administradas por los trabajadores afiliados encaminadas al mejoramiento socioeconómico de los mismos.

En esta ley se establece que el patrono realiza el pago por concepto de auxilio de cesantía a la Asociación Solidarista. Debe aclararse que sólo los trabajadores afiliados tienen derecho al pago completo por auxilio de cesantía sea cual sea la causa que da origen a la separación del trabajador de la empresa.

A su vez los afiliados tienen derecho a ciertos beneficios de la asociación, así como a la repartición de las utilidades que se realicen en el período proporcionalmente a la contribución efectuada.

4.2. Del Proyecto de Ley

El proyecto de ley establece que, aparte de las asociaciones solidaristas, las siguientes instituciones están en la posibilidad de administrar los fondos de la cesantía: los bancos del Estado, el Banco Popular, el Banco Solidarista, los bancos cooperativos y cualquier otra organización legalmente constituida para la administración de dichos fondos.

Uno de los aspectos que no se mencionan en el proyecto de ley se refiere al tiempo máximo que debe mediar entre el momento en que un trabajador solicita el retiro total o parcial de los fondos, ni las provisiones o reserva que, por ley deben realizar las administradoras de valores, para contar con la liquidez y el respaldo financiero correspondiente a la hora de hacer frente a dichas redenciones.

4.3. De los costos

4.3.1. De la Administración Externa

Los trabajadores, dentro de las asociaciones solidaristas, administran sus propios fondos. El proyecto de ley permite la administración de los fondos por agentes externos a las empresas y, por ende, a los trabajadores, de tal manera que el riesgo de administración aumenta desde el punto de vista de los trabajadores debido a que éstos no tendrían poder ni supervisión directa sobre las inversiones que se realizan.

4.3.4. Del manejo de cartera

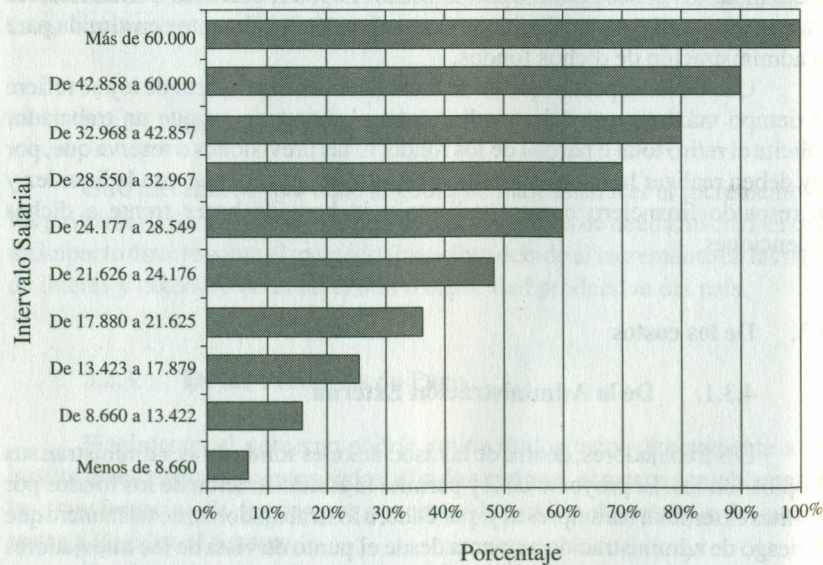
La nueva ley establece limitaciones porcentuales en cuanto al destino de los recursos provenientes del fondo de cesantía, lo cual implica un control estricto sobre el monto y destino de las inversiones. El proyecto y su reglamento no establece las sanciones del caso para las infracciones a la cartera predeterminada.

4.3.3. Del manejo de pequeñas inversiones

El manejo financiero de una cartera de fondos de cesantía depende principalmente de los montos individuales y totales, por empresa, que reciba una institución legalmente autorizada para el manejo de dichos fondos.

En la ilustración #1 se observa que cerca del 70% de la población asalariada costarricense recibe menos de ₡43.000 mensuales, de ahí que la contribución promedio de estos sería aproximadamente de ₡1.500 mensuales, aunque como se sabe existen actividades que aportarían menos que el promedio.

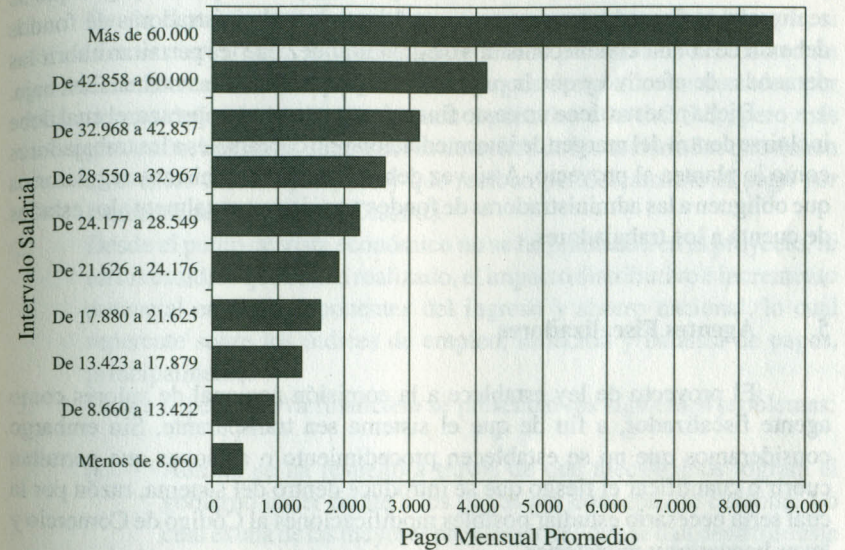
DISTRIBUCION SALARIAL ACUMULADA
COSTA RICA, JULIO 1992



Distribución Salarial Acumulada para los trabajadores de Costa Rica. Julio 1992.

En la ilustración #2 se observa la contribución promedio que se obtendría por intervalo salarial.

PAGO MENSUAL PROMEDIO DE AUXILIO DE
CESANTIA POR INTERVALO SALARIAL



Contribución Promedio por concepto del pago de auxilio de cesantía según intervalo salarial. Julio 1992.

El manejo financiero de contribuciones inferiores a los ₡1.000,00 mensuales debe ser cuantificado a fin de establecer la factibilidad económica del manejo de dichos fondos. A su vez, como lo mencionamos en el punto 1.3.3., las instituciones deben cumplir con criterios de eficiencia que les permita obtener una utilidad luego del proceso de intermediación financiera, razón por la cual consideramos que no es correcto o justo que se traslade este costo a los trabajadores a través de las utilidades o rendimientos obtenidos.

4.3.4. Del costo financiero de la reserva

Por último, será necesario constituir una reserva legal que respalde el pago efectivo, por parte de las instituciones, del auxilio de cesantía a los trabajadores que califican para ello.

Para esto deberán de establecer diversos estudios y pronósticos sobre el pago que se realizarán mensualmente a los trabajadores que soliciten los fondos de cesantía, entre ellos los desempleados, los que se pensionan y los que fallecen. Este estudio y pronóstico es de gran importancia para lograr el buen manejo de la cartera de inversiones que tienen las administradoras de fondos y que logren respaldar las obligaciones en el corto plazo. Por otro lado, a largo plazo este estudio será cada vez más importante puesto que los pagos que se realizarán serán cada vez mayores, por lo que las administradoras de fondos deberán de contar con mecanismos de gran liquidez que les permitan cubrir las demandas de efectivo y que la probabilidad de quiebra de las mismas sea baja.

Dicha reserva tiene un costo financiero para estas empresas, el cual debe incluirse dentro del margen de intermediación y no cobrarse a los trabajadores como lo plantea el proyecto. A su vez deben crearse mecanismos regulatorios que obliguen a las administradoras de fondos a enviar mensualmente los estados de cuenta a los trabajadores.

5. Agentes Fiscalizadores

El proyecto de ley establece a la comisión nacional de valores como agente fiscalizador, a fin de que el sistema sea transparente. Sin embargo consideramos que no se establecen procedimiento o acciones que permitan cubrir o cuantificar el riesgo que se introduce dentro del sistema, razón por la cual sería necesario estudiar posibles modificaciones al Código de Comercio y leyes bancarias y monetarias.

6. Las Sanciones

La legislación establece diversas sanciones al amparo del Código penal, artículos 223, 240, 357, 358 y 360. En estos artículos se crea como pena la cárcel o multa para los agentes que incumplan las disposiciones de la ley (art. 37). Sin embargo es necesario aclarar dos puntos básicos, primero, que una administradora de fondos que oculte información o engañe a los trabajadores se le debe imponer un multa de acuerdo al perjuicio realizado y no de acuerdo al sistema de multas que establece la legislación costarricense, segundo, que la cárcel, lejos de resolver el problema al que se enfrentan los trabajadores engañados, castiga doblemente a la sociedad en vista de que la misma sociedad debe pagar impuestos para mantener las cárceles, por ello consideramos que el mecanismo que debe privar es el de multas de acuerdo a los montos defraudados o engañados y, a su vez, para el caso de los patronos que no pagasen puntualmente la cesantía, se les debe de cobrar intereses sobre dichos fondos.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El estudio sobre el Proyecto de Ley del Auxilio de Cesantía y Democratización Económica, permite concluir que, de aprobarse el proyecto se darían diversos problemas desde la perspectiva social, económica y financiera, a saber:

1. Desde el punto de vista social se presentan problemas debido a que, si bien es cierto que el proyecto convierte la expectativa de derecho en un derecho real de los trabajadores, deja por fuera a los asalariados por tiempo definido y a los que no son reportados a la C.C.S.S.; pero más grave aún, legisla en contra de los derechos de los asalariados que tienen convenios con los patronos y que reciben periódicamente el pago por concepto del Auxilio de Cesantía.
2. Desde el punto de vista económico no se ha planteado en el proyecto, ni en los estudios que se han realizado, el impacto distributivo e incremento potencial en los componentes del ingreso y ahorro nacional, lo cual repercute sobre los índices de empleo, inflación y balanza de pagos, principalmente.
3. Desde la perspectiva financiera se presentan los siguientes problemas:
 - a. Aún no se ha resuelto a través de qué mecanismos logrará el gobierno hacer frente a los pagos por concepto de cesantía. Lo cual es una de las mayores problemáticas que se dan dentro de este esquema debido a la gran cantidad de trabajadores que trabajan para el sector público.
 - b. No existe un planteamiento definido sobre las excepciones o privilegios que la ley establecerá durante el proceso de transición para el caso de las pequeñas y medianas empresas.
 - c. El proyecto no establece mecanismos directos de control o parámetros que permitan cuantificar el riesgo que enfrentan los trabajadores al invertir los fondos de cesantía en entidades que no están bajo su control.
 - d. No se establecen las modificaciones que se realizarán sobre la ley Reguladora del Mercado de Valores y otras leyes que permitan ejecutar controles sobre las empresas que estarían dispuestas a abrir su capital y en las que el trabajador puede optar por comprar acciones de las mismas.
 - e. El proyecto no establece la periodicidad del pago de utilidades, intereses o dividendos que obtendrían los trabajadores y la capitalización de los mismos.

- f. Establecer mecanismos de control sobre las entidades administradoras de fondos de cesantía a fin de que brinden informes periódicos y oportunos a los contribuyentes.
- g. Por último, el proyecto de reforma se presenta como una clara alternativa de inyección de dinero al mercado financiero costarricense, debido a que el fondo obligatorio de la cesantía se constituye como un flujo de fondos al mercado financiero de vivienda e inversión en pequeñas empresas, de ahí que, ante esta posibilidad, es posible argumentar que el objetivo central del proyecto difiere sustancialmente del que se enunció al inicio de este trabajo, el cual era: convertir la cesantía de una expectativa de derecho a un derecho real, a un objetivo estrictamente financiero.

Los beneficios que presenta el Proyecto, principalmente los relacionados con la expectativa del pago del Auxilio de Cesantía para los trabajadores, en algún momento determinado, y por un monto que no se puede cuantificar fácilmente, deben ser comparados con los costos sociales que se derivan del mismo de tal forma que podamos establecer la viabilidad y bondades que se presentan.

De ahí que es necesario estudiar más a fondo formas alternativas que permitan cumplir con el objetivo de convertir la cesantía en un derecho real.

Entre las alternativas que se pueden plantear consideramos, entre otras las siguientes:

- a. Realizar un estudio sobre la factibilidad de un seguro de desempleo en Costa Rica, tal y como lo plantea la Constitución Política,
- b. La creación de un décimo cuarto mes de salario para los trabajadores que sería pagado al final de cada año por concepto de prima de antigüedad de los trabajadores y, finalmente
- c. Una revisión de la ley de Asociaciones Solidaristas que permitan incorporar los cambios que plantea el actual proyecto.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y GENERO

*Dr. Jorge Enrique Romero Pérez**
Catedrático e Investigador
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

(*) Ponencia presentada en el Seminario Internacional del Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO). Lima, enero de 1994, sobre Derecho Constitucional y Género.

SUMARIO:

- Resumen
- Objeto
- Abstract
- I. Introducción
 - II. Referente jurídico: caso uno
 - * Constitucional
 - * Convencional
 - * Legal
 - * Reglamentario
 - III. Resolución de la Sala Constitucional No. 2196 (1992):
 - * Consecuencias jurídicas
 - * Razonamiento del voto salvado (de minoría)
 - IV. Criterios de la audiencia conferida:
 - * Procuraduría General de la República
 - * Colegio de Médicos y Cirujanos
 - V. Fundamento de hecho de las accionantes
 - VI. Criterio personal (caso uno)
 - VII. Resolución de la Sala Constitucional No. 3435 (1992). Caso dos. Vocablos *mujer* y *hombre* como sinónimos de *persona*.
 - VIII. Resolución de la Sala Constitucional del 18 enero de 1994. Caso tres. Inscripción de inmueble a nombre ambos compañeros (unión de hecho).
 - IX. Reflexión final
- Breve glosario
- Bibliografía básica

RESUMEN

Caso uno:

La Sala Constitucional resolvió que la mujer tiene derecho a decidir acerca de si se esteriliza o no, sin necesidad de contar con la autorización de su esposo o compañero.

Esta resolución No. 2196 de 1992 se refiere exclusivamente a la esterilización terapéutica.

Caso dos:

Se hacen sinónimos los vocablos de *hombre* y *mujer* al de *persona* para evitar discriminaciones y violación al mandato constitucional de igualdad ante la ley (art. 33 de la Constitución Política; entendiéndose *ley* como cualquier norma jurídica del rango que fuere).

Caso tres:

Se declara inconstitucional el artículo 7 de la *Ley de igualdad social de la mujer* que decía que cuando existía una *unión de hecho*, toda propiedad inmueble otorgada mediante programas de desarrollo social se inscribía a nombre de la mujer. Ahora, la citada inscripción se hace a nombre de ambos compañeros (mujer y hombre).

OBJETO

Caso uno:

Derecho de la mujer a decidir por sí sola acerca de la esterilización terapéutica.

Caso dos:

Ya sea el *hombre* o la *mujer* tienen derecho a la naturalización como costarricense, a pesar de que el art. 14, inciso 5 de la Carta Magna dice *mujer*, se debe entender que el vocablo pertinente es el de *persona*, el cual es genérico e inclusivo de los dos sexos.

Caso tres:

En el artículo 7 de la Ley de igualdad social de la mujer (No. 7142 de 1992) elimina la expresión *a nombre de la mujer*, por ser inconstitucional.

ABSTRACT

This paper analyzes three resolve cases concernin gender relations by the Judicial Branch.

INTRODUCCION

En este trabajo se analiza y presentará el caso de una acción de inconstitucionalidad presentada por varias mujeres a la Sala Constitucional.

Tanto la Procuraduría General de la República como el Colegio de Médicos y Cirujanos, al contestar las audiencias que la Sala les dio, contestaron afirmativamente la pretensión de la citada acción, cuyo objetivo era que esta Sala declarada—en sentencia—que la mujer casada no necesita del consentimiento de su marido para esterilizarse.

La Resolución de la Sala afirmó que la mujer no se requiere del consentimiento de su marido para esterilizarse *terapéuticamente*.

Hubo un voto de minoría de dos Magistrados que mantuvieron la tesis tradicional y machista (sexista) de que la mujer casada sí necesita de la citada autorización de su marido para esterilizarse, con base en las disposiciones del Derecho Natural; y, del Derecho Canónico (para matrimonios católicos).

Esta Resolución es importante en la conquista de los derechos de la mujer, como ser humano (*caso uno*).

El *caso dos* equipara los conceptos de *hombre y mujer* al de *persona* para no discriminar.

El *caso tres* elimina la discriminación en contra del hombre.

II. REFERENTE JURIDICO. CASO UNO

a) Marco constitucional

La Constitución Política de Costa Rica vigente arranca del año 1949. En lo que aquí interesa cabe destacar los artículos 33 y 52 de la *Carta Magna*.

Artículo 33.—Todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.

Artículo 52.—El matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de los cónyuges.

b) Marco convencional

(a) *La convención sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer* fue ratificada por Costa Rica en 1984 y aprobada por las Naciones Unidas en 1979.

- (b) *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948), adoptada y proclamada por las Naciones Unidas.
- (c) *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, aprobado por las Naciones Unidas en 1966.
- (d) *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, aprobado por las Naciones Unidas en 1966.
- (e) *Convención americana sobre derechos humanos*, San José, Costa Rica, 1969.

c) **Marco legal**

Ley de promoción de igualdad social de la mujer, No. 7142 del 2 de marzo de 1990.

d) **Marco reglamentario**

Reglamento de esterilizaciones

Artículo 5.—Toda solicitud de esterilización para ser atendida por el comité de esterilizaciones, debe llenar los requisitos siguientes:

- a) Presentar solicitud firmada por los interesados;
- b) La justificación médica escrita por el especialista de la respectiva especialidad, siempre y cuando su nombre haya sido considerado y aprobado por el comité de reproducción humana.

Artículo 12.—Procedimientos.

En caso de pacientes menores de edad (18 años: mayoría de edad) deberá contarse con el consentimiento expreso de los padres y/o de quien ejerza la patria potestad o sus curadores y del Patronato Nacional de la Infancia (PANI). Para pacientes mayores de edad, deberá contarse con su consentimiento expreso.

En todos los casos el consentimiento se obtendrá por escrito.

e) **Marco Decreto Ejecutivo**

Decreto del Poder Ejecutivo, Ministerio de Salud, No. 18.080 del 2 de marzo de 1988 (reglamento de esterilizaciones *supracitado*).

III. **RESOLUCION DE LA SALA CONSTITUCIONAL, No. 2192 DEL 11 DE AGOSTO DE 1992.**

1) *Objeto*: la Sala IV establece que esta Resolución se refiere solamente a la práctica de la esterilización terapéutica, es decir que implica un riesgo generado por el embarazo para la salud de la mujer.

Dice la Sala IV que esta Resolución no atañe a la esterilización en sí como método contraceptivo y el derecho o no de la mujer de someterse a ella. Claramente afirma esta Resolución No. 2192 que esta clase de esterilización *no* es analizada aquí.

a) **Principio de igualdad**

La Resolución 2192 afirma que el principio de igualdad y el de igualdad entre cónyuges consagrados, respectivamente, por los artículos 33 y 52 de la Carta Magna, le otorgan a la mujer capacidad jurídica plena para decidir en el campo que nos ocupa.

Esa capacidad jurídica que adquiere la mujer al cumplir los 18 años, o al contraer matrimonio si es menor de 18 y mayor de 15 años, le da la libertad jurídica necesaria para que disponga de sus actos según su voluntad. Libertad que implica independencia, libre albedrío, que al igual que el hombre puede y debe ejercerla con entera autonomía siempre ateniéndose a las consecuencias legales de sus actos.

Esa capacidad jurídica, constitucional y legalmente, reconocida no permite someter a la mujer a la decisión de su esposo ni de otra persona, para determinar ningún acto de su vida.

b) **Principio de libertad**

La Resolución No. 2192 afirma que el principio que más se afecta con el requisito de la autorización del marido, es el de la libertad. Nuestro sistema democrático se basa en ella, porque es la libertad la que permite el desarrollo pleno de la persona, del ser humano.

2) **Consecuencia jurídica**

Lo anterior implica que el Decreto ejecutivo No. 18.080, 1988 (reglamento de esterilizaciones) debe interpretarse en el sentido de que una mujer (casada o en unión libre) en pleno goce de sus facultades es la única que puede y debe acceder a someterse a una esterilización terapéutica, aún en contra de la opinión de su esposo o compañero.

Lo anterior quiere decir que: esta interpretación es válida para las mujeres solteras, divorciadas, viudas o que viven en unión de hecho, *salvo* para las menores de 18 años, o a quienes se les haya declarado en estado de tutela, casos en que la legislación NO les otorga capacidad jurídica para disponer libremente de bienes jurídicos como los que se analizan en esta acción, hasta tanto no adquieran la indicada edad, o cese el motivo causante de la interdicción, aunque tengan hijos y lleven relación de pareja.

Tal fue el criterio de la mayoría de los 7 Magistrados; es decir 5 votaron a favor de esta Resolución; y, dos en contra con voto salvado.

3) **Razonamiento del voto salvado de los dos magistrados (voto de minoría)**

El criterio de minoría afirmó que sí es necesario el consentimiento de ambos cónyuges en este caso, de acuerdo al Derecho Natural; y, al Derecho Canónico (para los católicos).

De conformidad al contrato matrimonial, ese consentimiento de ambos dimana del principio constitucional de la igualdad.

IV. CRITERIOS DE AUDIENCIA

1) **Criterio de la Procuraduría General de la República**

De acuerdo con la legislación costarricense, en especial, el artículo 81 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (Ley No. 7135 de 11 de octubre de 1989) se le dará audiencia a la Procuraduría General de la República.

La tesis de la Procuraduría, al contestar la audiencia, fue la de allanarse a la acción de inconstitucionalidad; así estuvo de acuerdo con el criterio de interposición de esta acción.

3) **Criterio de los médicos**

Igualmente, el Comité de reproducción humana del Colegio de Médicos estuvo de acuerdo con la acción de inconstitucionalidad, al contestar la audiencia que le dio la Sala IV (o, Constitucional).

V. FUNDAMENTO DE HECHO DE LAS ACCIONANTES

Las personas que interpusieron la acción de inconstitucionalidad afirmaron que la interpretación de los artículos 5 y 12 del reglamento de esterilizaciones (decreto ejecutivo No. 18.080, 1988) en el sentido de que para hacerse una esterilización una mujer casada requiere del consentimiento de su marido, la hacen los Comités de esterilizaciones y de reproducción (de la vida) humana del Colegio de Médicos y Cirujanos.

Contestación de las audiencias de la Sala Constitucional

Conforme a lo expuesto se comprobó que tanto la Procuraduría como el Colegio de Médicos estuvieron de acuerdo con la acción de inconstitucionalidad, no existiendo confrontación alguna.

VI. CRITERIO PERSONAL

Estoy completamente de acuerdo con la Resolución de la Sala Constitucional, en su voto de mayoría; y por ende, rechazo la argumentación dada por los Magistrados en su voto de minoría. La posición que adopten, fundada en el Derecho Natural y en el Derecho Canónico para negarle a la mujer el derecho de esterilizarse terapéuticamente sin el consentimiento de su marido es conservadora, machista o sexista y arcaica.

Considero que esta Resolución es un paso adelante en los derechos de la mujer, como ser humano. Al momento de votarse esta acción de inconstitucionalidad todos los 7 Magistrados eran hombres. Actualmente, existe una mujer en esa Sala, dándose la relación de seis Magistrados y una Magistrada en el equipo titular de Magistrados, ya que en la lista de suplentes no hay mujeres, sólo hombres.

VII. Resolución de la Sala Constitucional No. 3435-92 del 11 de noviembre de 1992. Caso dos

De acuerdo con el artículo 14, inciso 5 de la Carta Magna de Costa Rica, son costarricenses por naturalización:

La *mujer* extranjera que habiendo estado casada durante dos años con costarricenses y habiendo residido en el país durante ese mismo período, manifieste su deseo de adquirir la nacionalidad costarricense.

De acuerdo al artículo 33 de la Constitución Política todo *hombre* es

igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.

La Sala Constitucional resolvió que, en aras de evitar desigualdades y discriminaciones futuras que pudieran surgir al aplicarse la Carta Fundamental y otros instrumentos jurídicos vigentes, y en el ejercicio de las facultades que le otorga la Constitución Política a esta Sala, se dispone que:

Quando en la legislación se utilicen los términos “*hombre*” o “*mujer*”, deberán entenderse como sinónimos del vocablo “*persona*”; y con ello eliminar toda posible discriminación “*legal*” por razón del *género*, corrección que deben aplicar todos los funcionarios públicos cuando les sea presentada cualquier gestión cuya resolución requiera aplicar una normativa que emplee los vocablos arriba citados.

De esta manera se declaró con lugar el *recurso de amparo* presentado ante la Sala Constitucional.

1) Comentario

El resultado de la Sala Constitucional en este recurso de amparo fue que los términos *mujer* u *hombre* se deben hacer sinónimos de *persona*, no estableciéndose diferencia entre ambos vocablos con el objeto de no violar la igualdad ante la norma jurídica (precepto constitucional) y evitar que se den discriminaciones, las cuales la Carta Magna prohíbe, ya se trate de índole sexual, étnica, política, social, etc.

Concuerdo con esta Resolución.

VIII. Resolución de la Sala Constitucional del 18 de enero de 1994. Caso tres

La Ley de promoción de la igualdad *social* de la mujer (conocida como la ley de la igualdad *real* de la mujer) fue un proyecto de la esposa (Margarita Penón) del Presidente de la República, en ese entonces (Oscar Arias) (1986-1990). Tuvo este apoyo político y con él salió como ley de la República.

William Villalobos Valverde y Juan Vianney Núñez, alegaron ante la Sala Constitucional que ellos eran los parceleros y que habían trabajado las parcelas durante 12 años, habiendo realizado todos los actos de posesión.

De acuerdo con el artículo 7 de la Ley de igualdad social de la mujer (Ley No. 7142, 1992):

Toda propiedad inmueble otorgada mediante programas de desarrollo social, deberá inscribirse a nombre de ambos cónyuges, en caso de matrimonio; y a nombre de la mujer, en caso de unión de hecho, y a nombre del beneficiado en cualquier otro caso, ya se trate de hombre o de mujer.

La Sala Constitucional declaró que la expresión: “a nombre de la mujer” en el caso de unión de hecho, es inconstitucional por cuanto viola el artículo 33 de la Constitución Política:

Todo *hombre* es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.

Recordemos que la misma Sala IV había afirmado que cuando en una norma jurídica se dijera *hombre* hay que entender que se debe traducir por *persona* (Resolución No. 3435 de 1992, aquí reseñada, como *caso dos*).

Se trata de dos parceleros del asentamiento Huetares de Río Frío, pues reclamaron que como hombres se les estaba discriminando. La Sala Constitucional les dio la razón a estos parceleros.

1) Comentario

Sin duda alguna este artículo 7 de la Ley de igualdad social de la mujer es inconstitucional ya que, efectivamente, viola el numeral 33 de la Carta Magna.

IX. Reflexión final

El tema del *género* se ha desarrollado en los últimos años. Es una perspectiva jurídica válida y sociológicamente relevante. Sin embargo, hay que matizar el enfoque en el sentido de que la dimensión de la *mujer* no pasa—única y exclusivamente—por el prisma de todo lo que implica la fenomenología del *género*. Este enfoque debe ser complementado por el de *clase social* y *étnicas*; por ejemplo, en sociedades compuestas por clases sociales y por aquellas que presentan cantidades importantes de grupos negros, mestizos, indios, mulatos, etc. En otras palabras, el análisis que se realice debe tomar en consideración si se trata de una mujer de clase alta, negra pobre o india marginada de Chiapas (México). Por ello, el concepto *mujer* puede utilizarse en abstracto; pero, existen las *mujeres* en una determinada ubicación social, económica, política, étnica, religiosa, etc.

BREVE GLOSARIO

Análisis de género: Se ubica en la dimensión de lo social, explicando las relaciones sociales de dominación varón/hembra.

Androcentrismo: Parte del supuesto de que el hombre es la medida de todas las cosas (cf. Protágoras a.c. -480 a 421-, filósofo griego).

Aquí se efectúa un enfoque desde la perspectiva masculina. Se hace el estudio de la población femenina en relación a las necesidades, experiencias y preocupaciones del sexo dominante -masculino-.

Se puede incluir:

Misoginia: repudio a lo femenino

Ginopia: imposibilidad de ver lo femenino.

Bisexualismo: Se denomina *bisexualismo* cuando la persona siente atracción sexual por ambos sexos.

Conscientización del género: Es una toma de conciencia de las diferentes opresiones de las mujeres. Tomar conciencia de que las mujeres y los hombres, *por su sexo*, ocupan lugares de mayor o menor poder en la sociedad. Se puede denominar también *conciencia feminista*.

Dicotomismo sexual: Consiste en tratar a los sexos como diametralmente opuestos y no con características semejantes.

Doble patrón ético: Se da cuando el patrón se aplica según incida sobre una mujer o un hombre, privilegiando al varón. Se incluye aquí asimismo, el *doble patrón ético o moral* y la *dicotomía sexual* (o de los *rôles sexuales*: el deber ser de la conducta de acuerdo al enfoque tradicional de las funciones, rôles y status de las mujeres y los hombres).

Emancipación: Movimiento social que tiende a que se dé una *igualdad* entre hombres y mujeres.

Familismo: De acuerdo a este enfoque tradicional, se identifica el término *familia* con el de *mujer*; percibiéndose a la *mujer* en función del espacio *familia*.

Feminismo: Se considera que:

- i. Se debe extender la órbita de los derechos (efectivos) del hombre a la mujer;

- ii. Por su sexo, la mujer es marginada por el sexo dominante (varón).
- iii. Se debe hacer un análisis de género, desde la perspectiva de la mujer; y,
- iv. Se cuestiona lo masculino como parámetro de lo humano.

Movimiento y conjunto de teorías que se proponen la *liberalización de la mujer*. Nace en los 60's en USA. Es una denuncia contra la opresión femenina. Rechaza la desigualdad y la inferioridad de la mujer respecto del hombre.

Género: Designa la identidad del hombre y la mujer como determinada por condiciones sociales que explican las relaciones establecidas entre ambos.

Heterosexualismo: Atracción y contacto social con personas del sexo opuesto.

Homosexualismo: Atracción y contacto sexual con personas del mismo sexo (hombres). Si se trata entre mujeres, se llama *lesbianismo*.

Indivisibilidad del sexo: Cuando se ignora la variable sexo como una variable social importante o válida en el estudio. Implícitamente se está tomando al varón como modelo de lo humano, haciendo invisible o marginando a la mujer.

Liberación: Movimiento social que tiende a que se acepten las *diferencias* entre los hombres y las mujeres.

Matriarcado: Relaciones de poder en la sociedad donde el énfasis en el ejercicio del poder lo condiciona la mujer.

Matrilineal: Línea de sucesión en la que prevalece el apellido de la madre (ya sea biológica o social, *mutandis mutandis*).

Monogamia: Pareja de hombre y mujer.

Misogino: Odio o rechazo a lo femenino.

Papel (rôle) del género: Es el conjunto de normas y prescripciones que la sociedad establece para lo que es "femenino" y "masculino".

Patriarcado: Relaciones de poder en la sociedad donde el énfasis en el ejercicio del poder lo condiciona el varón.

Patrilineal: Línea de sucesión en la que prevalece el apellido del padre (ya sea biológico o social, *mutandis mutandis*).

Poliandria: Unión en pareja de una mujer con varios hombres.

Poliginia: Unión en pareja de un hombre con varias mujeres.

Poligamia: Unión en parejas de una persona con varias del sexo opuesto.

Perspectivas de género: Punto de vista en el cual se toman en cuenta las necesidades y experiencias de ambos sexos, tomando en consideración lo *social* (lo relativo al conjunto de normas y prescripciones que cada sociedad establece respecto de lo que es “femenino” y “masculino”).

Sexismo: Comprende las formas de discriminación de la mujer. Esta actitud de marginación a la mujer es consecuencia de la falocracia (“poder social del falo”). Se trata de un conjunto de mecanismos, relaciones y estructuras sociales por las cuales se privilegia un sexo (el masculino) en detrimento del femenino. En resumen, es la dominación—en la sociedad—del hombre sobre la mujer.

Sexismo jurídico: Cuando las normas jurídicas parten de las necesidades y experiencias del sexo masculino o cuando las normas jurídicas “protectoras para la mujer” arrancan de las necesidades que tienen los hombres de que la mujer se mantenga en su rol estereotipado o tradicional.

Sexista: Aquel sujeto que usa el sexismo en su perspectiva mental y social.

Sexo: Diferencia biológica que distingue entre macho y hembra. (Recordar aquí que el concepto *género* atañe a la identidad sexual atribuida *socialmente*).

Sobrespecificidad: Cuando en un estudio se hace muy difícil saber si se trata de uno u otro sexo. Esta forma de *sexismo* se elimina aclarando el *sexo* que se usó como modelo del análisis o de la *norma jurídica*. Esta clase de *sexismo* es frecuente en las normas jurídicas al usarse conceptos genéricos como “persona”, pero que ocultan la realidad en la aplicación efectiva de tales normas.

Sobregeneralización: Esta forma de *sexismo* se da cuando un estudio analiza la conducta del sexo masculino, presentando los resultados como válidos para ambos sexos. Es la falacia de la composición: lo que vale para la parte se hace valer para el todo, por extensión.

Sociología jurídica: Enfoque que parte del análisis de la relación del Derecho con la sociedad y viceversa en una dimensión fáctica.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ACOSTA VARGAS, Gladys. *Derechos de las mujeres*. (Lima: Eds. Flora Tristán, 1990).

ACUÑA, Angela. *La mujer costarricense a través de cuatro siglos*. (San José: Imprenta Nacional, 1969).

APROMUJER. (San José: Revista de Género, 1993).

ASTUA, Yanory et al. *Estudio de la integración plena a la sociedad de la mujer a través de la legislación costarricense*. (San José: Tesis en Derecho. U.C.R. 1984).

ASAMBLEA LEGISLATIVA (Costa Rica). *Proyecto de ley sobre el Instituto de la mujer*. (San José: Gaceta No. 178, Jueves 19 de setiembre de 1991).

ARIAS, María. *La liberalización de la mujer*. (Barcelona: Salvat, 1973).

BATRES, Gioconda. *Mujer y justicia*. (San José: ILANUD, directora del proyecto, Ministerio de Justicia, 1991). *Técnicas sobre violencia contra las mujeres, niños y niñas*. (San José: Ministerio de Justicia, 1991, directora del proyecto). *Compilación bibliográfica sobre elementos epistemológicos y metodológicos de la investigación no sexista*. (San José: Ministerio de Justicia, 1991, directora del proyecto).

BELL, Rossy et al. *La mujer ante el sistema legal costarricense*. (San José: Tesis en Derecho. U.C.R. 1989).

BUSTAMANTE, Tirza (Ed.) *Las juezas en Centroamérica y Panamá*. (San José: FIU. 1991).

CALVO, Yadira. *A la mujer por la palabra*. (Heredia: EUNA, 1990).

_____. *Literatura, mujer y sexismo*. (San José: Ed. Costa Rica, 1984).
La mujer: víctima y cómplice. (San José: Ed. Costa Rica, 1981). *Las líneas torcidas del derecho*. (San José: Ed. ILANUD, 1993). *Mujeres, médicos y esterilizaciones terapéuticas*. (San José: Revista APROMUJER, No. 21, 1993).
Angela Acuña (San José: Ed. Costa Rica. 1989).

CAMACHO, Rosalía. *Sobre el concepto de igualdad en la ley*. (Bogotá: ILSA, “Portavoz”, No. 22, 1990).

CASTILLA DEL PINO, Carlos. *Cuatro ensayos sobre la mujer*. (Madrid: Ed. Alianza, libro de bolsillo, No. 340, 1971).

CASTILLO, Francisco. *La esterilización voluntaria en el derecho penal costarricense*. (San José: Ed. Pasdiana, 1990).

- CEFEMINA. *Seminario Mujer: violencia y mitos*. (San José: Ed. Cefemina, 1991).
- CODEHUCA. *El gran desafío de la paz regional*. (San José: Consejo Directivo de la Comisión de la Comisión para la defensa de los derechos humanos en Centro América - CODEHUCA, 1993). *Los derechos humanos de la mujer en Centroamérica*. (San José: CODEHUCA, 1993).
- DE BARBIERI, Teresa et al. *Presencia política de las mujeres*. (San José: FLACSO, cuadernos ciencias sociales, No. 40, 1991).
- DE BEAUVOIR, Simone. *El segundo sexo*. (Buenos Aires: Siglo Veinte, 1970).
- DIERKXSENS, Win. *Mujer y fuerza de trabajo en Centro América*. (San José: Ed. FLACSO, Cuadernos de Ciencias Sociales, No. 28, 1990).
- ELU, María. *La mujer en América Latina*. (México: SEPSETENTAS, No. 212, 1975).
- FACIO, Alda. *Metodología para el análisis del género de un texto (contexto) legal*. (San José: ILANUD, 1991).
- _____. *La igualdad entre mujeres y hombres y las relaciones familiares en la legislación centroamericana*. (San José: Revista Estudios Sociales Centroamericanos, No. 50, 1989).
- _____. *Cuando el género suena cambios trae*. (San José: ILANUD, 1992).
- _____. *¿iguales a quién?* (Santiago, Chile: Mujer/Fempres, Vol. 85, 1988).
- FERRO, Cora. *Mujer, realidad religiosa y comunicación*. (San José: EDUCA, 1989).
- _____. *Mujeres en la colonia*. (San José: Revista APROMUJER, 1992).
- FERNANDEZ, Luis. *Mujer dentro y fuera del matrimonio*. (San José: UCR, tesis en Derecho, s. f.).
- FIGES, Eva. *Actitudes patriarcales: las mujeres en la sociedad*. (Madrid: Alianza, libro de bolsillo, No. 396, 1972).
- GARNIER, Leonor. *Antología femenina del ensayo*. (San José: MCJD. 1976).
- GOLDBERG, Steven. *La inevitabilidad del patriarcado*. (Madrid: Alianza. (Libro de bolsillo, No. 622, 1976).
- GONZALEZ, Mirta. *El sexismo en la educación (Costa Rica)*. (San José: Ed. Universidad de Costa Rica, 1991).
- _____. *Estudios de la mujer: conocimiento y cambio*. (San José: EDUCA, 1989).

- _____. *La mujer en Costa Rica: división del trabajo, salarios y distribución de puestos directivos*. (San José: Revista de Ciencias Sociales, No. 14, 1977, UCR).
- _____. *La mujer y el trabajo*. (San José: UCR, tesis Escuela Ciencias del Hombre, 1977).
- _____. *Aproximación al estudio de la diferenciación conductual entre mujeres y hombres*. (San José: UCR, Revista de Ciencias Sociales, No. 25, 1983).
- _____. *Modelos femeninos y masculinos en los textos escolares*. (San José: UCR, Revista de Ciencias Sociales, No. 39, 1988).
- _____. *El sexismo en la educación*. (San José: Ed. UCR, 1992).

- GUZMAN, Laura. *La mujer en la producción*. (San José: UCR, Revista de Ciencias Sociales, No. 25, 1983).
- HARDING, Sandra. *Feminism and Methodology*. (USA: Indiana University Press, 1987).
- HARRISON, John et al. *El ama de casa, bajo el capitalismo*. (Barcelona: Anagrama, 1975).
- HORNCY, Karen. *Psicología femenina*. (Madrid: ALIANZA. Libro de bolsillo, No. 648. 1977).
- KLEIN, Viola. *El carácter femenino*. (Barcelona: Ed. Paidós, 1990).
- KOLLONTAY, Alejandra. *Memorias*. (Madrid: Ed. Debate, 1979).
- _____. *La mujer en el desarrollo social*. (Barcelona: Guadarrama, 1976).
- KRAMARAE, C.; TREIEHIER, P.: *A Feminist Dictionary*. (London: Pandora Press, 1985).
- MARTIN-GAMERO, Analía. *Antología del feminismo*. (Madrid: Alianza (Libro de bolsillo, No. 570. 1975).
- MENJIVAR, Rafael; y, PEREZ, Juan (Eds.). *Ni héroes ni villanas*. (San José: FLACSO, 1993).
- MICHEL, Andree. *El feminismo*. (México: CFE, 1983).
- MONGE, Graciela. *La mujer en el derecho político costarricense*. (San José: UCR, tesis en Derecho 1983).
- MONTAGU, Ashley. *La superioridad natural de las mujeres*. (Buenos Aires: Libros básicos, 1962).
- _____. *La revolución del hombre*. (Buenos Aires: Ed. Paidós, 1978).
- MORGAN, Martha. *Law and Feminism: Constitution - Making in a Time of Cholera, Women and the 1991 Colombian Constitution*. (USA: Journal of Law and Feminism, Vol. 4, No. 2, spring, 1992).

- Equality: Costa Rican Women Demand 'The Real Thing'.* (USA: Women & Politics, Vol. 11 (3), 1991). *Juezas en las Américas: compartiendo perspectivas sobre el género y toma de decisiones.* (San José: FIU, 1992).
- MOSER, Caroline. *Género y desarrollo.* (San José: FLACSO, Cuaderno de Ciencias Sociales No. 60, 1993).
- MUJER/FEMPRESS. (Santiago, Chile, Revista de Género, 1993).
- NARANJO, Carmen. *Mujer y cultura.* (San José: EDUCA, 1989).
- PACHECO, Irene. *La mujer ante la sociedad y el derecho.* (San José: UCR, tesis en Derecho, 1960).
- QUIROS, Teresa. *Los obstáculos que dificultan la participación político-social de la mujer popular en Costa Rica.* (San José: Anuario de Estudios Centroamericanos. Vol. 9, 1983, U.C.R.).
- RANDALL, Margaret et al *Las mujeres.* (México: Siglo XXI, 1990).
- RODRIGUEZ, Aisha. *La mujer en el ejercicio de la abogacía.* (San José: UCR, tesis en Derecho, 1975).
- SAU, Victoria. *Diccionario ideológico feminista.* (Barcelona: Icaria, 1981).
- SEGURA, Patricia. *El sexismo en el lenguaje.* (San José: APROMUJER, 1991).
- SHARRATT, Sara. *Feminismo y ciencia: relación problemática.* (San José: FLACSO, cuaderno No. 65, 1990).
- SOJO, Ana. *Mujer y política.* (San José: DEI, 1985).
- URRUTIA, Elena (Comp.) *Imagen y realidad de la mujer* (México: SEPSETENTAS, No. 172, 1975).
- VARGAS, Milú. *Mujeres en Centroamérica.* (Managua: revista Pensamiento Propio, No. 107, octubre de 1993).
- VILAR, Esther. *El varón domado.* (México: Grijalbo, 1973). *El varón polígamo.* (Barcelona: Ed. Plaza & Janés, 1977).
Modelo para un nuevo machismo. (Barcelona: Plaza & Janés, 1977).
El discurso inaugural de la papisa americana. (Barcelona: Brugera, 1982).
- Estudio por país**
- Mujeres latinoamericanas: *Costa Rica* (FLACSO, sede de Costa Rica, Ana Isabel García y Enrique Gomáriz et al., 1993. Instituto de la Mujer, Ministerio de Asuntos Sociales de España, y FLACSO; Ed. Instituto de la Mujer, Madrid, 1993).
- Ley No. 7142, *igualdad social de la mujer* (Costa Rica), 1990.

LA GARANTIA INTERNACIONAL DE INVERSIONES

Lic. Edgar Nassar Guier
 Abogado costarricense

SUMARIO:

Introducción

- I. La emisión de la garantía de inversión
 - A. Requisitos de elegibilidad de la inversión
 1. Características de la inversión
 2. Requisitos del inversionista elegible
 3. Requisitos del país anfitrión
 - B. Riesgos contra los que se garantiza
 - C. Condiciones y modalidades del otorgamiento de la garantía
 1. Con respecto a la prima
 2. Duración de la garantía
 3. Alcance de la cobertura
 4. Valor indemnizable
 5. Aprobación previa del país anfitrión
 6. Arreglo de disputas
- II. La Convención AMGI y las obligaciones internacionales del Estado anfitrión. La subrogación
 1. Garantía de inversiones y reconocimiento convencional de la subrogación
 2. Implementación de la subrogación
- B. La aplicación de un trato justo y equitativo a las inversiones extranjeras
 1. El trato justo y equitativo como requisito para para la emisión de la garantía
 2. El examen del tratamiento dado por el país anfitrión a las inversiones extranjeras
 3. La suscripción de convenios que garanticen un trato satisfactorio a la inversión.
 4. Otras competencias referentes a la promoción de un flujo continuo de inversiones extranjeras

Conclusión

Bibliografía

INTRODUCCION

A fin de promover un flujo continuo de inversiones de los países industrializados a favor de los países en desarrollo, surgió a nivel nacional e internacional la figura jurídica de la garantía de inversiones internacionales. Este mecanismo consiste en la suscripción de un contrato de garantía entre una agencia aseguradora y una persona, física o jurídica, que proyecta llevar a cabo una inversión en un país extranjero. Gracias a ese mecanismo la inversión estará cubierta a largo plazo contra riesgos no comerciales o políticos. Dicha protección le garantiza al inversionista extranjero que invierte en un país en desarrollo que no será afectado por eventos que no cabe englobar dentro de los riesgos que normalmente conlleva una inversión en tanto que operación comercial.

Dos tipos de sistemas de aseguramiento de inversiones internacionales deben ser distinguidos:

Por un lado, los sistemas denominados "nacionales", adoptados en los países desarrollados para cubrir a los inversionistas nacionales que desean invertir en los países en desarrollo. Estos sistemas poseen en realidad una naturaleza "mixta" en virtud de que junto con la adopción por el país desarrollado de disposiciones jurídicas internas que establecen el régimen de garantía de inversiones, se suscriben, en la mayoría de los casos, acuerdos bilaterales de "protección de inversiones" con los países en desarrollo interesados en acoger las inversiones extranjeras. Estos convenios internacionales aparte de fijar el régimen al que será sometido el inversionista extranjero, contienen cláusulas específicas sobre la garantía de las inversiones, y, en especial, sobre la eventual subrogación de los derechos del inversionista a la agencia nacional que emitió la garantía.⁽¹⁾

Por otro lado, tenemos los diferentes sistemas internacionales, de carácter regional o universal.

El único régimen universal,⁽²⁾ el cual será el objeto del presente análisis, fue creado a través de la convención para el establecimiento de la *Agencia*

(1) Para un análisis comparativo de los sistemas nacionales de garantía de inversiones ver: LAVIEC (J.P.): "Promotion et protection des investissements", PUF, Paris, 1986.

(2) Hemos excluido de nuestro análisis las agencias internacionales regionales de garantía de inversiones como es el caso de la "Compañía Inter-árabe para la Garantía de Inversiones".

Multilateral de Garantía de Inversión (AMGI). Buscando mejorar las condiciones para atraer extranjeras, recientemente el gobierno costarricense ratificó esta convención multilateral internacional, suscribiendo al mismo tiempo una parte del capital de la organización internacional constituida, lo que le permite a nuestro país beneficiarse en el futuro con sus programas en tanto que "país miembro en desarrollo".

En el presente estudio analizaremos en una primera instancia diversos aspectos jurídicos de la relación que se establece entre la AMGI, que a continuación nos referiremos a ella como "la Agencia", y el inversionista internacional, abarcando en particular los aspectos concernientes a la emisión de la garantía de la inversión por la parte de la Agencia Multilateral de Garantía de Inversión. En una segunda instancia, abordaremos las principales disposiciones de la Convención que tienen un impacto directo sobre el contenido de las obligaciones internacionales de los Estados y que se refieren a las relaciones jurídicas que se establecen entre la Agencia y el estado anfitrión, y entre este último y el inversionista.

I. LA EMISION DE LA GARANTIA DE INVERSION

La Convención del 11 de octubre de 1985 establece una nueva organización internacional intergubernamental, a saber, la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (AMGI), para encargarse de emitir garantías a las inversiones internacionales que reúnan determinados requisitos. La emisión de las garantías está regulada esencialmente por el tratado multilateral que le dio origen a la Agencia, y por las regulaciones que se adopten en su seno a fin de hacerla operacional, es decir, por una normativa estrictamente internacional.

Según dispone el artículo 2 de dicha Convención la Agencia tiene como objetivo "el fomentar el flujo de inversiones con fines productivos entre los países miembros y, en particular, hacia los "países miembros en vías de desarrollo...". Esta finalidad muestra que la emisión de garantías de inversión por parte del AMGI no ha sido concebida como un fin en sí misma, sino que va dirigida a promover el desarrollo en los países del Tercer Mundo. La búsqueda de este objetivo y el interés de que la Agencia mantenga una viabilidad financiera se ven reflejados en los requisitos que deben reunir la inversión, el inversionista, el país anfitrión, al igual que en los tipos de riesgo que abarca la cobertura y en las condiciones específicas en que se emite la garantía.

A. Requisitos de la operación de inversión

1. Características que debe tener la inversión

La convención AMGI, al igual que las disposiciones internas que rigen los sistemas nacionales, define lo que será considerado una inversión internacional para efectos de su cobertura, estableciendo requisitos de naturaleza diversa.

a) En cuanto a la forma y el tipo de inversión:

La Convención AMGI en su artículo 12 secciones a) b) y c) enumera diversas condiciones relacionadas con el tipo y la forma de la inversión. En particular la sección a) del referido artículo dispone:

"a) Las inversiones elegibles incluirán los intereses del capital, incluyendo los préstamos de mediano o largo plazo hechos o garantizados por los tenedores del capital en la respectiva empresa, así como aquellas formas de inversión directa que la Directiva determine".

La Convención, buscando ser flexible, no enumera exhaustivamente los tipos y formas de las inversiones que pueden ser elegidas.⁽³⁾ De esta manera se busca abarcar las nuevas formas de inversión que puedan presentarse en el futuro; aspecto que queda claramente demostrado por lo dispuesto en el último reglón de las secciones a) y b) del artículo 12.

Así, varias son las modalidades de inversión que son susceptibles de ser cubiertas por el sistema AMGI: la inversión de capital (participación mayoritaria o minoritaria en *joint ventures*), los préstamos y garantías a los accionistas de la empresa interesada, las inversiones contractuales directas, inversiones en especie, de bienes tangibles o intangibles, etc.

Si bien debe tratarse de inversiones nuevas, es decir, cuya implementación se inicie luego de suscrita la solicitud de garantía, ello no impide, de conformidad con lo dispuesto en la sección c) del mismo artículo 12, que se otorguen garantías a inversiones dirigidas a modernizar, expandir o desarrollar una inversión ya existente.

(3) "The convention establishes the principle that any form of medium or long-term provision of assets for productive purposes is eligible for MIGA's cover". (SHIHATA (I.). "MIGA and foreign Investment", Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1988, p. 111).

b) En cuanto a la utilidad y solidez de la inversión:

La convención AMGI establece en su artículo 12 d) diversas condiciones que debe reunir la inversión en cuanto a su viabilidad económica y su utilidad respecto al desarrollo del país anfitrión. De esta manera, la inversión internacional aparte de ser rentable, es decir, susceptible de dar beneficios en el futuro, deberá contribuir al desarrollo del país en desarrollo donde se lleve a cabo. Además, no deberá estar en conflicto ni con el ordenamiento jurídico, ni con las prioridades de desarrollo del país anfitrión.

Estas dos condiciones muestran claramente que si bien se pretende promover el desarrollo del país receptor de la inversión y minimizar las pérdidas de los inversionistas, también se busca salvaguardar la viabilidad financiera de la Agencia misma.⁽⁴⁾

En el artículo 13 de la Convención AMGI se establece las condiciones que debe reunir el inversionista para que su inversión sea susceptible de ser garantizada por la Agencia:

a) En cuanto a la naturaleza del inversionista:

Puede ser persona física o jurídica, siendo su situación jurídica determinada por la ley bajo la cual ha sido constituida.

b) En lo concerniente a la nacionalidad del inversionista:

En los sistemas nacionales de garantía de inversiones las regulaciones internas adoptan diferentes criterios de derecho internacional privado para determinar las personas morales que pueden ser consideradas como nacionales y por tanto, beneficiarse con el otorgamiento de la garantía. En la mayoría de los casos es el criterio del "control el que será utilizado, es decir, que se va a determinar si existe una relación efectiva entre la comunidad nacional y la compañía inversionista.

La Convención AMGI, por su parte, adopta dos parámetros alternativos en el artículo 13 para determinar si la compañía posee la nacionalidad de alguno de los estados miembros. Por un lado, se aplican simultáneamente dos criterios de derecho internacional privado, el de la "incorporación" y el de la "sede social", es decir que la compañía además de estar inscrita en los registros

(4) *Idem.*, p. 222.

mercantiles del país miembro, debe tener su sede principal de negocios en el territorio de este último. Por otro lado, la Convención prevé que se podrán obviar estos requisitos en el caso que la mayoría del capital de la compañía que solicita la garantía sea poseído por un Estado miembro o por sus nacionales.

A pesar de que la labor de la Agencia se dirige a proteger las inversiones extranjeras, el artículo 13 inc. c) prevé que, mediando autorización de la Junta Directiva, podrán extenderse los beneficios a personas físicas o morales que tengan la nacionalidad del Estado anfitrión, aspecto totalmente novedoso en la materia.

c) En cuanto a la naturaleza jurídica de la persona moral:

De conformidad con el artículo 13 sección a) de la Convención, deberá tratarse de una sociedad comercial. Condición que se presume en el caso de empresas donde el capital es propiedad de personas privadas, por tener éstas, generalmente propósitos de lucro.

3. Requisitos del país anfitrión

El artículo 14 de la Convención AMGI establece el requisito fundamental de que el país donde se va a llevar a cabo la inversión, es decir el país anfitrión, sea un "país miembro en desarrollo". Los territorios no independientes cuyas relaciones internacionales sean manejadas por un Estado miembro pueden también ser elegidos como beneficiarios. En las regulaciones de la Agencia se pone particular atención a los países considerados por las Naciones Unidas como los "menos desarrollados".⁽⁵⁾

Por otro lado, el artículo 12 en su sección d) inciso iv) establece dos condiciones relativas al trato que el país receptor brinda a las inversiones extranjeras. Se exige que exista un tratamiento justo y equitativo en materia de inversiones internacionales, y que se garantice una protección legal adecuada. Ambos requisitos deben cumplirse en la ley y en los hechos.⁽⁶⁾ Este aspecto será abordado en la segunda parte del presente estudio.

B. Los riesgos contra los que se emite la garantía

En cuanto a los tipos de riesgos de los que pueden resultar pérdidas contra las cuales se garantiza la inversión en el artículo 2 sección a) se dispone que,

(5) *Idem.*, p. 122.

(6) *Idem.*, p. 223.

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO
ORDEN DE GATUNAS

cualquier "riesgo no comercial" puede ser abarcado. Sin embargo, el artículo 11 se encarga de señalar cuatro categorías de riesgos que pueden ser cubiertos en principio, los cuales concuerdan con los que generalmente son previstos en los sistemas "nacionales", y que son los siguientes:

1) Los riesgos de inconvertibilidad monetaria o de transferencia de las ganancias de inversión. Sin embargo, en ningún caso, de conformidad con el artículo 11 sección b), se podrá extender la cobertura al riesgo de devaluación o depreciación monetaria.

2) El riesgo de expropiación o de medidas análogas de despojo. Si bien el artículo 11 sección a) inciso ii) de la Convención establece el riesgo por expropiación de una manera amplia, sin embargo el mismo artículo también prevé una excepción concerniente a las "medidas no discriminatorias de aplicación general", que según SHIHATA se explica porque:

"In view of its status as an international development institution, MIGA will at the same time have to avoid conflicts between its financial self interest and members' legitimate exercise of governmental powers in their territories".⁽⁷⁾

De igual manera, a fin de no entrar en conflicto con el uso de las prerrogativas soberanas de los estados miembros, las omisiones legislativas y las decisiones judiciales son excluidas de la garantía en las Regulaciones adoptadas por la Directiva. De lo contrario, la Agencia Multilateral de Garantía de Inversión se encontraría en la posición incómoda de pagar por reclamos basados en lo que las leyes locales debieron haber previsto y no lo hicieron, o por reclamos fundados en la deficiencia de decisiones de los tribunales nacionales.

3) Los riesgos provenientes de una guerra, una revolución o una insurrección en el país anfitrión.

4) Los riesgos por falta de pago de los estados importadores de capital, y los derivados de la ruptura de contratos concluidos entre el estado anfitrión y un inversionista extranjero.

El mismo artículo 11 en su sección b) prevé la posibilidad de que la Agencia acuerde cubrir otros riesgos en caso de que ello sea solicitado conjuntamente por el país receptor y el inversionista extranjero.

(7) *Idem.*, p. 126.

C. Condiciones y modalidades del otorgamiento de la garantía

Una vez que la inversión es considerada como elegible los términos y condiciones del contrato de garantía serán determinados por la Agencia de conformidad con la Convención y las normativa que emita para tales efectos la Directiva, tal como lo dispone el artículo 16. En muchos casos las condiciones en que se emita la garantía dependerán de la naturaleza del proyecto de inversión y de sus efectos previsibles para la economía del país receptor de la inversión. Por su parte los sistemas nacionales también toman en cuenta los efectos en la economía del país del cual es nacional el inversionista.

Algunas de las condiciones que se estipulan en dichos contratos son:

1. Con respecto de la prima

El tenedor de la garantía de inversión deberá versar una prima anual a la Agencia Multilateral de Garantía de Inversión. En el artículo 26 de la Convención AMGI se prevé que la Agencia revisará periódicamente las tasas de las primas aplicable a cada tipo de riesgo cubierto. Ellas variarán, además, según se trate de una cobertura completa, contra varios tipos de riesgos o contra uno específico. Para cada tipo de riesgo las Regulaciones establecen primas que van del 0.3% al 1.5% por año del total de la garantía.

2. Duración de la garantía

La duración de la cobertura es generalmente entre quince y veinte años, tiempo que se calcula, necesita el inversionista para amortizar la inversión y sacar algún beneficio de ella.

3. Alcance de la cobertura

En la mayor parte de los sistemas nacionales la indemnización cubre hasta el 90% del monto de las pérdidas. En el sistema AMGI, el monto máximo de la garantía será negociado entre la Agencia y el inversionista. En todo caso, con miras a evitar una conducta irresponsable por parte del inversionista, de conformidad con el artículo 16 de la Convención, no podrá la indemnización alcanzar el 100% de las pérdidas. Las Regulaciones adoptadas por la Directiva de la Agencia, ha establecido un límite máximo de un 90% para la cobertura. La mínima normativa interna prevé que los aspectos que se tomarán en cuenta para

fijársela son: a) en el caso de no tratarse de una inversión directa, el monto de la contribución del inversionista; b) el valor de los recursos aportados por el inversionista al proyecto, en el caso de no tratarse de una inversión directa; c) el principal más los intereses acumulados en el caso de los préstamos.

4. El valor indemnizable

En el sistema AMGI al igual que en los sistemas nacionales, el valor indemnizable es revisado y actualizado, conforme a los cambios en el valor de la inversión.

5. Aprobación previa del país anfitrión

Previo a la conclusión del contrato de garantía, la Convención AMGI en su artículo 15 exige la aprobación del país anfitrión. Este es un aspecto más en común con los sistemas nacionales, en los cuales, por regla general, el estado exportador de capitales no aceptará asegurar una inversión sin el beneplácito previo de las autoridades del país en desarrollo anfitrión, por ser éste último el indicado para definir si la inversión es o no beneficiosa para su desarrollo económico.

6. Arreglo de disputas

De conformidad con el artículo 58 de la Convención cualquier disputa concerniente al contrato entre la Agencia y el tenedor de la garantía será sometida a arbitraje para su determinación final, en conformidad con las normas que se estipulan en el contrato de garantía específico. El recurso a las jurisdicciones internas de los estados miembros es explícitamente excluido en el artículo 44, en claro contraste con los sistemas de garantía de inversiones "nacionales", en los cuales las jurisdicciones competentes son precisamente las instancias judiciales o arbitrales del mismo estado donde fue emitida la garantía.

Consideramos que en el caso del sistema AMGI el recurso al arbitraje internacional es el medio más adecuado, si se considera que el recurso a los tribunales de un estado se vería dificultado por las inmunidades de jurisdicción y ejecución de que goza la Agencia en tanto que organización internacional intergubernamental. Como se verá mas adelante, la Convención AMGI ha previsto un uso exhaustivo del arbitraje como medio de solución de diferendos.

II. LA CONVENCION AMGI Y LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL ESTADO ANFITRION

Esencialmente, la garantía de inversiones establece una relación jurídica entre la Agencia y el inversionista. Sin embargo, no podemos pasar por alto que para el derecho internacional coexisten otras dos relaciones: la de la Agencia con el Estado anfitrión, y la de este último con el inversionista extranjero tenedor de la garantía. La primera de estas relaciones nos conduce a estudiar los aspectos legales de la puesta en práctica de la subrogación que se opera. La segunda nos hace analizar las disposiciones de la Convención que disponen sobre el trato que el Estado anfitrión debe aplicar a las inversiones garantizadas.

A. La subrogación

1. Garantía de inversiones y reconocimiento convencional de la subrogación

En los sistemas jurídicos internos la subrogación es un mecanismo que se ejerce en beneficio del garante cuando éste ha pagado una indemnización al garantizado. En virtud de la ley o del contrato, el subrogado se convierte en titular de los derechos del subrogante, pudiendo hacerlos valer ante el juez a fin de recuperar la suma pagada como indemnización del tercero responsable. Este principio de la subrogación se aplica en materia de garantía de inversiones de la misma manera que si se tratara de un régimen ordinario de seguros. Sin embargo, en el ámbito de la garantía de inversiones nos encontramos ante la particularidad de que el tercero responsable es un estado soberano.

En los sistemas nacionales de garantía de inversiones, con la finalidad de asegurarse que los organismo garantes nacionales puedan oponer la subrogación operada frente a los estados anfitriones responsables, se ha optado por incluir en los tratados bilaterales de protección de inversiones una cláusula de reconocimiento de la subrogación. Este reconocimiento convencional de la subrogación permitirá al organismo asegurador nacional dirigir su reclamo directamente contra el estado anfitrión responsable, a fin de recuperar de éste, las sumas pagadas al inversionista indemnizado.

En la Convención AMGI la sección a) del artículo 18 establece que una vez pagada la indemnización al inversionista cubierto, la Agencia asumirá aquellos derechos o reclamos relacionados con la inversión garantizada que el tenedor de la garantía haya podido tener contra el país anfitrión y otros

deudores”.⁽⁸⁾ Esta disposición constituye la base legal de la obligación del estado anfitrión de reconocer la subrogación de los derechos y acciones del inversionista a favor de la Agencia. La importancia de este artículo, tal como lo señala SHIHATA⁽⁹⁾ es en virtud que establece la subrogación en el plano jurídico internacional como un derecho de la Agencia frente al estado anfitrión.

2. La implementación de la subrogación

Dadas las particularidades de la subrogación en materia de aseguramiento de inversiones, la manera como opera la recuperación de las indemnizaciones pagadas por la Agencia aseguradora presenta ciertas particularidades a través de las diferentes etapas del proceso por el cual el subrogado hace valer sus derechos frente al estado responsable.

Los contratos de garantía que se suscriban entre la Agencia y el inversionista deberán prever que, en caso de siniestro, este último estará obligado a hacer valer sus derechos y utilizar los remedios administrativos a su disposición para ser indemnizado por el estado anfitrión, de conformidad con el artículo 17 de la Convención.

En caso de que los esfuerzos para ser indemnizado directamente por el estado anfitrión hayan sido infructuosos, la Agencia procederá, de conformidad con el contrato, a pagar el reclamo al tenedor de la garantía. La Agencia en contrapartida será subrogada por el inversionista de sus derechos o reclamos relacionados con la inversión garantizada, a fin de hacerlos valer frente al estado anfitrión en virtud de lo dispuesto por la sección b) del artículo 18 citado.

Las diferencias que pudieran surgir entre la Agencia y un estado miembro respecto a su condición de subrogada de los reclamos de un tenedor de una garantía, serán arregladas de conformidad con los métodos de solución de diferendos previstos en el Anexo 11 de la Convención, salvo que se llegue a un acuerdo especial (artículo 57). Los métodos previstos en este Anexo son la negociación, la conciliación y, en particular, el arbitraje, fijándose reglas procesales específicas en el caso de este último.

3. La protección de los derechos adquiridos por la Agencia como sucesora del tenedor de la garantía

Los montos que la Agencia logre recuperar del estado anfitrión gozarán respecto a su utilización y conversión, “un tratamiento de parte del país

(8) *Idem.*, p. 179.

(9) Citado por SHIHATA, I., *op. cit.*, p. 233.

anfitrión, tan favorable como el tratamiento al que tendrían derecho dichos fondos en manos del tenedor de la garantía” (sección c) del artículo 18)). Igual tratamiento recibirán los bienes y haberes adquiridos por la Agencia como sucesora del tenedor de una garantía (sección b) del artículo 45 de la Convención AMGI).

B. La aplicación de un trato justo y equitativo a las inversiones extranjeras

La Convención AMGI no entra propiamente a legislar sobre el tipo de trato que debe ser otorgado a los inversionistas extranjeros por parte de los países anfitriones. Sin embargo, el flujo positivo de inversiones internacionales, la demanda de los servicios de la Agencia y su propia viabilidad financiera, dependerán en gran medida de la aplicación de un trato justo y las inversiones internacionales por parte de los países donde se lleva a cabo la inversión. Dicha importancia operacional de estos patrones o estándares de justicia y equidad queda demostrada en la Convención por lo dispuesto en su Preámbulo y en sus artículos 12 sección d) y 23 sección b).

1. El trato justo y equitativo como requisito para la emisión de la garantía

En el Preámbulo de la Convención se reconoce que el logro del objetivo primordial de la nueva organización internacional, es decir, el aumento del flujo de inversiones internacionales hacia los países en desarrollo, estará supeditado a que las inversiones extranjeras que se pretende realizar en estos países sean llevadas a cabo “en condiciones compatibles con sus necesidades de desarrollo, políticas y objetivos”. En contrapartida y para balancear los intereses en juego, se establece como condición básica la existencia de “estándares justos y estables para el tratamiento de la inversión extranjera” en el país anfitrión. En el artículo 12 inc. d), la existencia en el país anfitrión de un trato “justo” y “equitativo” para las inversiones internacionales es claramente establecida como un requisito para la emisión de la garantía por la Agencia respecto a una inversión específica y no como una obligación de carácter general contraída por los Estados parte a la Convención. El referido artículo dispone en que:

“Al garantizar una inversión, la Agencia quedará satisfecha en relación con: (...)

iv) Las condiciones de inversión en el país anfitrión, incluyendo, la disponibilidad de un tratamiento justo y equitativo así como la protección legal para la inversión”.

De conformidad con lo anterior, la Agencia deberá estar satisfecha con las condiciones de inversión en el país en desarrollo que sirve de anfitrión, es decir, con respecto a las condiciones que ofrece desde el punto de vista institucional, físico, financiero y legal.

2. El examen del tratamiento dado por el país anfitrión a las inversiones extranjeras

Los términos amplios en que está redactada la disposición citada permiten a la Agencia juzgar con discreción las condiciones de inversión en cada caso. Los estándares exigidos deberán, por un lado, ser consagrados en leyes nacionales o en tratados internacionales, y, por otro lado, ser aplicados en la realidad y no quedar en letra muerta.

Adicionando lo dispuesto en la normativa citada, las Regulaciones adoptadas por la Directiva en la sección 3.16, establecen los criterios que deben guiar el examen de la protección que los estados acuerdan a las inversiones extranjeras:

“An investment will be regarded as having adequate legal protection if it is protected under the terms of a bilateral investment treaty between the host country and the home country of the investor. When there is such treaty, adequate legal protection should be ascertained by the Agency in the light of the consistency of the law and practice of the host country with international law (...)”.

Así por un lado se establece un criterio principal que basta por sí solo, es decir, la suscripción por el estado anfitrión de un tratado de protección de inversiones con el estado nacional de la inversión. Por otro lado, un criterio subsidiario basado en la conformidad con el derecho internacional de la ley y la práctica del estado en cuestión respecto a las inversiones extranjeras. La aplicación de este último parámetro no deja de presentar problemas, considerando lo dividido de las opiniones respecto a lo que debe considerarse un “trato conforme al derecho internacional”.

3. La suscripción de convenios que garanticen un trato satisfactorio a la inversión garantizada

En el caso que un país determinado no ofreciera condiciones de inversión adecuadas, la Agencia suscribiría un convenio con él para garantizarse la

aplicación de estándares satisfactorios respecto a la inversión que se garantiza. Esta competencia se le otorga en el inciso ii) de la sección b) del artículo 23 de la Convención, el cual dispone:

“b) Además, la Agencia: (...)

ii) Hará esfuerzos por concluir los acuerdos con los países anfitriones en perspectiva, lo cual garantizará que la Agencia, con respecto a la inversión garantizada por ella, recibe un tratamiento al menos tan favorable como el acordado por el respectivo miembro a la más favorecida agencia de garantías de inversión o Estado mediante un acuerdo relativo a la inversión, el cual debe ser aprobado por mayoría especial de la Directiva”.

4. Otras competencias referentes a la promoción de un flujo continuo de inversiones extranjeras

Además de la competencia señalada anteriormente, el artículo 23, sección b), incisos i) y ii), de la Convención AMGI trata de las competencias que posee la Agencia, aparte de las propiamente aseguradoras, dirigidas a crear un clima propicio para el flujo de inversiones de los países desarrollados hacia los países en desarrollo. De esta manera dispone que:

“b) Además, la Agencia:

i) Fomentará el arreglo amistoso de las disputas entre los inversionistas y los países anfitriones.

i) (...)

iii) Fomentará y facilitará la conclusión de los acuerdos entre sus miembros relativos al fomento y protección de las inversiones”.

En virtud del párrafo iii) le ha sido asignado a la Agencia un rol catalizador en el fortalecimiento de la práctica bilateral y multilateral de suscripción de instrumentos internacionales de protección de inversiones, cooperando así en el desarrollo progresivo de una área del derecho internacional donde las normas jurídicas de carácter obligatorio son escasas y donde abundan las que entran en la categoría de *soft-law*.

Señala SHIHATA⁽¹⁰⁾ que esta labor de la Organización no se limitaría a la promoción de la adopción de normas internacionales relativas a los aspectos sustantivos del tratamiento de las inversiones internacionales, sino que también incluiría la promoción de normas de carácter procesal referentes a los procedimientos de admisión de inversiones y los medios de solución de disputas, promoviendo, entre otros, el recurso por las partes en conflicto al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), organismo que al igual que el AMGI forma parte del Banco Mundial.

CONCLUSION

La Agencia Multilateral de Garantía de Inversión es un claro ejemplo de lo que la cooperación institucional Norte-Sur puede generar. Con el establecimiento de la Agencia tras dos décadas de negociaciones en el seno del Banco Mundial, un poderoso instrumento de promoción de inversiones es puesto a la disposición de las partes envueltas: los países exportadores de capital, los países importadores de capital y los inversionistas.

La suscripción de garantías de inversión administradas por una agencia multilateral en un plano internacional, además de fortalecer el clima de confianza entre las partes, contribuye a reducir, en el futuro, las diferencias internacionales que puedan afectar las relaciones de cooperación entre los países en desarrollo y los países industrializados. La subrogación en los derechos de los inversionistas por las agencias nacionales de garantía de inversiones originan frecuentemente fuertes conflictos legales entre el país importador de capital y el país exportador de capital.

Además, la existencia del sistema AMGI tendrá un efecto persuasivo sobre los estados anfitriones de inversiones cubiertas, en el sentido de que, una vez ocurrido el siniestro, preferirán llegar a un arreglo directamente con el inversionista afectado que enfrentarse con una institución de la cual se forma parte.

La ratificación de la Convención por Costa Rica se enmarca dentro de una estrategia que busca atraer las inversiones extranjeras mediante el fortalecimiento de la protección legal de éstas, es decir mediante la creación de un clima de confianza y de reducción de riesgos. Esta misma política hizo que hace un par de años el país ratificara igualmente la convención que establece el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, del cual lamentablemente hasta la fecha no se ha hecho uso según tengo entendido.

(10) *Idem.*, p. 228.

BIBLIOGRAFIA

- BROCHES (Aron): "La Convention et l'assurance-investissements. Le probleme dit de la subrogation" en *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées*. Pedone, Paris, 1969, pp. 161-168.
- CARREAU (D.), FLORY (Th.) y JULLIARD (P.): *Manuel de droit international économique*. PUF, Paris, 1991.
- CONVENCION PARA EL ESTABLECIMIENTO DE LA AGENCIA MULTILATERAL DE GARANTIA DE INVERSION, Ley No. 7318, La Gaceta No. 236 de 19 de diciembre de 1992, pp. 1-12.
- LAVIEC (J.P.): *Promotion et protection des investissements*. PUF, Paris, 1986.
- PETERS (Paul): "Investment risk and trust: the role of International Law" en *International Law and Development*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1988.
- SHIHATA (Ibrahim): *MIGA and foreign investment*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1988.
The Multilateral Investment Guarantee Agency and the legal treatment of foreign investment, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, tomo 203, 1987/II, pp. 95-320.

RETORICA DE "LA" LIBERTAD CONTRA LAS LIBERTADES

(Control sobre las libertades, por medio de "la"
Libertad como ideología)

Dr. Enrique P. Haba
Catedrático Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

1. función "retórica" del lenguaje "la Libertad"
 2. una cuestión (transcendente) de lógica formal
 3. otros estudios (realistas) sobre el término "libertad"
- (C) Discusión
- B) Añadida
- A) Una cuestión realista de "libertad individual"

SUMARIO:

- I. Visión General
 - II. El término "libertad" como functor triádico
 - III. "La" Libertad y las libertades
 - IV. Semiótica de "la Libertad" en el plano pragmático: sentido ideológico, la función de término-bandera
 - V. La Libertad como autocontrol y la libertad para controlar
 - VI. Conclusión: el "cierre del discurso" por medio del lenguaje de "la Libertad"; tareas de la filosofía social
 - VII. Principales tesis
- Apéndices: A) Una noción realista de "libertad individual"
- B) Addenda
 - C) Discusión:
 - 1. otros estudios (realistas) sobre el término "libertad"
 - 2. una cuestión (intrascendente) de lógica formal
 - 3. función "cosificadora" del lenguaje de "la Libertad"

* * *

...la palabra libertad, la más utilizada y la más equívoca que pueda emplearse, ya que, en cada época, los hombres reivindican con el nombre de libertad los poderes de los que se creen injustamente despojados o protestan en nombre de la libertad contra sujeciones reales.

ARON

Bajo el gobierno de una totalidad represiva, la libertad se puede convertir en un poderoso instrumento de dominación. La amplitud de la selección abierta no es un factor decisivo para determinar el grado de libertad humana, pero sí lo es LO QUE se puede escoger y lo que ES escogido por el individuo.

MARCUSE

I. VISION GENERAL⁽¹⁾

Los sinsentidos suelen tener también su sentido. Es el caso, por ejemplo, de una expresión como “la Libertad”, así como de tantas otras fórmulas del lenguaje político y de las doctrinas sociales en general: el “Mundo Libre y Democrático”, “la Voluntad del Proletariado”, “el Honor de las Fuerzas Armadas”, “el Progreso”, “el Bien Común”, “la Soberanía y Dignidad de la Nación”, “el Espíritu del Pueblo”, “la Voz de la Patria”, “la Dialéctica de la Historia”, etc., etc. Como se sabe, estas y otras formulaciones análogas son inutilizables como componentes de un lenguaje científico (sociología empírica, ciencia política, etc.). La propia filosofía, aunque no es ciencia, ha logrado depurarse de ellas mediante análisis metalingüísticos; ellos han puesto de relieve no solo hasta qué punto es poco definida la referencia semántica de dichas expresiones, sino también el carácter básicamente retórico que tienen sus oscilantes usos. Sin embargo, esto último les brinda, desde el punto de vista funcional, su *sentido* más propio a aquellos términos, su alcance pragmático. Condición básica de tal funcionalidad es esa vinculación suya a una referencia semántica que constituye un sinsentido, o que al menos representa un foco de significados desmesuradamente abierto y elástico. En una palabra, son fórmulas cuya pobreza de sentido (semántico-lógico) les otorga su riqueza de sentido (pragmático-retórico).

Un análisis de “la libertad” puede resultar paradigmático con vistas a mostrar esta doble naturaleza lingüística –sinsentido y sentido, semántica y pragmática, lógica y retórica– de las expresiones más usuales en las ideologías políticas. Ella se comunica también a su empleo en el discurso jurídico.

Acaso en ningún otro de tales términos resalte de una manera tan palpable la distinción entre ambas pistas como cuando se habla de “la Libertad”.

(1) Este trabajo es la ponencia presentada al X Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (Symposium IV: El control de la conducta humana y la Libertad), celebrado en México, entre el 29 de julio y el 6 de agosto de 1981. Para la presente versión (1992) se introdujeron modificaciones de detalle en la redacción original; además, se agregan las notas (4a), (4b), (6a) y (6b), y los Apéndices B y C. [Téngase en cuenta, pues, que dicho trabajo fue escrito varios años antes de la *perestroika*: las alusiones al socialismo o al marxismo-leninismo, a la Doctrina de la Seguridad Nacional, etc., efectuadas al pasar, tenían allí plena actualidad.]

El empleo del artículo determinado singular "la" y el uso de la mayúscula no hacen sino poner de manifiesto en forma más neta ese abismo entre el alcance gramatical y la función persuasivo-ideológica. Porque, según veremos, ahí no se trata solamente de un término más o menos abstracto, cuyo *significans* tiene bordes más o menos elásticos y cuyo contenido semántico puede ser más o menos polisémico, como sucede con algunas de las expresiones citadas al principio⁽²⁾. En el caso de "la Libertad", esta indeterminación básica llega, podríamos decir, a su paroxismo: bien mirado, estamos frente a un sustantivo que, como tal, no tiene prácticamente *ningún* significado. Es algo así como una flecha que no apunta, por sí misma, hacia lado alguno... ¡salvo, claro está, que alguien la tome en sus manos y la haga apuntar, él, hacia ese lado o hacia aquel otro! (que es lo que en realidad sucede, como se verá).

La utilización de la flecha "Libertad" —por parte del locutor filosófico, político o jurídico— recibe en definitiva como sentido, ¡de hecho!, el que le otorgan sus ocasionales efectos de tender velos y simplificaciones en la percepción de los fenómenos políticos y en general sociales. Efectos no menos variados que variantes, pero que de un modo general apuntan sobre todo hacia la defensa del *establishment*, cuando ese lenguaje es usado en las democracias capitalistas. Los discursos que corresponden a la apologética de "la Libertad" constituyen, así, un ejemplo típico de "ideología" (tómese esta palabra de acuerdo con alguna de sus acepciones críticas más generales en el campo de la sociología del conocimiento). Y de esta manera, como velo "ideológico", como "falsa conciencia", esos lentes lingüísticos contribuyen a ejercer un control ciertamente eficaz sobre la conducta de quienes se orientan a través de ellos o son juzgados en función de ellos.

En síntesis.—Desde el punto de vista lógico-sintáctico, la palabra "libertad" no significa prácticamente nada. Desde el punto de vista semántico, ella puede llegar a significar casi cualquier cosa. Y desde el punto de vista pragmático, pasa que su indeterminación en los dos planos precedentes, como así también la poderosa carga emocionalizante que este término lleva aneja hacen que en la comunicación él sirva como expediente ideológico de propaganda a favor (sobre todo) del *establishment* democrático-capitalista.

* * *

(2) Y del mismo modo sucede también con expresiones que son, si se quiere, más "técnicas", en el marco de la filosofía jurídica y social: p. ej., cuando se habla de la Nación como "persona" u "organismo", del "contrato social", del "derecho natural", etc.; cf. WELDON, cap. 3, y MACDONALD.

Frente a la indeterminación que es propia del término "libertad", el analista se encuentra ante una alternativa que no tiene salidas muy satisfactorias. Puede tratar de definir ese término de alguna manera relativamente rigurosa, pero entonces el *significans* no coincidirá bien con el uso, tan fluctuante, que el *significandum* ofrece en la comunicación corriente; y no se ve, por lo demás, qué utilidad pueda seguirse de utilizar esa palabra de una manera que no se adecúe ya a este contexto. Pero asimismo, por el otro lado, resulta que si no lo define bien, esto es, si se contenta con plegarse a los usos comunes, no conseguirá sobrepasar el nivel, en muchos respectos engañoso, que tales utilizaciones implican en el lenguaje cotidiano.

El problema de esa definición puede también ser planteado, en otras palabras, de esta manera: ¿es dable proporcionar alguna noción general—aunque sea más o menos abstracta, formal si se quiere— que corresponda a los usos más comunes del vocablo "libertad" (p. ej., una noción que le reconozca el sentido de un género, dentro del cual podrían luego haber distintas especies de "libertad")? Y en caso afirmativo, ¿servirá de algo, en la práctica, hacerse consciente de tal noción? En mi libro sobre el *Totalitarismo* intenté presentar una respuesta a estas dos cuestiones: cf. allí, en especial, el núm. 31 del cap. II⁽³⁾. En el presente examen, sin perjuicio de tomar como base esos desarrollos, encaro el análisis desde otros ángulos, pero que pueden considerarse como una continuación de aquellos.

El estudio de un término como "libertad" puede ser encarado desde tres perspectivas. a) Desde un punto de vista *metodológico*: analizar el alcance que dicho término pueda tener en el plano de un lenguaje *científico*, sus implicaciones lógicas y también sus insuficiencias desde este ángulo, la pertinencia (o no) que él pueda ofrecer para ser utilizado como elemento de la comunicación en el marco de determinados métodos. b) Desde un punto de vista *empírico*: examinar cómo es usado *de hecho*, en la comunicación cotidiana, y los efectos prácticos que van ligados a ese o esos usos. c) Desde un punto de vista *axiológico*: efectuar juicios de *valor* acerca de dichos efectos y, eventualmente, proponer cambios (con sentido científico o no) en aquellos usos, para promover la realización de tales o cuales valores. Las tres perspectivas son, desde luego, complementarias. En este estudio nos ubicaremos de preferencia en los dos primeros planos, pero implícitamente serán efectuadas ciertas valoraciones. Adelanto, a continuación, una síntesis de las ideas centrales que voy a desarrollar en él.

* * *

(3) *Vid.* también, aquí, el Apéndice A.

El vocablo "libertad" es, desde el punto de vista sintáctico, una conectiva plurilateral. Constituye un término no-independiente, un functor cuyo sentido de enlace es por lo menos triádico: sirve para mentar una relación que se refiere a *quién* es "libre", en *qué respecto* lo es y frente a *quiénes* lo es. En el plano semántico, esa conectiva no alcanza significado pleno si no está determinado, explícita o implícitamente, el contenido de cada uno de estos tres (o más) ángulos de referencia. Bien mirado, es virtualmente una "fórmula vacía", como otras que operan en el lenguaje de la política.

En definitiva, se trata de un *término-bandera*; esto por su carácter básicamente emocionalizante y propicio para operar un "cierre del discurso", una reverencia acrítica hacia aquello que se llegue a calificar como encarnación de "la Libertad". De tal manera, en el plano pragmático, dicha expresión recibe unos sentidos según el contexto político-social en que es utilizada. Es este contexto el que procede a llenar —de sentido pragmático— el marco de la fórmula vacía.

Tales contenidos son de lo más variados y variantes. Por eso, en la realidad nunca ha existido ni puede llegar a existir "*la Libertad*", sino únicamente *las* (unas) libertades, que se hacen presentes con toda clase de gradaciones y antinomias. El discurso sobre "*la Libertad*" tiende a disimular *las* libertades y *las* faltas de libertad que, según el medio de que se trate y también dependiendo de las condiciones personales en que cada quien se encuentre allí, están en juego *realmente*.

En las democracias capitalistas, el lenguaje de "la Libertad" se constituye, por lo general, en una ideología del *establishment*. Representa una cortina de humo tendida sobre el panorama múltiple y contradictorio de *las* libertades, una mendaz unificación verbal de las diferencias que en materia de libertades (reales) existen entre los sujetos según la ubicación social de cada quien, una forma de *no* hablar sobre los privilegios de que en los hechos depende el ejercicio de muchas de esas libertades. Tal terminología resulta útil, así, para hacer intervenir una doble instancia de control sobre las conductas de los miembros del cuerpo social: a) un autocontrol que la "falsa conciencia" de los sujetos, al internalizar aquella "bandera", ejerce sobre ellos mismos; b) sumado al control externo por parte de los sectores dominantes, quienes invocan la defensa de "la Libertad" para hacer reprimir también por medios coactivos, llegado al caso, a quienes (efectiva o eventualmente) puedan poner en peligro sus privilegios.

Es cierto que en relación con regímenes de otro tipo, la palabra "libertad" puede llegar a tomar sentidos que apunten en otras direcciones, subversivos o no. Pero aun en tales casos se trata de sentidos que, también ellos, no suelen privarse de ser más o menos "ideológicos".

Aunque eficaz en el plano de la propaganda política, del signo que sea, una expresión como "la Libertad" no tiene nada que hacer en la terminología de las disciplinas que se ocupan *científicamente* del acontecer social, y ni siquiera dentro del lenguaje en que establece sus categorías conceptuales *propias* una filosofía sin concesiones. Pero ésta, eso sí, puede y debe tomar dicha expresión como lenguaje-objeto para someterlo a análisis metalingüísticos, sobre todo en el marco de la crítica de las "ideologías".

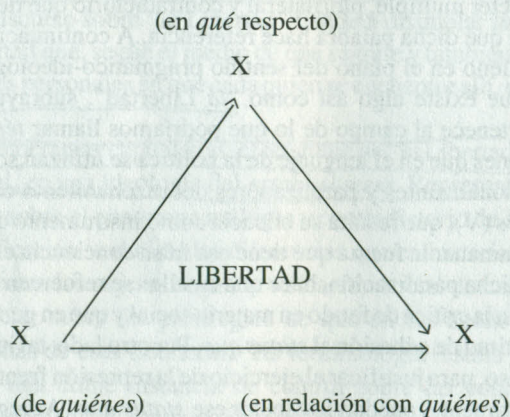
En los apartados que siguen paso a exponer de manera más sistemática y también más concreta las ideas apuntadas. Examinaré primero (II) el sentido lógico-semántico del término "libertad". Ello hará ver que, desde ese punto de vista, dicho término no podría jamás ser utilizado como un sustantivo autosuficiente. Luego explicaré (III) por qué la única manera no ideologizante de recurrir a tal palabra, para mencionar realidades o proyectos político-sociales, consiste en emplearla en *plural*, y mejor aún si es con minúscula: no hablar jamás de "la Libertad", ente imposible, sino únicamente de *las* (unas) libertades. Este plural es menos inadecuado para destacar —por oposición a la deformación ontologizante y *omniunificadora* que se sugiere al hablar de "la Libertad" a secas— el carácter múltiple, plurilateral y contradictorio que tienen los fenómenos sociales a que dicha palabra hace referencia. A continuación (IV), ubicándonos ya de lleno en el plano del sentido pragmático-ideológico que tiene el presuponer que existe algo así como "*la Libertad*", subrayaré por qué esta expresión pertenece al campo de lo que podríamos llamar *términos-bandera*, unas expresiones que en el lenguaje de la política se utilizan sobre todo por sus efectos emocionalizantes y paralizadores del razonamiento crítico. Es de ahí, según veremos (V), que resulta su eficacia como instrumento de autocontrol de la conducta humana: la fuerza que tiene esa falsa conciencia creada en quienes internalizan dicha paralización, hace que en ellos se refuercen actitudes rígidas de resistencia a la crítica de fondo en materia social y que en general se consolide aún más su actitud de adhesión al *status quo*. Por otro lado, tal ideología también sirve, en su caso, para justificar el ejercicio de la represión frente a aquellos que, real o supuestamente, puedan irrespetar ese *status quo*. Agregaré todavía (VI) algunas observaciones sobre el "cierre del discurso" por medio de términos como el analizado y qué es lo que la filosofía social puede hacer *contra* ese cierre. Para terminar (VII), resumiré las principales tesis aquí sostenidas por mí.

II. EL TERMINO "LIBERTAD" COMO FUNCTOR TRIADICO

En la medida en que la palabra "libertad" o "libre" es utilizada para aludir —con alguna precisión, aunque sea mínima— a conductas humanas, en todos los casos se refiere, sea en forma completa o parcial, a lo siguiente. Uno o más

sujetos son considerados “libres”, tienen “libertad” frente a otro u otros sujetos, en el sentido de que los primeros pueden (o deberían poder) elegir entre hacer o no hacer cierta “cosa” (material o de otra clase), sin que los segundos estén en condiciones de impedirlo. Quiere decir que nadie es “libre” *sin más*. Lo es, o no, frente a *tales* o *cuales* individuos; en el mejor de los casos, ante la humanidad entera. Y lo es para hacer *esto* o *aquello*, pues eso nunca comprende absolutamente todas las cosas habidas y por haber⁽⁴⁾.

De ahí que, en el lenguaje de la lógica, el término “libre” se clasifique como un *functor* de tipo *triádico* (cf. Wagner-Haag, p. 24 s.), un *relator* *trilateral*, ya que para emplearlo con sentido es necesario saber tres cosas: *quién* o *quiénes* son libres; frente a *quién* o *quienes*; y en *qué* respecto (qué es, concretamente, eso que el primero puede hacer sin interferencia, o hasta requiriendo la colaboración, del segundo). El vocablo “libre” no es sino el lazo lógico-semántico que establece la *relación* entre esas tres caras –los dos *quiénes* y el *qué*– del referido triángulo conceptual:



(4) “‘El es libre’ es una proposición incompleta. El natural interrogante (*challenge*) que ella suscita, es: ¿Libre de qué? (...) ‘Libre de’ implica meramente que hay algo que no está ahí (aunque podría estar), ‘libre para’ sugiere que son favorables las condiciones para hacer alguna cosa (aunque el agente pueda no querer hacerla). En el habla corriente, estos usos no están rígidamente separados. Tienden a fundirse entre sí” (WELDON, p. 70 s.).

O incluso, si se quiere, dicha relación podría contemplar hasta una cuarta cara: tomar en cuenta también qué *consecuencias* se siguen del ejercicio de la conducta “libre”, para el titular de esta o aun para terceros vinculados a él; desde tal punto de vista, “libertad” es un functor *cuadrilateral*, le correspondería mejor la imagen de un cuadrilátero que la de un triángulo.

Ahora bien, así como no tiene sentido hablar de un triángulo de dos caras, o de una sola, de la misma manera constituye un sinsentido hablar de “la Libertad” *a secas* o de que Fulano (persona o grupo) es “libre” *en general*. Eso no solo constituye un dislate desde el punto de vista lógico-sintáctico, sino que además es decididamente falso desde el punto de vista empírico. Nadie, salvo Robinson Crusoe, puede ser simplemente “libre”, es decir, estar en condiciones prácticas de –o tener derecho a– hacer cualquier cosa que se le ocurra, suponiendo que esta sea materialmente posible; sólo en tal caso, el “qué” y sobre todo el “respecto a *quiénes*”, podrían ser indiferentes para determinar *su* “libertad”. Hablar de “la Libertad”, pues, es algo así como ponerse a afirmar cosas sobre “el Más-que”, “la Entre-medio-de”, etc. Todas estas son expresiones que carecen de un sentido *propio* (completo). Son elementos lingüísticos *no-independientes*. Están destinados a integrar expresiones más complejas, a ser completados en el seno de estas, del mismo modo que, por ejemplo, las preposiciones o los signos de puntuación; por sí solos no significan nada, o casi nada^(4a).

Pero cabe preguntarse: ¿por qué, si eso es así, a nadie se le ocurre decir grandes cosas acerca de “el Con-respecto-a”, por ejemplo, pero sí sobre “la Libertad”? ¿Por qué lo primero suena absurdo, mientras lo segundo parecería que lo entienden todos? La respuesta puede comportar dos reflexiones: específicamente lingüística una, ideológico-política la otra. En este apartado estoy considerando la primera, dejo la segunda para los apartados siguientes.

Lo que induce a engaño sobre la naturaleza del functor-libertad es que este se presenta bajo la forma gramatical de un sustantivo. Esa sustantivación lleva a creer que “la Libertad” se refiere a algún tipo de ente, sea abstracto o concreto, así como “el perro” se refiere a la especie biológica (real) de los canes o “el Presidente” se refiere a aquel señor que vemos en la televisión. Pero no hay tal. “La Libertad”, del mismo modo que “el Ser” o “el derecho subjetivo”, y tantas otras expresiones del lenguaje de la filosofía, de la política o de la técnica jurídica, son conectivas gramaticales que por sí solas no denotan ningún dato íntegro de la realidad y ni siquiera algún concepto completo del mundo de las

(4a) Un caso análogo es, por ejemplo, la palabra “justicia” (término no menos retórico que “libertad”). Cf. el ejemplar análisis de Chaïm PERELMAN al respecto: *De la justicia*, trad. de Ricardo Guerra, UNAM–Centro de Estudios Filosóficos–Cuaderno 14, México, 1964.

Indican relaciones *no son ni obj.*

ideas. No son, en sí, ni sujetos ni objetos. Indican relaciones entre “cosas”: entre sujetos, o entre objetos, o entre sujetos y objetos, o entre aspectos de sujetos o de objetos, etc. Mas dichas expresiones no simbolizan, ellas mismas, “cosa” alguna, ni material ni inmaterial. No denotan objetos individuales, ni aspectos de individuos, ni géneros de individuos, ni géneros de aspectos. En una palabra, carecen de referencia *propia*. Dicho todavía de otra manera: pueden ser sustantivos desde un punto de vista meramente gramatical, pero desde el punto de vista semántico no son más que pseudo-nombres^(4b).

III. “LA” LIBERTAD Y LAS LIBERTADES

En función de lo explicado, resulta que si la palabra “libertad” se utiliza con pleno sentido, esto es, tomando en cuenta sus *tres* (o cuatro) caras con referencia a cada caso o tipo de casos, ello no puede ser sino para enfocar realidades extremadamente múltiples, plurifacéticas y cambiantes. No es “la” Libertad, sino *las* (unas) libertades. Cada persona disfruta de *ciertas* maneras de ser libre y carece de otras. En rigor, no existen dos personas que tengan las mismas libertades. Porque nadie puede hacer exactamente *todo* (y solamente) lo mismo que su vecino, ni está sujeto a exactamente *todos* (y solamente) los mismos límites que ese vecino tiene en relación con exactamente *todas* (y solamente) las mismas personas con que tiene que ver este. Es más, ni siquiera una misma persona dispone siempre de las mismas libertades, sino que van variando, para ella, a lo largo de su vida (cf. Haba 76, cap. II. B; *vid.* también Bay, *in toto* [y *vid.* además *infra*, el Apéndice B]).

En todo caso, se podría decir que *unos* grupos (más o menos extensos) de individuos tienen libertades que entre sí se parecen en *tal* o *cual* aspecto, y ellos las tienen respecto a tales o cuales *otros* grupos de personas. Toda sociedad estratificada –no se conoce ninguna colectividad civilizada que no lo sea– se compone de distintos grupos sociales: clases, capas, sectores etc.–, que se distinguen justamente por determinadas *diferencias* entre las libertades típicas de los miembros de cada grupo frente a las de otros grupos. Si pertenezco a cierto(s) grupo(s), y no pertenezco a tales otros, quiere decir que puedo hacer lo que en general le está permitido a los de mi(s) grupo(s), pero no aquello que le está permitido (solamente) a los de aquellos otros. Por ejemplo: como no formo parte del grupo de los propietarios o directores de los grandes medios de comunicación, no tengo, a diferencia de ellos, libertad de hacerle saber lo que

(4b) Pero véase *infra*, Apéndice C.2, unas objeciones formuladas contra esta tesis y mi comentario sobre ellas.

yo quiera a la opinión pública; por pertenecer al grupo de los ciudadanos comunes, tengo la libertad de leer los diarios y ver la televisión (si poseo el dinero necesario para adquirir eso), pero no la de difundir *mis* ideas por dichos medios (salvo que alguno de los que sí tienen la libertad de hacerlo, quiera alguna vez otorgarme su permiso para tal cosa).

En el caso de la Libertad-de-expresión-del-pensamiento, para seguir con el mismo ejemplo, se puede apreciar muy bien hasta qué punto ese “la”, y también la mayúscula, llama a engaño. La sustantivación y absolutización, así introducidas, contribuyen a sepultar los datos que son indispensables para juzgar cuál es la situación *real* de *las* libertades capaces de entrar en juego bajo aquella rúbrica. En efecto, siendo “libertad” un relator multilateral, su referencia a la expresión-del-pensamiento no adquiere sentido pleno si no se aclara cuáles son los polos de dicha relación, a saber:

- (a) *Quién* es libre: ¿todos o algunos?
- (b) De *qué* tipos de temas se puede hablar: ¿de cualquier cosa, o de determinadas cosas no?
- (c) Y acerca de *quiénes* se puede hablar: ¿de cualquier persona o entidad? ¿o unos deben abstenerse de decir ciertas cosas si conciernen a determinados sujetos, por ejemplo, a sus superiores jerárquicos (públicos o privados) o a miembros del Gobierno o de la Iglesia?
- (d) En *dónde* se pueden exponer las ideas: ¿en privado o también en público?, ¿en cualquier órgano de prensa o únicamente en aquellos *cuyos* dueños (condición que tienen solo algunos ciudadanos) quieran autorizarlo?
- (e) *Qué consecuencias* pueden seguirse del ejercicio de esta libertad: p. ej., ¿es posible que quienes la ejercen sean “libremente” despedidos de un puesto público o privado, o impedidos de acceder a este, si las declaraciones de aquellos desagradan a los que tienen autoridad sobre esos puestos?

Y preguntas análogas habría que formularlas también con respecto a otras clases de libertades: de reunión, de elección, etc. (cf.: Mira y López, p. 109 ss.; Marcuse, p. 34).

Las respuestas a tales interrogantes son, como se sabe, de lo más variadas según los regímenes políticos y las estructuras socio-económicas, aun entre los

de tipo semejante. Son variadas incluso en el seno de un mismo país: por ejemplo, esas cinco condiciones no se dan del mismo modo para el Presidente de la República, para los dueños de un canal de televisión, para un soldado, para un empleado público, para un aspirante a diputado por un partido centrista, para el hijo de un gran industrial o el del Primer Ministro, para el jefe del Partido Comunista, para un obrero cualquiera... Cuando digo que no se dan del mismo modo, no me refiero, claro está, a lo que puedan (o no) expresar los textos jurídicos u otras manifestaciones oficiales, incluso las postulaciones de “derechos humanos” genéricos (cf. Haba 77). Se trata de la manera en que aquellos individuos se encuentran condicionados *en los hechos*. Estoy analizando el término “libertad” en cuanto designe aspectos de la *realidad social*.

Es esa realidad lo que resulta disimulado mediante la indiscriminada referencia a “*la Libertad-de...*”. Tal lenguaje sugiere que se trata, allí, de una sola cosa y en bloque. De esta manera, global, ella quedaría en las manos de cada uno, dada de una vez por todas y dada a todos en la misma forma y medida. Unitaria. Integral. Monolítica. Homogénea, indivisible, recibida de manera completamente igual por cualquier ciudadano. Como quien a todos ellos les dejara en la casa un ejemplar idéntico de la Biblia o de la Constitución. O como un programa de televisión en cadena o un litro de leche, que contienen exactamente lo mismo para todos sus consumidores. Por eso se habla de “*la Libertad*”, ¡ni más ni menos! El efecto de unicidad se consigue mediante el uso del artículo determinado en singular, y es reforzado aún por la unción sacralizante de la mayúscula. Mientras que *las libertades*—es decir, las *más-libertades*, las *menos-libertades* y las *no-libertades*: todas estas cuestiones de grados y de contradicciones que tienen lugar en el seno de un mismo género de libertades, según los tipos de sujetos y de situaciones— quedan por fuera de esa óptica típicamente “unidimensional”. El lenguaje de “*la*” Libertad es una cortina de humo tendida sobre el contradictorio panorama de *las libertades*⁽⁵⁾.

IV. SEMIOTICA DE “LA LIBERTAD” EN EL PLANO PRAGMATICO: SENTIDO IDEOLOGICO, LA FUNCION DE TERMINO-BANDERA

Centrar el discurso en afirmaciones sobre “*la*” Libertad, pues, sirve para apartar la atención de lo que pasa con *las libertades*. El relator triádico (o cuadrilateral) aparece transformado en un sustantivo autosuficiente que, podado de sus polos de referencia a la realidad, ya no guarda lazos netos con esta, y más bien viene a constituirse en una imagen que opera como sustitutivo de esa

(5) Vid. Apéndice A.

realidad en el foco de la conciencia. Cabalmente, estamos ante una *ideología*. En esto consiste, más allá de la indeterminación sintáctica y semántica del término “*la Libertad*”, su dimensión *pragmática* en la comunicación.

Replanteemos el asunto desde este último ángulo. Vamos a preguntarnos: ¿cómo es posible que, tratándose de una expresión tan vacía en sí misma, de esto no suelen tener conciencia sus usuarios, sino que antes bien, al emplearla, piensan que ella concierne a algo que consideran *fundamental* para la vida de las personas? Y al fin de cuentas, tan equivocados no están...

La paradoja se explica del modo siguiente. Aunque la palabra “*libertad*” es un buen ejemplo de eso que, en la terminología de la crítica de las ideologías, ha sido llamado las “*fórmulas vacías*” (cf. Topitsch, p. 37 s. y *passim*), esta “*vaciedad*” va a ser *llenada* de contenidos específicos en el contexto pragmático. Para quien utiliza aquella palabra, ella significa indudablemente *algo*; y muy importante, por cierto. Solo que, dada la *vaciedad* básica de tales fórmulas, ese “*algo*” puede ser bastante distinto según la clase de locutores, de acuerdo con los lugares y los momentos históricos, y hasta pueden ser discordantes sus sentidos en el seno de una misma sociedad⁽⁶⁾.

En definitiva, el contenido *real* que la palabra “*libertad*” recibe es alguno que concierne sólo a *determinadas* libertades, según lo que por ella entiendan implícitamente los locutores y los oyentes que participan del tipo de comunicación dado. Si bien “*la Libertad*” no existe ni puede existir, en la práctica esta fórmula alude a *ciertas* libertades que en un medio social se sobreentienden como sentido típico para dicha expresión. En síntesis, la fórmula-vacía “*libertad*” deja de ser vacía una vez que es usada. El contexto pragmático *llena* esa fórmula según la función social que esta expresión recibe en la comunicación, el alcance de la fórmula se determina de acuerdo con el medio y el punto de vista típico de quienes la utilizan. Pues mientras que de lo simplemente vacío de significado, igual que de lo contradictorio en lógica, se puede inferir cualquier cosa, no es tal, en la práctica, lo que ocurre con los discursos sobre “*la Libertad*” pronunciados aquí y ahora. Al contrario, tales discursos tienen efectos ideológicos específicos.

(6) “Para algunos, la palabra libertad puede significar que cada hombre haga lo que quiere de sí mismo y del producto de su trabajo; mientras que para otros, la misma palabra puede significar que algunos hombres hagan lo que les dé la gana con otros hombres y con el producto del trabajo de estos. (...) El pastor arranca de la boca del lobo a la oveja que iba a ser victimada y, naturalmente, la oveja le agradece como a su libertador; pero el lobo lo maldice por el mismo acto, acusándolo de destruir la libertad, teniendo en cuenta especialmente que la oveja era negra”. (Abraham Lincoln, cit. en HABA 76, p. 99). [Véase también *infra*, la nota (6b).]

Cada uno, cuando habla de “la” libertad, alguna idea se hace (acertada o errónea) sobre lo que pasa o debería pasar en los capítulos a que se refieren los tres o más focos de relaciones a que apunta dicho functor. Este es completado, así, mediante elementos de significación con que el contexto pragmático procede a integrarlo en forma implícita. Sin embargo, eso no suele hacerlo explícito el locutor. Falta de explicitación que se traduce en dos consecuencias: a) Ella permite que el mismo término, “libertad”, históricamente haya servido –y siga sirviendo hoy– para denominar ideales y realidades muy variados y hasta opuestos entre sí (cf., p. ej., Schlumbohm y el primer cap. de Fetscher). b) Y eso permite asimismo lograr acuerdos entre individuos que en realidad *no* anhelan lo mismo, pero que, cobijados bajo el toldo común de su adhesión emotiva a la misma palabra, consiguen experimentar una solidaridad mutua que no resultaría tan fácil mantener si cada uno de ellos tuviera necesidad de sacar con precisión a luz los *quiénes*, los *qué* y los *cómo*, variados y contradictorios, de la libertad en cuestión.

No se trata de un acuerdo (el de *b*) básicamente intelectual, sino que es sobre todo de orden valorativo-emocional. El vocablo “libertad” pertenece al género de esos que suscitan, en quien lo emplea y en quien lo escucha, una espontánea adhesión hacia aquello que se supone comprendido en su significado. De ahí, la tendencia a actuar en el sentido de llevar a cabo o apoyar todo lo que constituya, o parezca constituir, una realización de lo que por ese vocablo se entienda mentado. Autores como Stevenson, Ayer, Hare y otros han puesto de manifiesto esta función emotiva y motivante que tienen los términos valorativos, en particular los que se emplean en el lenguaje de la ética; algo análogo se da en el discurso de las concepciones político-sociales, tanto en la filosofía como en el lenguaje corriente de la política y en el del derecho.

El término “libertad” es uno de los más cargados en ese sentido, entre aquellos que se usan todos los días para referirse a asuntos políticos y en general sociales, incluso con referencia a cuestiones jurídicas. Basta decir que tal o cual cosa corresponde a la “libertad”, para que, si el interlocutor no objeta esta calificación, aquella cosa quede consagrada como deseable y legítima. Esta conducta o situación aparece entonces como algo justificado, se considera que sin duda está bien como está, o que debería ser efectuado de esa manera. En otras palabras: si “eso” está de acuerdo con “la Libertad”, no hay más que hablar. Todo cuestionamiento queda *a limine* descartado ante la poderosa carga emotiva, de signo positivo, que cierra la conciencia de los interlocutores a posibles dudas sobre si “eso” merece o no ser aceptado. Aquello que se hace en nombre de “la Libertad” no precisa otra justificación.

Por ese su papel argumentativo de carácter fundamentalmente retórico, “la Libertad” pertenece a la categoría de lo que podríamos llamar unos *términos-*

bandera^(6a). En esto consiste la función político-ideológica de dicha expresión, el desarrollo práctico de su indeterminación lógica. Esa clase de términos son como la bandera o el himno patrio, no se discuten, constituyen un objeto de veneración simplemente, inimpugnables como la palabra del Papa o la del Comité Central del Partido. Así funcionan, en toda organización política, ciertos juegos de etiquetas fascinadoras, inagotablemente machacados por los partidos del *status quo* y por los *mass-media*. (Los partidos que se oponen en forma radical a ese *status quo* disponen también, por supuesto, de sus propios juegos de etiquetas o contraetiquetas simplificadoras.) En el caso de las democracias capitalistas, las invocaciones a “la Libertad” cumplen cabalmente ese papel. Encubren la existencia de disonancias sociales básicas, estructurales, en el interior de esas organizaciones. Dejan sin tematizar los conflictos y en general las tensiones que hay entre *las* libertades, callan los polos *reales* de referencia (que varían de grupo a grupo) a que corresponde la inserción de ese functor en el discurso. Tienden un manto de aparente unidad sobre lo que, de hecho, es un vivero de contradicciones manifiestas o latentes, una gama variadísima de privilegios y de cortapisas, un mar de gradaciones y de diferencias entre individuos y entre estratos de individuos, según los conocimientos y la posición social de cada uno.

Tras la bandera “Libertad”, tras su coloración uniforme, todo aquello queda disimulado, cubierto por un espeso velo genérico. Las contradicciones entre *las* libertades tienden entonces a pasar desapercibidas. Quien habla de “la” Libertad, suele apartar la vista de *las* libertades, desecha de su conciencia los variados lazos triádicos o cuadrilaterales a que está sometido dicho functor, las antinomias y desgarramientos a que ellos dan lugar. Tales velos y simplificaciones, conjugados con la carga emotiva del término, son los que otorgan su eficacia de sugestión al lenguaje de “la Libertad”. La sujeción de unos a otros aparece escenificada como “la Libertad”, vale decir, como una gran ventaja perteneciente a *todos* ellos.

En realidad, esa sujeción, que corresponde al hecho de que las más libertades de unos (los distintos grupos y grados del privilegio) se asienten en las menos-libertades de otros (la mayoría de la población), no implica que necesariamente los segundos –los dominados– tengan siempre que “sufrir” por ello, como tampoco que los primeros –los dominadores– sean realmente autónomos en la determinación y ejercicio de su papel. Ya Hegel y Marx advirtieron que la “alienación” alcanza, al fin de cuentas, tanto al siervo como

(6a) “La palabra misma puede convertirse en una bandera, un símbolo de todo lo que es caro al hombre, de todo lo que ama en su nación, ya sea racionalmente contingente a la misma o no” (Joseph SCHUMPETER, *Capitalismo, Socialismo y Democracia*, cap. XXI, par. IV).

a su señor, tanto al proletario como al propio capitalista, aunque los frutos más cotizados queden en manos del segundo miembro de cada una de estas parejas.

Eso se da también, y acaso *à plus forte raison*, en la actualidad. "Con el progreso técnico como su instrumento, la falta de libertad en el sentido de la sujeción del hombre a su aparato productivo se perpetúa e intensifica bajo la forma de muchas libertades y comodidades. (...) Los esclavos de la sociedad industrial desarrollada son esclavos sublimados, pero son esclavos, porque la esclavitud está determinada 'no por la obediencia ni por la rudeza del trabajo; sino por el *status* de instrumento y la reducción del hombre al estado de cosa' (François Perroux). (...). [Pero] los mismos organizadores y administradores se hacen cada vez más dependientes de la maquinaria que organizan y administran. Y esta dependencia mutua ya no es la relación dialéctica entre señor y sirvo, que ha sido rota en la lucha por el reconocimiento mutuo, sino más bien un círculo vicioso que encierra tanto al señor como al esclavo" (Marcuse, p. 62 s.; cf. también, en dicha obra, p. 37 s.).

En fin, si bien las diferencias que en materia de libertades hay entre unos y otros son muy grandes, paradójicamente se trata, para todos ellos, de libertades y faltas de libertad que se dan en medio de una "alienación" generalizada.

V. LA LIBERTAD COMO AUTOCONTROL Y LA LIBERTAD PARA CONTROLAR

Ese carácter ideológico del discurso sobre "la Libertad" tiene que ver, a su vez, con los efectos que este vuelca para el control de las conductas de los individuos en la sociedad. Por lo general se piensa que existe alguna oposición entre libertad y control social, pero lo segundo suele aceptarse como un mal menor. Ahora bien, si vamos a referirnos a "la Libertad", tal contradicción no podría existir, al menos desde el punto de vista lógico. "La Libertad" no puede oponerse a nada, por la sencilla razón de que, en rigor, esta expresión carece de significado propio. Mas si, ubicándonos en el plano pragmático, la traducimos por *estas* o *aquellas* libertades, entonces caben múltiples oposiciones. De lo que se trata, en realidad, es de lo siguiente: *ciertas* libertades, de unos, son sometidas a controles que las limitan, con el objeto de proteger *otras* libertades, de esos mismos sujetos o ajenas.

El control puede estar a cargo del propio sujeto pasivo, autocontrol; pero también puede ser que le venga impuesto desde afuera, por parte de otros individuos, incluso contra el consentimiento de aquel. En nombre de "la Libertad" consigue concretarse, así, una doble función de control sobre las

conductas humanas en las democracias capitalistas. Esa bandera sirve para justificar en su acción a unos (ii) y para paralizar desde adentro la de otros (i). Lo paradójico es que ambos tipos de control se presentan en nombre de la Libertad, aparecen como emanaciones de ella y hasta como una forma de *realizarla*. En este plano, la invocación a "la Libertad" revela claramente su carácter ideológico, se muestra como lo que en realidad es, por cuanto dichos controles constituyen expedientes destinados a reforzar el *status quo*.

En cada sociedad, sus condiciones específicas "dejan abiertas posibilidades alternativas de utilizar los recursos disponibles" en ella. ¿Pero cuáles son, entre dichas posibilidades, aquellas que concretamente son adoptadas en un momento histórico dado? Esta "elección es primariamente (¡pero solo primariamente!) privilegio de aquellos grupos que han obtenido el control sobre el proceso productivo. Su control protege la forma de vida de la totalidad, y la necesidad de esclavitud es el resultado de su libertad" (Marcuse, p. 250). "Los individuos y las clases reproducen la represión sufrida mejor que en ninguna época anterior, pues el proceso de integración tiene lugar, en lo esencial, sin un terror abierto: la democracia consolida la dominación más firmemente que el absolutismo, y libertad administrada y represión instintiva llegan a ser las fuentes, renovadas sin cesar, de la productividad" (*ibid.*, p. 7).

"En el grado en que la conciencia esté determinada por las exigencias e intereses de la sociedad establecida, 'carece de libertad'; en el grado en que la sociedad establecida es irracional, la conciencia llega a ser libre para la más alta racionalidad histórica sólo en la lucha contra la sociedad establecida" (*ibid.*, p. 250 s.). *Vid.* también la cita que encabeza el presente estudio, tomada de la p. 37, *ibid.*

(i) "Libertad" como autocontrol.— La ideología de "la Libertad", una vez internalizada, obra, en la mente de quienes creen en ella, como un eficaz factor de auto-control. Esa falsa conciencia del sujeto le cierra las puertas a la tematización de todo aquello —*las* libertades y *las* no-libertades— sobre lo cual el lenguaje de "la Libertad" calla. Es más, le hace solidario con ello, en cuanto ese discurso tiende a minimizar o simplemente a ignorar tales cosas. Las personas *se sienten* "libres" si creen en dicho discurso, aunque la mayoría de ellas estén sometidas a múltiples limitaciones (que otras no tienen) y a toda clase de desigualdades. Unidos por su adhesión al mismo término-bandera, al aceptar que todos son *igualmente* "libres", la consecuencia política de esta Libertad *subjetiva* de los individuos es la producción de un sentimiento común de solidaridad con el *establishment* en general, con el marco social global que hace que las cosas sean como son. Efecto de unificación similar al que se produce entre los partidarios de una enseña deportiva, el aficionado común siente que él está compartiendo una *misma* gloria con los jugadores (bien remunerados) y con los dirigentes (bien recompensados) de su club favorito. En "la Libertad", compartida en forma aparentemente igual por unos y otros, se anuda la solidaridad entre privilegiados y menos privilegiados, pero de manera tal que

aquellos y estos sigan todos siendo lo que son. Cada uno queda bien fijado en su propio rol social, no se le ocurrirá cuestionar la distribución de esos roles.

De hecho, “la Libertad” significa, en las democracias capitalistas, que todo quede más o menos como está, que las libertades de los individuos se mantengan tan disparejas como nos hemos acostumbrado a encontrarlas. En síntesis: “la Libertad” = unas libertades y unas faltas de libertad, tal y como se hallan legitimadas por el *establishment*. Y desde el momento en que, fascinado por la aureola emotivante de la palabra “Libertad” y dopado por su vaguedad, el sujeto la recoge como una bandera propia, los caminos de su conciencia quedan clausurados para cualquier crítica de fondo respecto a su medio social. Se trata, en la práctica, de una actitud de autocensura que le inhibe de concebir o comprender otras alternativas político-sociales, de discutir las racionalmente. Lo lleva a sujetar (¡gustosamente!) su conducta a las limitaciones que la estructura capitalista le impone a sus propias libertades. Pronunciarse por “la Libertad”, aquí, es una conducta lingüística que típicamente corresponde a la actitud de pensar que en general las cosas están bien como están (o, en todo caso, que es insensato intentar mejorarlas mediante reformas de fondo). Es internalizar las limitaciones y desigualdades que para las libertades consagra el *status quo*. Impulsa a controlar la propia conducta, de acuerdo con unos patrones ideológicos dirigidos a reproducir este *status quo*.

(ii) “Libertad para controlar.— Por si dicho autocontrol (i) no se produce, o no es suficiente, no faltarán maneras de imponer un control desde afuera. En nombre de “la Libertad”, claro está. Depositada en las manos de sectores privilegiados (privados y públicos) de estos regímenes, la defensa de “la Libertad” —es decir, las decisiones acerca de cómo y cuándo protegerla— les sirven también como justificación, ante los demás y ante sí mismos, para mantener en pie la propia situación (privilegiada), y para castigar, si es necesario, a quienes pudieran hacerla vacilar. Los instrumentos sociales de que aquellos disponen en aras de “la Libertad”, o sea, para proteger sus libertades, los colocan en condiciones de ejercer el control necesario, ideológica y también materialmente. Por medio de toda clase de presiones sociales, y en última instancia recurriendo al uso de la fuerza pública, logran que no sean tomadas en cuenta las libertades que puedan restringirlos en sus privilegios, que estas se consideren ilegítimas (delitos, “libertinaje”, “anarquía”, “subversión”...).

Claro que “la Libertad” no cumple *solamente* tales funciones de control, ni solo en favor del *establishment* democrático-capitalista. Pues lo cierto es que esta terminología no tiene, ni siquiera si nos limitamos a tomar en cuenta sus

usos actuales, un sentido pragmático uniforme. Es utilizada, en la lucha política, por ideologías diversas y hasta radicalmente opuestas entre sí. Por ejemplo, unos protagonizan movimientos de “liberación” para luchar nada menos que contra quienes, en defensa de “la Libertad”, combaten a los primeros^(6b). Pero aquí no podemos ocuparnos de todos los usos del término. Nos estamos limitando a señalar su función ideológica más típica en las democracias capitalistas. Lo cual no quita, por supuesto, que dicha bandera pueda ser utilizada también para otros papeles: por ejemplo, servir como divisa de resistencia interna contra regímenes fascistas —caso en el cual, obviamente, pronunciarse por “la Libertad” *no* es apoyar el *establishment*— o para impedir que partidarios de estos consigan desestabilizar una democracia capitalista.

(6b) Es así, en efecto, por “el hecho de que la misma palabra, o el mismo concepto, en la mayor parte de los casos, significa cosas muy diferentes según lo usen personas que ocupen diferentes posiciones. Cuando en los primeros años del siglo XIX, los anticuados conservadores alemanes hablaban de ‘libertad’, entendían el derecho de cada estado [*Stand*, estamento] a vivir conforme a sus fueros o privilegios (libertades). Si pertenecían al movimiento conservador romántico y protestante daban a ese vocablo el significado de ‘libertad interior’, es decir, del derecho de cada individuo a vivir conforme a su propia personalidad individual. Ambos grupos pensaban en términos de *concepción cualitativa de libertad*, porque entendían que la libertad significaba el derecho a mantener su carácter distintivo, ya sea histórico o íntimo. Cuando un liberal del mismo período empleaba el término ‘libertad’, pensaba en la liberación precisamente de esos mismos privilegios que el anticuado conservador consideraba como la propia base de la libertad. El concepto liberal era, pues, una concepción igualitaria de la libertad, en cuyo caso ‘ser libre’ significaba que todos los hombres tienen los mismos derechos fundamentales. El concepto liberal de libertad era el de un grupo que trataba de derrumbar un orden social exterior, legal, no igualitario. Por otra parte la idea conservadora de libertad era la de una clase que no deseaba ver cambio alguno en el orden exterior de las cosas, pues tenía la esperanza de que los acontecimientos proseguirían en su unicidad tradicional; para conservar las cosas en el estado en que estaban, tenían que canalizar las cuestiones corrientes de libertad, del campo político externo, al campo, no político, de la libertad interior. El hecho de que el liberal veía sólo un aspecto del concepto y del problema, y el conservador otro, estaba estrechamente relacionado con las posiciones respectivas que ocupaba cada cual en la estructura social política” (Karl MANNHEIM, *Ideología y utopía. Introducción a la sociología del conocimiento*, trad. de Salvador Echavarría, Fondo de Cultura

VI. CONCLUSION: EL “CIERRE DEL DISCURSO” POR MEDIO DEL LENGUAJE DE “LA LIBERTAD”; TAREAS DE LA FILOSOFÍA SOCIAL

La ideología de “la Libertad” desempeña, en el llamado Mundo Occidental, una función de control análoga a la que tienen las invocaciones de defensa del Socialismo en los Estados organizados según el modelo de lo que suele ser llamado “marxismo-leninismo” (más exacto sería decir leninismo-stalinismo, o stalinismo a secas)⁽⁷⁾. La palabra prestigiosa –Libertad, Socialismo, etc.– viste con los colores más favorables al *establishment*. En esa forma es utilizada como arma de defensa-ataque contra las tendencias impugnadoras, vengan del interior o del exterior. Un sabor de infamia global, de herejía, se desparrama sobre todo aquello que contienen estas otras tendencias políticas, las cuestionadoras. La luminosidad de la bandera permite distinguir en forma neta, sin discriminaciones, los campos: o reverencia o herejía, *tertium non datur*.

Ese esquema blanco-negro –“amigo-enemigo”, diría Carl Schmitt– se hace funcional, como ideología, mediante el juego lingüístico de introducir un antónimo que confina la discusión política al cuadro cerrado de opciones intransigentemente totales. El combate aparece como simple y claro: es *el Bien* contra *el Mal*, *la Libertad* vs. *el Totalitarismo* (o “el comunismo internacional”), *el Socialismo* vs. *el Imperialismo* (o “el enemigo de clase”), etc. *Todas* las libertades están de un lado, *todas* las faltas de libertad están del otro. El pensamiento político y social deviene “unidimensional”, el universo del discurso queda “cerrado” entre alternativas no menos sonoras que simplistas. Alternativas no menos encerrantes para la conciencia de los engranajes sociales, que

Económica, México, 1941, p. 238-239). Para más ejemplos de transformaciones históricas en el concepto de “libertad”, de acuerdo con los intereses de unos u otros grupos sociales, *vid.* el muy instructivo estudio de SCHLUMBOHM. Cf. también la cita de Raymond ARON (*Ensayo sobre las libertades*, trad. de Ricardo Ciudad Andreu, Alianza Editorial-El Libro de Bolsillo N° 3, Madrid, 1966, p. 203) que encabeza el presente estudio.

- (7) No estoy afirmando que la ideología sea indiferente, esto es, que en todos lados se den las mismas libertades y las mismas faltas de libertad, más o menos, sean cuales fueren los términos-bandera que se utilicen para legitimar el respectivo *status quo*. Al contrario, es indudable que la situación de las libertades y no-libertades puede ser muy distinta en lo que va de un régimen a otro (cf. HABA 76, cap. V.4). Claro que, más allá de esas diferencias, importantísimas, ello no quita que todas aquellas ideologías funcionen como un elemento de control en apoyo del *establishment*; apoyo que, por su naturaleza “ideológica”, nunca presenta las cosas tal como son, sino que las “hermosea” en mayor o menor medida.

bien manipuladas, con vista a tales efectos, por medio de los órganos de la comunicación masiva (cf. Marcuse, *passim*). Esa “falsa conciencia” tiende a invadirlo todo. No solo campea a sus anchas en los *mass-media*, así como en el diálogo donde el hombre de la calle reproduce el mensaje de estos, sino que en buena medida llega a enseñorearse también de la filosofía, y en general del pensamiento político-social y jurídico impartido en los establecimientos de enseñanza en todos los niveles⁽⁸⁾.

La ideología de “la Libertad” no es, desde luego, sino *uno* de esos términos-bandera. Pero es de los que más eficaces se han revelado como medio de control y autocontrol de la conducta humana en las democracias capitalistas. En el plano de un lenguaje científico, como también en el de un lenguaje filosófico riguroso, por supuesto que lo más aconsejable sería prescindir de la palabra “libertad”, dado su carácter congénitamente equívoco, sobre todo por la complejidad de las madejas sociales que ella contribuye antes bien a encubrir de simplificaciones que a denotar. Sin embargo, como no se puede esperar que este vocablo llegue a ser erradicado del lenguaje común y de las ideologías políticas, a la filosofía social no le queda otro remedio que tomar en cuenta unos discursos que, como los relativos a la “libertad”, no solo reflejan sino que también contribuyen a hacer esa misma realidad, ya que la gente *actúa* en función de ellos. Pero aun así, si el pensador no se resigna a pegarse a la falsa conciencia de que son víctima estos locutores, entonces términos como “libertad”, y otros análogos, no puede el filósofo incorporarlos sin más a su *propio* discurso. Se limitará a hacerlos objeto de estudios meta-lingüísticos. Sus análisis permitirán sacar a luz todo el sinsentido lógico y toda la manipulación social que el empleo de aquellos términos comporta cuando son usados en el lenguaje-objeto analizado, el discurso “ideológico”, ya sea el de la política cotidiana o uno teórico filosófico. El elemental examen que aquí he querido ofrecer de la expresión “la Libertad” se inscribe dentro de esa doble tarea que, según creo, le compete a la filosofía social en nuestro tiempo. Esto es, una labor de orden metalingüístico-lógico, más también la de explorar en una dimensión pragmático-antiideológica el sentido viviente del lenguaje-objeto estudiado.

- (8) Ese “cierre del universo del discurso” que subraya MARCUSE (cap. 4), en cierto modo ha sido tematizado también por autores de otras tendencias, aunque desde perspectivas diferentes y sin poner el acento sobre las mismas implicaciones sociales. Así, por ejemplo, ALBERT (p. 140 ss., 164 ss. y *passim*) se refiere a unas “estrategias de inmunización” contra opiniones contrarias, lo cual se utiliza como expediente de defensa (“función de protección”) para presentar como inatacables tales o cuales tesis dogmáticas; pero esto sin que dicho autor, a diferencia de Marcuse, efectúe ninguna llamada de atención sobre lo que el discurso “inmunizante” puede tener que ver con el contexto de dominación y en general de alienaciones que caracteriza a las sociedades industriales avanzadas de nuestros días.

Emocionalizante

En una época donde hasta el contenido de las ideologías ha descendido a los niveles más pedestres⁽⁹⁾, esa tarea de la filosofía no sé si podrá “servir” para algo. Pero tal vez puede ayudar todavía a que, por ahora, no se extinga del todo la posibilidad de pensar.

VII. PRINCIPALES TESIS

He aquí, en forma más apretada, las principales ideas que quisiera subrayar de lo expuesto a lo largo de los apartados anteriores.

(i) El vocablo “libertad” es, desde el punto de vista sintáctico, una conectiva plurilateral. Constituye un término no-independiente, un functor cuyo sentido de enlace es triádico por lo menos: sirve para mentar una relación que se refiere a *quién* es “libre”, en *qué respecto* lo es y frente a *quién* lo es; cada uno de estos extremos, los subrayados, puede estar también en plural.

(ii) En el plano semántico, esa conectiva no alcanza significado pleno si no está determinado, explícita o implícitamente, el contenido de cada uno de sus tres (o más) ángulos de referencia. Vale decir que una expresión como “la Libertad” es vacía, en rigor carece de contenido por sí sola; aunque desde el punto de vista gramatical constituye un sustantivo, desde el punto de vista semántico es un pseudo-nombre, pues no tiene referencia propia.

(iii) Sin embargo, en el plano pragmático ella recibe unos sentidos, por más que estos sean variados y variantes. Emisores y receptores de los discursos en torno a “la Libertad” piensan en “algo”, indudablemente, cuando utilizan esta expresión; más aún, entienden que ello tiene consecuencias prácticas para la propia conducta y la de otros sujetos, e incluso actúan en función de esto.

(iv) Como ese “algo” (sobreentendido) corresponde, mal que bien, a los mencionados ángulos de referencia, pero dado que estos ofrecen —de hecho!— una extrema variedad de sus conformaciones reales, es obvio que no puede existir “la Libertad”, sino únicamente *las* libertades: esto es, múltiples y hasta contradictorios tipos de combinaciones, según los “quiénes” y los “qué” tomados en cuenta.

(9) Compárese, por ejemplo, el llamado “marxismo-leninismo” con lo que dijeron Marx y Engels; o la propaganda de los *mass-media* en favor de la “democracia occidental”, con lo que dijeron Rousseau o Stuart Mill; o, inclusive, la Doctrina de la Seguridad Nacional en América Latina, con la ideología antiliberal y pro-fascista de Carl Schmitt. [Véase *supra*, nota 1 *in fine*.]

(v) El discurso sobre “la Libertad” tiende a disimular *las* (unas) libertades de que se trata. Tiende un velo de aparente unificación por encima de aquello que en la realidad es un vivero de desigualdades y contradicciones: antinomias entre libertades, conflictos entre libertades y faltas de libertad, contradicciones entre las más-libertades de unos y las menos-libertades de otros, dominio de los primeros sobre los segundos; en fin, hay toda clase de gradaciones en el panorama real de las libertades y en sus combinaciones con las faltas de libertad.

(vi) Bien mirado, se trata ni más ni menos que de una “ideología”. Su poder de disimulación hace que quienes tienen menos libertades (la mayoría) se “sientan” de algún modo *iguales* a quienes tienen más, en cuanto se da por supuesto que *todos* los ciudadanos disfrutan por igual de *la* misma libertad.

(vii) El carácter emocionalizante, de *término-bandera*, que es propio de la palabra “libertad” refuerza ese efecto ideológico. En la batalla de las ideas políticas, las invocaciones a “la Libertad”, presentada como rasgo genérico de tal o cual organización social y como objetivo básico de los partidos que están de acuerdo con esta, sirven para cortar toda posible discusión racional sobre la legitimidad (en lo fundamental) de ese tipo de organización: el discurso queda “cerrado”. Ello abre, o por lo menos entreabre, las puertas a la demagogia política y en general a la santificación del *establishment*.

(viii) En las democracias capitalistas, este lenguaje se emplea como una “táctica de inmunización” contra cualquier crítica de *fondo* sobre aquello que se (auto)presenta como encarnación de “la Libertad”. Permite cubrir con un indiscriminante sabor de herejía a las tendencias políticas, internas y externas, que cuestionan la justificación de aquel modelo político-social. Les niega *a priori* la posibilidad de ser tomadas en consideración como un interlocutor válido, no deja que esas ideas sean objeto de una verdadera discusión, esto es, realizada en un nivel que no sea el meramente propagandístico. En una palabra, el lenguaje de “la Libertad” introduce un poderoso elemento de dogmatización en el discurso acerca de las cuestiones político-sociales.

(ix) En virtud de todo ello, la ideología de “la Libertad” consigue contribuir al control de las conductas sociales. Esto desde dos planos. Por un lado, en cuanto “bandera” internalizada, hace que quienes la asumen desarrollen una actitud general de adhesión al *status quo* y, por tanto, ajusten su pensamiento y sus actuaciones a lo que este les pide: se autocontrolan para conformarse a él, a *limine* desechan todo cuestionamiento básico de los lineamientos esenciales del régimen vigente. Por el otro lado, los sectores dominantes de este régimen

invocan la defensa de “la Libertad” —en la práctica: de *sus* libertades— como justificativo para contrarrestar, llegado el caso, la impugnación (efectiva o eventual) del mantenimiento de sus privilegios. En ambos planos las invocaciones a “la Libertad” desempeñan funciones de control análogas, sobre las mayorías, a las restricciones que en otros sistemas políticos son justificadas mediante fórmulas como “la defensa del Socialismo”, “los intereses de la Revolución”, etc. (expedientes ideológicos manipulados, a su vez, por los privilegiados de estos otros regímenes).

(x) Lo dicho no quita que el lenguaje de “la Libertad” puede también llegar a apuntar en otras direcciones. Por ejemplo: constituirse en una forma de oposición al *establishment* de dictaduras capitalistas o ser usado para salirle al paso a quienes buscan transformar en tales a las democracias capitalistas, o puede funcionar como una terminología de impugnación contra la dictadura que en beneficio propio ejercen las minorías dominantes en los regímenes llamados “marxistas-leninistas”. Sin embargo, aun en esos casos, donde no se trata ya de un lenguaje utilizado en beneficio de quienes están actualmente en el poder o cuando se emplea para marcar una oposición a salidas fascistas, aun allí esa terminología sigue siendo fundamentalmente emocionalizante e indiscriminadora. Aun allí sigue tendiendo un velo de engañosa unicidad sobre el panorama de las (posibles) libertades y las (reales) faltas de libertad.

(xi) Los usos de la palabra “libertad” pueden y deben ser objeto de análisis meta-lingüísticos, sobre todo desde el ángulo de la crítica de las ideologías. Sólo en tal forma, y desde ese ángulo, dicho término puede ser tenido en cuenta sin el peligro de caer en falacias, o por lo menos en simplificaciones. Eficaz ciertamente en el plano de la propaganda política, una expresión como “la Libertad” no tiene nada que hacer en la terminología de las disciplinas científicas, y ni siquiera dentro del lenguaje en que establece sus categorías conceptuales propias una filosofía sin concesiones.

En definitiva:

El significado que recibe el término-bandera “libertad” lo determina el contexto social en que se usa. Es ese contexto el que procede a llenar —de sentido pragmático— el marco de esta “fórmula vacía”. En las democracias capitalistas, el lenguaje de “la Libertad” se constituye, por lo general, en una ideología del *establishment*. Representa una cortina de humo tendida sobre el panorama múltiple y contradictorio de *las* libertades, una mendaz unificación verbal de las diferencias que en materia de libertades (reales) existen entre los sujetos de acuerdo con su ubicación social, una forma de NO HABLAR sobre los

privilegios de que en los hechos depende el ejercicio de muchas de esas libertades. En relación con regímenes de otro tipo, la palabra “libertad” puede llegar a tomar sentidos que apunten en otras direcciones, aunque tampoco estas suelen privarse de ser más o menos ideológicas.

Nunca ha existido ni puede llegar a existir “la Libertad”. Siempre se trata de una múltiple gradación de *las* libertades y *las* faltas de libertad, unas y otras repartidas desigualitariamente, en formas que dependen del medio social y están sometidas a toda clase de cambios históricos.

* * *

TRABAJOS MENCIONADOS

- ALBERT, Hans: *Tratado sobre la razón crítica*, Sur, Buenos Aires, 1973; tr. de Rafael Gutiérrez Girardot.
- BAY, Christian: *La estructura de la libertad*, Tecnos, Madrid, 1961; tr. de María Dolores López Martínez.
- FETSCHER, Iring: *Herrschaft und Emanzipation* (Dominación y emancipación), Piper, Munich, 1976; hay traducción al castellano del primer capítulo, *Libertad*, publicada en uno de los volúmenes de la colección *Marxismo y Democracia* (serie Política), Ediciones Rioduero, Madrid.
- HABA, Enrique P.: *La idea de Totalitarismo y la libertad individual. Autopsia de una noción mistificadora*, Temis, Bogotá, 1976 [con Prólogo de León Cortiñas-Peláez].
- HABA, Enrique P.: *Derechos humanos, libertades individuales y racionalidad jurídica*, en *Revista de Ciencias Jurídicas* N° 31 (enero-abril 1977), p. 159-180, Universidad de Costa Rica (Facultad de Derecho)-Colegio de Abogados, San Jose. Hay versión francesa, en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 25 (1980), p. 325-344, Sirey, París. [Cf. también los trabajos indicados en la nota 12, *infra*.]
- MACDONALD, Margaret: *The language of political theory* (El lenguaje de la teoría política), en *Essays on Logic and Language*, 1ª serie, p. 167-186, ed. por A.G.N. Flew, Blackwell, Londres, 1960.
- MARCUSE, Herbert: *El hombre unidimensional*, Seix Barral, Barcelona, 1972; tr. de Antonio Elorza.
- MIRA Y LOPEZ, Emilio: *Psicología de la vida moderna*, El Ateneo, Buenos Aires, 1968.

- SCHLUMBOHM, Jürgen: *Freiheitsbegriff und Emanzipationsprozess* (Concepto de libertad y proceso de emancipación), Vandenhoeck & Ruprecht, Gotinga, 1973.
- STEVENSON, Charles L.: *Ética y Lenguaje*, Paidós, Buenos Aires, 1971; tr. de Eduardo A. Rabosi.
- TOPITSCH, Ernst: *Sozialphilosophie zwischen Ideologie und Wissenschaft* (Filosofía social, entre ideología y ciencia), Luchterhand, Neuwied del Rin y Berlín, 1971.
- WAGNER, Heinz / HAAG, Karl: *Die moderne Logic in der Rechtswissenschaft* (La lógica moderna en la ciencia del derecho), Gehlen, Bad Homburg v.d.H.-Berlín-Zurich, 1970.
- WELDON, T. D.: *The Vocabulary of Politics* (El vocabulario de la política), Penguin Books, Londres, 1953.

UNA NOCION REALISTA DE "LIBERTAD INDIVIDUAL"

A continuación se transcriben algunos pasajes extraídos de mi libro *La idea de Totalitarismo y la libertad individual*; al final de cada párrafo serán indicadas, entre corchetes, las páginas correspondientes de dicha obra (pero las notas de pie de página no pertenecen a ella).

Definición. Libertad individual es la "propiedad" que se hace presente en la conciencia de un sujeto, habilitándolo para *decidir* en la práctica, según su propia preferencia, si va a *hacer* (o no) cierta "cosa"; en el bienentendido de que el cumplimiento de dicha decisión no ha de traerle, por lo normal, consecuencias desfavorables ("molestias") tales que le resulte preferible no cumplirla. [p. 98]

Factores. La existencia y los grados de la libertad individual se procesan en el desarrollo de la interacción global de cuatro tipos de condicionantes, cada uno de los cuales ofrece aspectos positivos ("trampolines") y negativos ("limitaciones"): I) constitución física y mental del sujeto; II) mundo físico exterior; III) conducta de otros individuos; IV) ordenamiento jurídico y actuación del Estado. [p. 98 s.]

Tipicidad social. Las condicionantes mencionadas promueven la división de la población en clases y capas; lo cual se da ante todo en función de la estructura social del medio, que es sostenida (entre otros factores) por el Derecho y el Estado. Los individuos que pertenecen a una clase o a una capa tienden a tener, de modo aproximado, un grado de libertad individual típico en común: el específicamente respectivo a cada una de aquellas. Ese grado mantiene diferencias esenciales (en lo cualitativo y en lo cuantitativo) con el de las libertades características de los individuos de otras clases o capas [p. 99]

La libertad individual de cada sujeto se mide en función de las concretas posibilidades reales que él tiene de realizar sus aspiraciones personales, en relación con su medio social. La combinación de esfuerzos de los individuos que integran tal medio redundan, de alguna manera, en la conformación de mayores posibilidades para todos ellos. Sin embargo, en el reparto de lo que la vida en sociedad es capaz de brindar, *esas libertades se hallan en cierta oposición dialéctica* entre sí. Los bienes sociales son insuficientes para satisfacer las aspiraciones de todos los individuos. Aquello de que dispone cada uno, se resta del total de lo que pueden disponer los demás. Unos tienen más "libertad" que otros, pues los primeros se encuentran en condiciones de tener

acceso a más y mejores bienes (materiales y espirituales) que los segundos. Todo esto depende, en buena medida, de la *estructura social*. Por lo demás, dicha estructura influye no sólo en el sistema de reparto de los bienes, sino asimismo en la calidad y cantidad de la producción de estos. [p. 96]

Quiere decir que *la más-libertad de unos puede implicar la menos-libertad de otros*. Oposición que será mayor o menor, revestirá unas u otras formas, enfrentará objetivamente entre sí a tales o cuales capas, según la estructura social global de que se trate. Entre la respectiva libertad de los distintos individuos pueden existir toda clase de diferencias, desde las más ínfimas hasta otras que son abismales. Esto dependerá del juego de los cuatro tipos de condicionantes estudiados. [p. 97]

Han sido rasgos *permanentes* de la libertad⁽¹⁰⁾, por ejemplo: que el contenido de ella no está dado de una vez por todas, sino sometido a constantes transformaciones; que estas transformaciones se hallan en íntima relación con la estructura social global del medio de que se trate; que *la libertad de unos puede ser la no-libertad de otros*; que de ahí resulta que en un mismo momento y lugar históricos hay distintos sectores sociales que no se ponen de acuerdo sobre el significado específico de ese vocablo; sectores que hasta llegan a librar cruentos combates materiales, unos contra otros, por un asunto que *aparentemente* es sólo de palabras (¿qué hay que entender en verdad por “libertad”?), pero que en el fondo es de intereses de clases o de capas; etcétera. [p. 102]

Hay cuestiones, como la de la “libertad”, en donde decidirse por uno u otro empleo de cierta palabra, por lo general implica desde ya una definición sobre el *fondo*. Porque en tales casos, requerir uno de los sentidos de la palabra y no otros, significa centrar el enfoque justamente sobre el ámbito a que alude el primero de dichos sentidos (y no sobre otros más ajenos). Es cierto que el término “libertad” no tiene, en el uso cotidiano y hasta en el científico o filosófico, como único sentido la noción compleja indicada al principio. Sin embargo, es este último sentido el que remite a *lo que más le importa a cada individuo*. Desde el punto de vista histórico, cada vez que un pueblo o un sector de él han combatido por obtener una “libertad” o por conservarla, sus aspiraciones han apuntado, en lo primordial, a alguna especie de la libertad-individual-social-real de clases o capas (sin perjuicio de que quienes aspiraban a esa

“libertad”, una y otra vez pudieron equivocarse a propósito de la organización jurídica necesaria para alcanzar su objetivo real). Hoy mismo, detrás de cada “falta de libertad” contra la que se protesta y de cada “libertad” cuya subsistencia se quiere defender, objetivamente se trata siempre de una “libertad” en el sentido aquí apuntado. Objetivamente, esto es: porque las medidas concretas que se proponen para lo uno o lo otro se traducen, o se traducirían, en beneficio de las aspiraciones de tal o cual sector social. [p. 100 s.⁽¹¹⁾]

APÉNDICE B:

ADDENDA

En estudios de más de un autor se pueden encontrar, claro está, puntos de vista que son afines –por lo menos hasta cierto punto– con ideas sostenidas en el presente trabajo. Así, además de las obras ya indicadas, cabría mencionar, por ejemplo, unas observaciones como las siguientes (a cuenta de muchas otras):

“...hemos presupuesto que existían *libertades* y no *una* libertad por excelencia, o, mejor aún, que en cada sociedad los hombres eran libres de hacer ciertas cosas, pero no otras” (Aron, p. 203, *op. cit.* en la nota 6b, *supra*). “En todos los tiempos los hombres han debido escoger entre las libertades. No hay ninguna condición sagrada del tipo ‘libertad del individuo’, porque los hombres están ligados en tal red de relaciones que, en muchos aspectos, la mayor libertad de uno supone disminución en la de otro” (Robert Mac Iver, *Teoría del Gobierno*, trad. de Agustín Gil Lasierra, Tecnos, Madrid, 1966. p. 164).

- (11) Empero, cabría preguntar: ¿se trata, allí, de *cualquier* clase de “aspiraciones”? ¿*Todas* ellas, sean las que fueren, conformarían una manifestación de libertad propiamente, cuando la realización de ellas se hace viable? Si partimos de que hay una incompatibilidad entre “libertad” y “alienación” (*supra*, apartado IV *in fine*), la conclusión debería ser más matizada. Tendríamos que decir, entonces, que solo configuran libertad, en el sentido más propio de la palabra, las posibilidades de realizar aquellas aspiraciones que no sean, ellas mismas, la manifestación de una conciencia “alienada”. Mas contra esta restricción podría argumentarse a su vez, desde el punto de vista de un análisis lingüístico que pretendiera ser solo descriptivo, que equiparar libertad con no-alienación constituye una “definición persuasiva” (en el sentido de Ch. L. Stevenson) y que la propia idea de “alienación” es discutible. Lo cierto es que, en definitiva, todo depende del tipo de cosas que el investigador quiera sacar a luz con ayuda de su definición de “libertad”: la pertinencia o no de la definición propuesta depende del *objetivo* de la investigación.

(10) Es decir, “libertad” en el sentido de la noción expuesta al principio de este Apéndice. Pero importa tener en cuenta que tal noción de “libertad”, por referirse a lo que sucede en la *realidad* misma, no coincide con lo mentado en las habituales conceptualizaciones *jurídicas* de dicho término: para la diferencia entre “libertad jurídica” y “libertad individual”, cf. el cap. II de mi libro (véase esp., allí, los Nos. 5, 6, 26, 27 y 28).

“En realidad, no existe tal cosa como la ‘libertad’, salvo como palabra y como concepto abstracto. No hay más que una realidad: el *acto* de liberarnos a nosotros mismos en el proceso de elegir. En ese proceso varía el grado de nuestra capacidad para elegir con cada acto, con nuestra práctica de la vida” (Erich Fromm, *El corazón del hombre*, trad. de Florentino M. Torner, Fondo de Cultura Económica-Colección Popular N° 76, México, 1987, p. 161). “Nadie es libre para hacer cualquier cosa. Cada uno es libre para hacer ‘determinadas’ cosas, aquellas que su realidad suscita. (...). Por eso, todo planteamiento abstracto de la libertad, como una entidad o cualidad dada de una vez para siempre al ser humano por alguien o algo situado por fuera de él, es un burdo sofisma. No existe ‘la’ libertad, existen ‘las’ libertades concretas, que paso a paso han de conseguirse, en pugna con la necesidad que su previa coartación suscita” (Carlos Castilla del Pino, *Dialéctica de la persona, Dialéctica de la situación*, Ediciones de Bolsillo-Península, Barcelona, 1978, p. 34 y 81-82). “Pero entiéndase aquí el término libertad en sentido muy concreto... en el de las disponibilidades fácticas sobre la realidad dada. Nada más alienante que hablar de libertad como propiedad dada al hombre, a todo hombre, *sub specie aeternitatis*. La toma de conciencia es precisamente, y sólo precisamente, toma de conciencia de la *cuantía* de libertad posible, del grado de libertad alcanzable *hic et nunc*. Como indica Lefebvre, no hay libertad, sino libertades” (Carlos Castilla del Pino, *Un estudio sobre la depresión. Fundamentos de antropología dialéctica*, Ediciones de Bolsillo-Península, Barcelona, 1981, p. 426-427).

“... la libertad se conquista; ella deviene: hay unos grados de libertad. (...) [Lo que] hay (política y humanamente, a escala social como también en la vida individual) [son] *unas libertades (des libertés)*, más bien que ‘la libertad’ en general. Las libertades implican todas el ejercicio de un *poder efectivo*. (...) ‘Espiritualmente’ y materialmente, el individuo libre es una totalidad de poderes, es decir, de posibilidades concretas” (Henri Lefebvre, *Critique de la vie quotidienne: I. Introduction*, L’Arche Editeur, París, 1958, p. 184). “... resulta inútil el planteamiento abstracto de la libertad. Dos sujetos en situaciones socialmente distintas pueden clamar por la libertad al mismo tiempo. Pues bien, en cada uno de ellos la libertad que se solicita habrá de ser *una* forma de libertad, la que de inmediato precisa, la que siente como necesidad. No hay, pues, libertad, sino libertades. (...) La libertad es una designación sin objeto, *sin designatum*. Por eso, como tal, es indefinible y en rigor indecible. No hay libertad, sino libertades, porque cada libertad se concreta en una necesidad. Libertad, ¿respecto de qué? Libertad, ¿para qué?” (Carlos Castilla del Pino, *Psicoanálisis y marxismo*, Alianza Editorial-El Libro de Bolsillo N° 213, Madrid, 1986, p. 41 y 157).

Todo lo dicho tiene mucho que ver, por lo demás, con ese carácter general de “cosificador” (ontologización, sustantivización, hipóstasis) que tienen buena parte de los conceptos claves —ejemplo, “la Libertad”— utilizados para tratar de las cuestiones sociales: cf. Norbert Elias, *Sociología fundamental*, trad. de Gustav Muñoz, Gedisa, Barcelona, 1982, *passim* (p. ej., *vid.* en las p. 13 s., 135 s. y 140). Y cuando, por añadidura, tales términos son de tipo emocionalizante, “persuasivos” (cf. Stevenson), como es el caso de “libertad”, su uso suele integrarse en “la característica peculiar de un estilo de enunciación que vincula la teoría y la profesión de fe, la declaración y la apelación. Y aquí la impresión de univocidad o claridad del lenguaje teórico [teorético] es producida, por una parte, por abstracciones, y, por otra, a través del abundante uso del artículo determinado [“la”] que precede a los nombres [como “libertad”], que en el análisis semántico resultaron ser muy complejos y vagos” (Waldemar Schreckenberger, *Semiótica del discurso jurídico. Análisis retórico de textos constitucionales y judiciales de la República Federal de Alemania*, trad. de Ernesto Garzón Valdés. Universidad Nacional Autónoma de México, 1987, p. 89; cf. esp. en dicho libro, respecto a los usos retóricos de “libre” y “libertad” en el discurso del Derecho Constitucional, las p. 72, 87 s., 140-150, 161 y 168).

[Las obras citadas en este Apéndice no habían sido consultadas por el autor cuando elaboró el texto publicado originalmente: *supra* nota 1.]

APÉNDICE C:

DISCUSION

1

La palabra “libertad” se puede utilizar para *hacer* muchas cosas; a favor de unos, en contra de otros, o a la inversa. Las diferentes definiciones de la palabra no son sino maneras de abogar por tales o cuales de esas utilidades. El trabajo aquí presentado, en cambio, no se propuso destilar alguna definición como sentido general para este vocablo, sino que trató, más que nada, de dirigir la atención del lector hacia el carácter RETORICO que tienen *todos* los usos habituales de dicha palabra. En efecto, sea cual sea el contenido que se reconozca o se proponga para ella, su empleo es siempre *persuasivo*, por el incancelable significado emotivo de apoyo que conlleva cualquier cosa así calificada (cf. Stevenson: cap. VI y *passim*). Como esa expresión es una “fórmula vacía” desde el punto de vista lógico (*supra* II) y un “término-bandera” desde el punto de vista pragmático (*supra* IV), sus sentidos y posibles definiciones son múltiples. Cada autor la define de modo tal que “libertad” resulta ser,

precisamente, lo que a él le parezca lo mejor, aquello que según él es lo más recomendable como conducta o reglamentación social⁽¹²⁾.

Así las cosas, no parece revestir mayor interés desde el punto de vista *teorético* –solo importaría en usos retóricos del lenguaje– fijar un contenido semántico para “libertad”, presentar unas u otras definiciones de ella. Tal opinión, sin embargo, no es del todo correcta. Hay estudios sobre “libertad” que, sin duda, resultan esclarecedores; y esto no solo en cuanto a lo meramente lingüístico, al registrar lo proteica que es la semántica (polisemia, vaguedad, etc.) de este vocablo, sino también para sacar a luz aspectos esenciales de la problemática *social* que aparecen aludidos, aunque sea en formas confusas y confusionistas, en los empleos comunes que él tiene. Pues “libertad” es una de esas palabras que, como muchas otras (“democracia”, “bien común”, “dignidad humana”, “justicia”, etc.), dirigen la atención hacia cuestiones que, llámeselas como se les llame, y sean o no mal comprendidas al plegarnos a la común retórica de tales palabras, tienen consecuencias prácticas muy importantes para la vida *concreta* de la gente.

De ahí que un análisis de lo que es o pueda ser “libertad”, cuando lo emprenden autores que van más allá de aquellos ideologizantes lugares comunes que son propios de los usos políticos habituales de este término, puede muy bien estar dirigido a desmontar el andamiaje irreflexivo de esos usos: revelar aspectos de la dinámica social *real* vinculados a, y ocultados por, las ideologías que esta palabra vehicula en los usos corrientes o hasta en textos de célebres pensadores (el ejemplo más notable es Hegel). Así, también es posible que un estudio sobre “libertad” haga ver mucho de lo que NO suele pensarse al usar tal término-bandera. Por ejemplo, si el autor contrasta una caracterización vulgar de la libertad con una definición *distinta*, menos vaga, ello puede poner de manifiesto cosas fundamentales: incompatibilidades de hecho entre todos esos

(12) Sobre el uso de “formulas vacías” –o por lo menos semivacías– en el discurso jurídico, particularmente en el texto de normas donde se establecen los llamados “derechos humanos”, cf.: Enrique P. HABA, *Tratado básico de derechos humanos*, cap. III (esp. p. 253 ss.) y *passim*, Editorial Juricentro, San José (Costa Rica), 1986; o bien, para un tratamiento más breve, *vid.* Enrique P. HABA, *Droits de l'homme, concepts mouvants, idéologies*, en Archives de Philosophie du Droit, t. 29 (1984), p. 323-389. Otro buen ejemplo de tales fórmulas es el uso de la etiqueta “Seguridad Nacional”: cf. Enrique P. HABA, *Doctrina ideal y doctrina real de la Seguridad Nacional*, en Memoria del Primer Congreso Mundial de Derechos Humanos, vol. IV, p. 153-203, Imprenta Nacional, San José (Costa Rica), 1984. *Vid.* también: Enrique P. HABA, *Définitions, Interprétations et pratique des droits de l'homme. De la “grammaire” aux “formes de vie” dans la rhétorique des droits de l'homme*, en Revue Internationale de Sémiotique Juridique, vol. VI/16 (1993), p. 3-44, Deborah Charles Publications, Liverpool.

que se llaman “libres”, si se trata de poner en *práctica* su “libertad”; desigualdades al ejercerla, privilegios de todo tipo legitimados por ese ejercicio; consecuencias indeseables de muy variada índole, etc. Entonces se consigue revelar precisamente lo que aquella caracterización contribuye a disimular. Mientras que las definiciones (o indefiniciones) habituales hacen que la conciencia del locutor común del vocablo “libertad” *aparte* la vista de estas realidades, una incisiva redefinición de dicho término puede propiciar, por el contrario, que los ojos se abran también hacia esas *otras* “cosas”. Ese es el verdadero mérito de algunos estudios clásicos sobre el tema, por más que tampoco ellos hayan podido evitar incurrir en cierta persuasividad.

Tal vez el primer análisis “frío” sobre qué es “libertad”, qué es lo que ella significa como *realidad* para cada sujeto, se lo debemos a Hobbes. En el *Leviathan* (1651: cf. caps. XIV *in limine* y XXI) y también en el *De Cive* (1642: ahí más suscitadamente, pero acaso en forma todavía más incisiva, en el § 8 del cap. X), Hobbes subraya que una libertad, para cada individuo, no existe sino en la medida en que –y esta medida puede concretarse de maneras *distintas* en unos y otros!– ese individuo pueda *realmente* hacer esto o aquello; e, inversamente, carecen de tal libertad quienes de hecho están impedidos de hacerlo. Dos siglos después, el clásico ensayo de John Stuart Mill titulado *On Liberty* (1859) vuelca la atención hacia otros ángulos, a partir de los cuales propugna soluciones políticas que se oponen a las de Hobbes. Mill presenta ahí una serie de argumentos fundamentales en favor del liberalismo político, y esas razones son, todavía hoy, acaso las más fuertes que puedan invocarse contra cualquier tipo de régimen absolutista; sin embargo, ni siquiera en las democracias capitalistas ha podido ser realizado en todos sus extremos el avanzado programa de Mill (sigue habiendo censura, etc.).

Con otros énfasis, y también con otras orientaciones políticas, exámenes más recientes consiguen desplegar un extenso abanico de cuestiones sociales y políticas ligadas a usos de la palabra “libertad”, desmistificando esos usos al hacer más explícitas qué condiciones *reales* y qué consecuencias *reales* conllevan unas u otras formas de hacer “libertad”: cf., por ejemplo, el libro de Harold J. Laski, *La libertad en el Estado moderno* (trad. de Eduardo Warshaver), Editorial Abril, Buenos Aires, 1946. Cuando un autor tiene el impulso crítico y el talento como para aventurarse más allá de los cotidianos simplismos político-propagandísticos o jurídico-constitucionales que dominan en los discursos donde se habla de “libertad”, no está descartado, por cierto, que al ocuparse de esa palabreja logre “ver” mucho más que los locutores corrientes de tales discursos: cf., por ejemplo, el ya clásico ensayo de Isaiah Berlin, *Two Concepts of Liberty* (incluido en: I. Berlin, *Libertad y necesidad en la Historia*, trad. de Julio Bayón, Revista de Occidente, Madrid, 1974). En dichos estudios se enfocan importantes aspectos no tratados en el examen que se ofreció aquí⁽¹³⁾.

(13) Cf. también, por ejemplo, las obras incluidas en nuestra lista de *Trabajos mencionados (supra)* y asimismo las citadas en el Apéndice B.

En los mencionados trabajos, y en muchos otros (inclusive en mi propio primer examen de la cuestión: Haba 76, cap. II, sec. B), se toma como base tal o cual definición central de lo que es libertad, noción que entonces sirve como criterio para juzgar si determinadas aproximaciones teóricas o ciertos fenómenos sociales corresponden a ella, y ver si, por tanto, se justifican realmente como modos de "libertad". Quiere decir que ahí, dando cada autor por válido, respectivamente, *uno* (entre los muchos posibles) conceptos de libertad⁽¹⁴⁾, lo emplea como categoría analítica para describir, sea en forma crítico-negativa o encomiástica, "cosas" de la dinámica social en las cuales se concreta, o que obstaculizan, la realización del ideal representado —persuasivamente— por la definición escogida. A los escritores más perspicaces, por supuesto que el efecto retórico de usar la palabra "libertad" no se les escapa: pero como no hay manera de evitarlo en cuanto se acepta utilizarla, dada la emotividad que al uso de dicha palabra le es inherente, entonces lo más que ellos pueden hacer es poner sobre aviso acerca de eso al lector, o sea, emplearla con unas advertencias y un cuidado que justamente NO son lo habitual.

El presente estudio, por su parte, no se propuso ofrecer *ninguna* definición *sustantiva* de libertad⁽¹⁵⁾. Llámesele o no "definición", mi caracterización de la semántica de dicho vocablo (*supra* II) no es incompatible con los más conocidos usos y definiciones de este. Ella solo tiende a poner de manifiesto lo que allí suele callarse: a) que *todas* las definiciones de ese término son más o menos arbitrarias, contingentes, atento al enorme ámbito lógico que exhiben los usos de tal palabra; b) que sus empleos habituales, en *todas* las doctrinas políticas populares y también en la dogmática jurídica corriente, son de carácter emotivo-*persuasivo*, vale decir, poco útiles —o más bien, obstaculizantes— para alcanzar tomas de conciencia analítico-científicas sobre los problemas reales allí implicados.

Valdría la pena, naturalmente, ir mucho más allá de estas conclusiones generales. Ellas pueden servir como punto de partida para examinar, ya concretamente, cuáles son *las* libertades (y las faltas de libertad) que *en la práctica* están en juego cuando, para impulsar a que la gente haga o evite hacer ciertas cosas, en el discurso público se recurre a eslógans como los mencionados al principio de este estudio (*supra*, I *in limine*). Importaría saber qué significan *realmente*, en materia de libertades, esas invocaciones a "el Mundo Libre y Democrático", "la Soberanía y Dignidad de la Nación", etc. Sería, claro está, un

(14) En algún caso, como hace Berlin, también puede ser que se recurra a más de un concepto de "libertad" para esos efectos.

(15) En cambio, sí es una definición propiamente dicha la que propuse en mi libro sobre el *Totalitarismo*: cf. *supra* en el Apéndice A *in limine*.

examen no poco fatigoso, ya que tales términos-bandera cubren libertades y *faltas* de libertad extremadamente variadas: distintas en unos individuos que en otros, distintas según los momentos y los lugares, etc. Mas solo estudios así orientados, es decir, suficientemente discriminativos, servirían para sacar a luz en detalle lo que el lenguaje de "la Libertad" sirve para disimular en conjunto.

2

Un conocido profesor argentino tuvo la amabilidad de formularme, en una carta (16-IV-88), las siguientes observaciones [pero no me ha autorizado a revelar su nombre]: "En su trabajo sobre la libertad (con el cual no discrepo en cuanto se refiere a los usos persuasivos superambiguos del término), usted propone entender a la palabra 'libertad' como un functor sintáctico, o más precisamente, como una conectiva lógica. Pero no se ve que tal palabra cumpla función conectiva o funcional alguna. Más bien parece un simple predicado, del cual usted postula que requiere de tres argumentos para tener sentido. Eso parece muy fuerte. Decir, por ejemplo: 'Juan es libre' (Fx), tiene sentido (se entiende) y allí 'libertad' funciona como un predicado de una variable. Puedo nominalizar, claro está, y afirmar —siguiendo el ejemplo— que 'la libertad (de Juan) es buena', y de ahí, por reglas lógicas banales, que 'la libertad es buena'. Si bien estoy en un dominio abstracto, no parece darse problema tal que convierta el predicado abstracto 'libertad', ahora nominalizado, en un 'pseudo-nombre', como usted afirma. Tal tesis lleva a dificultades: ¿acaso todos los predicados son pseudo-nombres? ¿El procedimiento gramaticalmente corriente de nominalización, estaría prohibido? ¿Los predicados son nombres propios acaso? ¿Habría que excluir del lenguaje los términos abstractos? Repito que no estoy atacando la tesis de los variados usos persuasivos de la palabra 'libertad'. Pero no me parece correcto el análisis que trata de eliminar esos usos equiparándolos a una conectiva o functor lógico. En los ejemplos que usted trae, 'libertad' es un predicado que admite diverso número de argumentos, o una nominalización de tales predicados, pero nunca un functor lógico o una conectiva".

Bien, no dejo de sentirme algo culpable por haber cedido a la tentación de utilizar unos términos tan técnicos como "functor" o "conectiva". Más aún porque, a decir verdad, no era indispensable esa pedantería para decir lo que allí quise explicar. De ninguna manera se me oculta, desde hace ya mucho tiempo, que el recurrir a las sutilezas de la lógica formal para analizar o conformar el discurso de las ciencias sociales, y sobre todo el de la política o el del derecho,

es un artificio que, por lo general, para el conocimiento del discurso práctico *real* resulta tan superfluo como engañoso (un buen ejemplo de eso que Vaz Ferreira llamaba las falacias de “falsa precisión”) ⁽¹⁶⁾.

Es posible que me tenga merecido el “tirón de orejas” del profesor argentino, por atreverme a coquetear con un lenguaje que, de mi parte, tal vez hubiera sido más prudente dejar por completo de lado. En vez de valerme de esos términos especializados, hubiera podido sencillamente decir, por ejemplo: enlace lingüístico, gozne semántico, “lazo lógico-semántico” (*supra*, poco después de la nota 4 y antes del esquema), etc.; en fin, utilizar alguna expresión que no tuviese ya carta de ciudadanía en el vocabulario particular del metalenguaje técnico que se refiere a la lógica formal. Sin embargo, quien considere incorrecto mi uso de aquellos términos, puede sustituirlos en el texto por estas otras expresiones, o por cualquiera que signifique más o menos lo mismo, sin que esto conlleve la necesidad de introducir más modificaciones en él ni afectará su sentido general.

No obstante, aunque no entraré a examinar en sí mismas las objeciones transcritas, debo advertir al lector interesado en esos detalles técnicos, que el punto puede ser, de todos modos, discutible. Que la palabra “libertad” desempeña el papel de un *functor*, eso es algo que tomé –y en el texto lo dejé consignado: *supra*, II *in limine*– de un libro (Wagner-Haag) que precisamente es de lógica formal moderna. Es posible que, en definitiva, el considerar o no como functor el término “libertad”, sea algo que depende de cuál es la categorización y nomenclatura lógico-formal que se *prefiera* adoptar, ya que los sistemas en la materia admiten mucha variedad. Por eso, Wagner-Haag hacen esta advertencia: “La reconducción de la norma [o de otras formulaciones dadas en lenguaje común] a su ‘estructura lógica’ se efectúa, según la sintaxis lógica que se construya, en formas bien distintas” (p. 23 *in fine*). Y tampoco otro especialista alemán, Schreckenberger (*op. cit.* en el Apéndice B, *supra*), tubeej

(16) Para la crítica de la lógica deóntica aplicada al derecho, cf. mis *Apuntes sobre el lenguaje jurídico* (II): *El problema de la precisión*, en Revista de Ciencias Jurídicas, N° 38 (mayo-agosto 1979), p. 225-317 (*vid. esp.* los párrafos 19-20 y la literatura allí indicada), San José de Costa Rica; cf. también, en mi estudio *Racionalidad y método para el derecho: ¿es eso posible?*, el Punto 1 del Apéndice (en *Doxa-8* o en Revista de Ciencias Jurídicas N° 67). Para la cuestión de la “falsa precisión” en general, *vid.* el capítulo homónimo en la *Lógica viva* de Carlos VAZ FERREIRA (varias ediciones en Montevideo y Buenos Aires). Y la presente discusión puede servir, si se quiere, como otra buena ilustración sobre lo intrascendentes que resultan las cuestiones relativas a la nomenclatura de la lógica formal a la hora de encarar los problemas que afectan al uso *real* del lenguaje político, jurídico, etc.

en calificar de “functor” al “signo ‘libre’”, sea “poliádico” o “diádico” (p. 72), e igualmente a “libertad”: “Quien busque una referencia semiótica a la ‘libertad’, ese esquema ambiguo y fascinante que está muy estrechamente vinculado con el Estado moderno, se ve remitido al signo icónico ‘libre’ que, como functor, determina más de cerca [qué ha de entenderse por] el ‘desarrollo’ [social]” (*op. cit.*, p. 87 –cursiva mía–). Pero, desde luego, la remisión a estos dos profesores alemanes no debe entenderse como recurso a un argumento de autoridad, ya que también la opinión del profesor argentino puede tener, como es obvio, tanta “autoridad” como la de aquellos. De lo que se trata, solamente, es de hacer ver que mi “error”, si lo hubo, tal vez sea menos neto de lo que el colega argentino piensa.

La sistematización o la terminología utilizada por Wagner-Haag y Schreckenberger difieren, al parecer, de la preferida por mi interlocutor, pero no sé si cabría decir que una es más “correcta” que la otra. Como al principio recogí textualmente la opinión de este último, voy a citar integralmente también, para que cada lector pueda formarse su propio juicio sobre el asunto, lo que dicen Wagner y Haag al respecto: “...ni en los lenguajes naturales puede siempre alcanzarse la corrección sintáctica, ni pueden ser reproducidas las propiedades del lenguaje artificial en los lenguajes naturales. Así, por ejemplo, el enunciado ‘El hombre es libre’ no puede formularse en el lenguaje común de modo tal que aquel satisfaga las exigencias sintácticas. En la forma señalada, resulta patente que dicho enunciado es sintácticamente incorrecto, o por lo menos es elíptico. ‘Libre’ no puede entenderse sino como un functor triádico (*dreistelliger Funktor*): ‘libre frente a quién, en qué respecto’. El enunciado es también empíricamente falso, pues cada persona se halla en innumerables vínculos (*Bindungen*) jurídicos y, justamente, no está libre de ellos. La formulación sintácticamente correcta no puede, pues, sino referirse siempre a un determinado vínculo o no-vínculo frente a otro sujeto de derechos [o a varios sujetos *determinados*]. Pero es evidente también que el lenguaje jurídico no puede renunciar ni al carácter elíptico ni al elemento emocional de tales formulaciones. En el lenguaje corriente, el enunciado ‘el hombre es libre’ significa que este es libre *en principio* y que toda limitación de la libertad hay que fundamentarla (en la ley, racionalmente, etc.)” (p. 24-25; cf. además p. 36 y 106-107, para el concepto de “functor”).

Por otro lado, tal vez merece ser hecha una acotación sobre lo que dije (*supra*, II *in fine* y VII.ii) en cuanto a que “la Libertad” no es, en el fondo, más que un pseudo-nombre. Tal afirmación presupone que los nombres propiamente dichos, los sustantivos, se refieren –a diferencia del término “libertad”– a unos aspectos del mundo objetivo (sea el social o la naturaleza) que constituyen algún “dato *íntegro* de la realidad” o un “concepto *completo* del mundo de las ideas” (*ibid.*), vale decir, a unas “cosas” que son aislables en su calidad de objeto o

sujeto. Tal punto de vista es afín a posiciones gnoseológicas como el atomismo lógico de Russell o del primer Wittgenstein. Sin embargo, muy lejos de mi intención estaba el pronunciarme a ese respecto. Es más, hasta puedo aceptar que tienen razón los hegelianos cuando subrayan que no existen cosas propiamente independientes, pues estas no son sino “momentos” de totalidades que las engloban y de las cuales viene a depender el sentido real de aquellas. Aun sin tomar posición en el debate de fondo entre analíticos y dialécticos, es obvio —ni unos ni otros lo negarían— que todas las “cosas” dependen, en mayor o menor medida, de otras (por lo menos de algunas), tanto en su génesis como a lo largo de su existencia: por ejemplo, lo que una persona es y lo que hace, no es independiente de sus necesidades de comer (dependencia respecto al mundo de la naturaleza), de sus relaciones familiares y en general sociales (dependencia respecto a otras personas), de las ideas con las que entra en contacto (dependencia respecto a la educación recibida y en general respecto a lo que oiga o lea), etcétera. Quiere decir que, en rigor, no hay tales datos “íntegros”, autónomos, en la realidad. Por lo mismo, también todo discurso es incompleto, y *a fortiori* lo es siempre cualquier palabra, incluso si se trata de un sustantivo. *Toda* palabra depende, en cuanto a su sentido, de combinaciones con otras palabras o ideas. (Por lo demás, correspondería distinguir entre distintos contenidos de expresiones como “dependiente de” o “relativo a”, si nos propusiéramos someter a un verdadero análisis esta cuestión.)

Más nada de eso quita que, tanto para efectos de la vida práctica como inclusive en el discurso teórico científico, sea necesario hacer *abstracción* de la mayor parte de la infinita red de relaciones que vinculan el sentido de una palabra al de tantas otras. Y sobre todo es así tratándose de sustantivos: pues precisamente estos son los que sirven para denotar aquello que se nos aparece *como si* fuera algo “íntegro”, relativamente independiente. La práctica lingüística nos revela si el sentido resultante de tal abstracción *funciona*, si esa *relativa* independencia corresponde a la realidad de lo mentado por la palabra en cuestión, o sea, si esta tiene verdaderamente un sentido descriptivo *propio*. (En el caso de la palabra “libertad”, hemos visto que no lo tiene.) Tal vez la diferencia entre los sustantivos y los vocablos que cumplen otras funciones en el discurso no sea más que de grados o de matices; pero es, así y todo, una *diferencia* sensible, y que en general resulta fácilmente detectable. Pues bien, lo que quise destacar respecto al término “libertad” es, simplemente, que si el tiene algún sentido *propio*, este resulta MUCHISIMO MENOS independiente que el de la generalidad de los sustantivos, pues el de estos no suele depender completamente de “triángulos” como el que señalé (*supra* II). Y, una vez entendido eso, lo demás es lo de menos: que se prefiera o no, entonces, seguir considerando la palabra “libertad” como un auténtico sustantivo, es mera cuestión terminológica, o asunto para la escolástica lógico-deóntica.

En conclusión: sigo pensando que, *llámesele como se le llame* en cualquiera de los lenguajes técnicos de la lógica formal, la expresión “la Libertad” es un expediente lingüístico que cumple, en el discurso de la política y en el jurídico-constitucional, ni más ni menos que el papel *real* explicado en mi estudio.

* * *

He aquí, a mayor abundamiento, lo que por carta (6-V-88) le respondí acerca de este punto al colega argentino:

“Respecto a mi trabajo sobre la libertad, creo que *en el fondo* estamos de acuerdo. Usted objeta mi forma de *categorizar*, desde el punto de vista de el (o un) lenguaje de la lógica formal, el término ‘libertad’. Le confieso que no estudié con la precisión con que usted lo hace desde ese punto de vista el asunto, y ni siquiera me siento tentado de hacerlo: lo de tal categorización. Esto puede parecer —y tal vez lo sea— una falta de seriedad científica por mi parte. Podría darle por admitido (repito: sin estudiar la cuestión a fondo) que, efectivamente, mi categorización esté, desde *dicho* punto de vista, equivocada; o sea, que si yo hubiera sido lo suficientemente preciso en el manejo del lenguaje de la lógica formal, hubiera debido presentar ese punto de la manera en que usted lo hace. Esto significa tanto como reconocer que mi estudio tiene muy poco, o ningún, valor como estudio de lógica formal exigente. *Je veux bien!*”

Lo que no creo, en cambio, es que ese error de categorización lógico-formal en que debo de haber incurrido altere, ni siquiera en lo más mínimo, la exactitud de lo que el artículo quiere hacer ver. El lenguaje de la lógica formal no es, para mí, más que *una* forma de hacer patente eso; la lógica formal, *por sí misma*, me interesa poco o nada. Lo que me importaba es mostrar que la expresión ‘la Libertad’, como tal, no significa prácticamente nada, o que puede significar cualquier cosa. Y desde *ese* ángulo, tanto da que la clasifique como una “conectiva lógica” o como “un predicado de una variable” o como un “sustantivo”, o de cualquier otra manera. Las diferencias, que ciertamente existen, entre las funciones lógico-formales que corresponden a esas tres posibilidades, pueden ser, lo reconozco, muy relevantes para analizar *otros* aspectos del discurso, no para el que yo examiné. Permítame una ilustración: supóngase que yo expongo la lógica de Aristóteles y se la atribuyo a Platón; esto es un error garrafal desde el punto de vista de la historia de las ideas, pero es intrascendente desde el punto de la diferencia entre dicha lógica y la de Frege; le concedo, si usted quiere, que a Aristóteles lo llamé Platón, pero no que me equivoqué en

cuanto a que *ese* 'Platón' es muy distinto a Frege. Lo que me importó subrayar es que el rubro lingüístico 'la Libertad', sea cual fuere el casillero de la nomenclatura lógico-formal donde prefiera ubicársele, no tiene *ningún* sentido propio si no está referido a los tres o cuatro X (apartado II) del caso, pero que a pesar de ello, en la práctica lingüística corriente, se le emplea (¡retóricamente!) como si (esto es, la gente *cree* que) fuera un sustantivo más. Lo que me interesa, en todo esto, no es otra cosa que la función *práctica* —que *aparentemente* es similar a la de muchos sustantivos— de dicha expresión. [Cf. *supra*, Apéndice B *in fine*, sobre la "cosificación" del lenguaje.]

"Pero, aun haciendo abstracción de mi eventual error en el uso del lenguaje lógico-formal, usted me hace la siguiente objeción de fondo: '... no parece darse problema tal que convierta al predicado abstracto "libertad", ahora nominalizado, en un "pseudo-nombre"... ¿acaso todos los predicados son pseudo-nombres? ... ¿Habría que excluir del lenguaje los términos abstractos?'. Me parece que el punto fuerte de esta argumentación, en cuanto *al fondo*, puede formularse más o menos así: a) 'libertad' es, desde luego, un *término abstracto*; b) pero no es el único término abstracto, hay muchísimos más; c) si se critica a 'libertad' por ser abstracto, esa misma crítica se aplicaría a *todos* (o a la mayoría o a buena cantidad de) los términos abstractos; d) es absurdo sostener (c); e) ergo, la crítica efectuada acerca de 'libertad' es, por lo menos si no se agregan otras razones, insostenible.

"Respondo: a) la 'abstracción' de 'libertad' es *peculiar*; b) la inmensa mayoría de los términos 'abstractos' no presentan *esa* (la explicada en el artículo: los tres o cuatro *específicos* ángulos de referencia allí señalados) 'abstracción' que caracteriza a 'libertad'; c) ¡no!, solo hay *muy pocos* términos *tan* 'abstractos'; d) y e) suponiendo que, efectivamente, se excluyese del lenguaje a 'libertad' y algunos otros términos análogos, ello no implicaría ninguna transformación fundamental del discurso corriente ni crearía ninguna imposibilidad de comunicación.

"Yo no le discutiría a usted que, desde algún punto de vista *formal*, 'libertad' pueda entrar en la misma categoría que cualquier otro término 'abstracto' (y no quiero definir 'abstracto', justamente para dejarle a usted —*gratia probandi*— la posibilidad de entender este término, que puede tener significados tan distintos, de la manera que le parezca más adecuada). Si bien se mira, *todos* los sustantivos, y también los adjetivos, etc., son 'abstractos'; pero la 'abstracción' de las llamadas *fórmulas vacías* (*Leerformeln*), caso de 'libertad', 'justicia', etc., no me negará usted que —sin entrar en detalles— es *distinta* a la 'abstracción' de términos como 'silla', 'cuatro', 'contento', etc.

"Mas le decía, al principio, que comprendo muy bien que no estamos en desacuerdo sobre 'el fondo', ya que usted mismo dice: 'Repito que no estoy atacando la tesis de los variados usos persuasivos de la palabra "libertad"'. Nuestro verdadero desacuerdo, me parece intuir que está en otro lado: mientras

yo creo que, para exponer esas cosas, puedo tomarme la licencia de usar sin mayor finura lo relativo a la lógica formal, por la poca importancia que le doy a esta para entender el discurso político, jurídico, etc.; usted considera, en cambio, que hacerlo así es una 'herejía', y que si no la voy a usar 'bien', sería preferible que no la emplee del todo. Si esto me lo plantearan como una cuestión de principios, reconozco que debo darle la razón a usted; cuando uno sabe poco, y ni siquiera le gusta, un idioma, es más prudente evitarse las 'metidas de pata' de ponerse a hablarlo. Solo que, y por más que le agradezco el 'tirón de orejas', sigo pensando que si en el texto sustituyo 'functor lógico' o 'conectiva' por 'predicado que admite diverso número de argumentos o una nominalización de tales predicados', la diferencia no es mucho mayor, para lo que en *ese* artículo se explica, que el corregirle algún error de ortografía, o que la opción de usar o no acento escrito para palabras como 'aquel' o 'solo'".

3

Mi libro sobre el *Totalitarismo* tuvo muy poca difusión, es prácticamente desconocido. Tal vez se merecía mejor suerte, ya que él examina ese tema de una manera que, según creo —esto es, hasta donde alcanza mi conocimiento de la literatura al respecto—, no era lo corriente ni en críticos ni en defensores de los sistemas llamados "totalitarios". Por añadidura, algunos de sus escasos lectores no llegaron a captar debidamente cuál era allí la tesis central: se trataba de poner en evidencia, mediante el análisis de dicho concepto *en sí mismo*, por una especie de *reductio ad absurdum* de este, el carácter mistificador, "ideológico", que tienen *todas* las tomas de posición políticas que parten de la base de aceptar sin más que existen o puedan llegar a existir unas sociedades *propia*mente "totalitarias"⁽¹⁷⁾. Esa crítica alcanzaba, por tanto, no menos a los *pro*-totalitarios —fascistas, leninistas-estalinistas, etc.— que a los simplismos antitotalitarios⁽¹⁸⁾.

(17) Cf. también, allí, el Prólogo de León Cortiñas-Peláez. Por otra parte, vinculando esa tesis mía con lo que Fernando SAVATER explicó tan bien dos años después, en su *Panfleto contra el Todo* (Alianza Editorial-El Libro de Bolsillo N° 900, Madrid, 1983 —ed. or. 1978—), podría decirse que la idea de Totalitarismo es otro caso más de esos lugares comunes del pensamiento político que dicho autor denomina "las falacias del Todo" (cf. esp. su cap. 3).

(18) Tal conclusión aparece subrayada, una vez más, en las líneas finales del libro: "Los extremos se tocan. También en materia de 'ideologías'. Pro-totalitarismo y antitotalitarismo, al fin de cuentas, son cara y contracara del mismo billete falso" (p. 252). Sin embargo, no faltó quien entendiera que ese libro presentaba una especie de apología del estalinismo, con lo cual se ignoraba inclusive lo allí expuesto expresamente en el apartado 2 del cap. IV, donde hasta se dice con todas las letras: "Es cierto que, en la *práctica*, el Estado stalinista resultó un modelo totalitario... [con] la concreción de una estructura anti-marxista como realidad del Estado soviético..." (p. 143).

Opino todavía que la crítica ahí presentada es correcta, aunque sea un tanto unilateral el plano desde el cual ella se plantea (“el plano filosófico” se le llama en dicho libro: cf. sus núms. 1 y 14 del cap. III). Claro que en la actualidad esa discusión ha perdido virulencia, por la sencilla razón de que el leninismo-estalinismo, la principal doctrina pro-totalitaria de las últimas décadas, está en camino de desaparecer como imán de propaganda política, languidece en las aguas de la *perestroika*. Si bien la voz de algunos estalinistas netos, como Fidel Castro, todavía se hace oír, puede decirse que ya prácticamente nadie la toma en serio en el nivel teórico-doctrinario; y en cuanto al antitotalitarismo, aunque sigue teniendo bastantes locutores y amplio auditorio, parece que pronto completará su destino de soliloquio, no le quedarán doctrinas vivientes que anatemizar. La controversia sobre la *idea* de Totalitarismo reviste menos interés hoy que cuando escribí aquella monografía.

Desde otro ángulo, empero, no creo que ese libro haya perdido realmente actualidad. La conserva en cuanto dicha idea, si bien se mira, no es más que otro buen ejemplo de esos conceptos “cosificadores” que tanto abundan en el lenguaje de las ciencias sociales (cf. el libro de Elias: *cit. supra*, Ap. B *in fine*), y desde luego superabundan en el lenguaje común: conversación cotidiana, T.V., periódicos, etc. Por eso, aquel examen acaso valga aún como muestra de un camino de análisis que, aunque también hay otros (p. ej., el de Elias), puede servir para desmontar la artificialidad de tales conceptos en general, ya que unos análisis en dirección análoga podrían efectuarse también respecto a otros de esos conceptos: “democracia”, “desarrollo”, “país”, etc. Pues estas etiquetas quedan desmistificadas –y hasta podrían usarse con algún provecho intelectual, o por lo menos para efectos de economía del lenguaje– al “descosificarlas” mediante, por ejemplo, una noción *realista* de “libertad(es)” como la presentada en mi libro. Dicha noción, en la forma cómo allí fue descrita en el cap. II.B, se caracteriza justamente por NO ser en modo alguno “cosificadora”. Muy al contrario, ella sirve para poner al máximo el acento en los *dinamismos*, personales y sociales, de que depende la *contradictoria* realización de aquello a lo que se llame “libertad”. Por eso, aunque mi análisis de esta palabra en el libro tenía por objeto sobre todo servir como base para examinar la idea de Totalitarismo, pienso que puede conservar validez aun con independencia de lo relativo a esta última. Puede ilustrar respecto a cómo una conceptualización *realista* de qué es “libertad” permite en forma *general*, aplicándola al estudio de *cualquier* régimen político y organización social, superar falsas generalizaciones, hipótesis, extrapolaciones, etc.: en fin, muchos de los simplismos con que los propagandistas políticos, y también los juristas, suelen cubrir estos asuntos.

Mi estudio ulterior, el presentado aquí, trató de proseguir aquel análisis, pero esta vez sin aplicarlo en particular a la cuestión del Totalitarismo y poniendo el énfasis en llamar la atención sobre los efectos retóricos *generales* que siempre acompañan al uso de dicha palabra. Supuse que mediante este otro tratamiento lograría evitar malentendidos como el antes señalado (*supra*, nota 18). Mas debo convencerme de que no ha sido así, y que probablemente no hay manera de lograrlo.

Una conocida y merecidamente prestigiosa revista española de ciencias sociales, de orientación social-demócrata, en 1982 había aceptado incluir este artículo (la versión original), pero en definitiva no lo hizo. En una carta de algunos años después, el director de dicha publicación, un destacado profesor español, me confesó que “esta es una revista difícil”, aclarando que no se le pudo encontrar allí un “lugar” a mi artículo... ¡aunque ciertamente yo no debiera ver en eso, me dijo, una actitud de “censura”!⁽¹⁹⁾. De todos modos, desde el principio él me señaló, aun al aceptar mi artículo, su desacuerdo con la tesis central de este. Las razones que entonces me expresó, creo que son ilustrativas respecto a los malentendidos que no he podido evitar; por eso traigo a colación el asunto. Y no puedo resistir la tentación de hacer todavía aquí un último intento de prevenirlos, para lo cual me serviré de lo contestado al profesor español en una carta (14-VI-82) donde respondí a dichas razones. Reproduzco los pasajes pertinentes de mi carta, donde aparece transcrito también lo principal de las objeciones que él me formulara. He aquí esos pasajes:

“Aunque usted me adelanta que, ‘bien leído’, respecto a mi trabajo ‘no hay problema de interpretación’, empero no deja de advertirme sus reservas en cuanto a que ‘esa crítica a quienes invocan “la Libertad” puede ser de consecuencias, al menos, ambiguas. La libertad puede ser, en efecto, ideología del capital, pero –sobre todo en nuestros países– también la defensa frente a los totalitarismos y dictaduras que siempre amenazan’. En esto, salvo lo de la posible ‘ambigüedad’, estoy 100% de acuerdo con usted. Y precisamente porque tampoco he perdido de vista esa *otra* función de la ideología de ‘la Libertad’, la de servir como eventual ‘defensa frente a los totalitarismos y dictaduras’, no he dejado de acotarlo en mi artículo: cf., p. ej., la digresión ubicada al final del núm. V (sus últimas líneas) y la tesis (x) del núm. VII.

“Su ‘objeción central’ es, según me dice, que usted ‘no separaría tanto la libertad de las libertades’. En realidad, tal como yo veo las cosas, no se trata de un problema de mayor o menor ‘separación’ entre aquella y estas. No puede serlo, a mi juicio, por la sencilla razón de que no cabe ni separación ni unión con respecto a algo que no existe ni puede llegar a existir: ‘la Libertad’ existe *única* y *exclusivamente*, sea cual fuere el régimen político de que se trate, en forma de libertades, las que son múltiples y contradictorias. Solo puede haber diferencias (¡importantísimas, por cierto!) entre libertades que se dan bajo un régimen y libertades que se dan bajo otro(s). La idea de ‘la’ Libertad, en cambio, es un puro fantasma lingüístico, o, en el mejor de los casos, una manera *extremadamente*

(19) En dicha revista sí pudo encontrarse “lugar” para publicar, a comienzos de 1983, un trabajo titulado “Sobre el uso del término ‘libertad’ en el lenguaje político”; pero allí, por supuesto, no se enfoca el asunto de la manera en que lo hice yo.

imprecisa de aludir a *ciertas* libertades. En lo que me es personal, no solo que NO desdeño estas libertades ni afirmo que sean meras fantasías, sino que soy un apasionado partidario de ellas. Eso sí, no veo ninguna ventaja desde el punto de vista científico, y ni siquiera desde el punto de vista práctico, en valerse del nebuloso lenguaje de 'la Libertad' para estudiarlas o para manifestar un *engagement* en favor de [tales o cuales de entre] ellas.

“Ese lenguaje, como otros de corte similar (el ‘honor’ de la Patria, etc.), no está descartado que alguna vez se pongan al servicio de buenas causas. Pero por el bajo nivel de reflexión con que *seducen* al locutor, en cualquier momento son proclives asimismo a venderle cantos de sirena, de música análoga, que lo llevan a alinearse en cualquier otra dirección: ¡vea usted la superlativamente zafia pelea de las Malvinas!⁽²⁰⁾ No sé si existirá alguna posibilidad de que un día a la gente no la sigan llevando para cualquier lado con unas u otras palabritas; mas si algo puede obrar de antídoto para eso, no será, por cierto, el recibir como buena moneda estos o aquellos términos-bandera, sino cobrar una conciencia lo más clara posible de la multiplicidad de sus posibilidades semánticas e implicaciones pragmáticas. Por el hecho de que yo pienso que una expresión como ‘la Libertad’ contribuye antes bien a ocultarlas que a sacarlas a luz, es que en el artículo trato de hacer ver dónde está, en cualquier caso, el meollo del empleo propagandístico de dicho término: será mucho más difícil engañar a aquel que se pregunta sobre cuáles son *las* libertades que, en tal o cual ocasión, se hallen realmente en juego, que a quienes crean que se trata pura y simplemente de embarcarse en el buque de ‘la Libertad’.

“Entre la terminología de ‘la Libertad’ y la de ‘las libertades’ hay la diferencia que va de un lenguaje proclive al fanatismo (¡ni siquiera los ‘demócratas’ son inmunes a eso!) y un lenguaje que invita a la reflexión, esto es, a *distinguir* entre libertades y libertades. Claro que el lenguaje no lo es todo, pero algo tiene él que ver con lo que entendemos o dejamos de entender... Acotación: ¿cree usted que alguien que tenga claro lo que son *las* libertades [esto es: cuáles y las de quiénes] podría apoyar la guerra santa, del lado que sea, por una “soberanía” [¿de qué *sujetos* concretos y con qué repercusiones *concretas* para ellos *mismos*?] sobre las Malvinas?”⁽²¹⁾.

Hasta ahí lo que traté de aclarar en mi carta; y no sabría hacerlo mejor hoy. Si tampoco así logro hacerme entender, me doy definitivamente por vencido.

(20) Téngase presente la fecha de esta carta.

(21) Las digresiones entre corchetes no pertenecen a esa carta. Por otra parte, desde luego que reflexionar sobre *las* libertades no es la única vía para darse cuenta de lo estúpida que es (por ambas partes) la disputa acerca de las Malvinas. Jorge Luis Borges —raro caso de un argentino que supo sustraerse a esa imbecilidad colectiva— advirtió, sin necesidad de referir ese asunto a libertades, que toda la cuestión es “como una pelea entre dos calvos por un peine...”.

INDICE

	Pág.
<i>Presentación</i>	8
 <i>Ensayos:</i>	
* Consideraciones en torno al tema de estructuración de la materia de auxiliares del comerciante	
<i>Dr. Fernando Mora Rojas</i>	9
Implicaciones económicas del proyecto de ley de Reforma al Auxilio de Cesantía y democratización económica	
<i>Lics. Johnny Alvarado V. y Luis Carlos Peralta B.</i>	61
Derecho constitucional y género	
<i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i>	77
La garantía internacional de inversiones	
<i>Lic. Edgar Nassar Guier</i>	95
Retórica de “la” libertad contra las libertades	
<i>Dr. Enrique P. Haba</i>	113