

19 ABR 2012

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS

69

(1963-1991)

28 años



SAN JOSE, COSTA RICA
1991
MAYO-AGOSTO

340
R

BIBLIOTECA DE LA FACULTAD DE DERECHO UCR-PP-1329

Revista de Ciencias Jurídicas
Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Colegio de Abogados
No. 69 - Cuatrimestral
mayo -agosto- 1991 - 174 págs.

I Derecho - Revistas

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA



Hecho el depósito de Ley.

Impreso en Costa Rica.

NO SALE

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:

Licda. Egennergy Venegas Villegas
Lic. Ricardo Castro Calvo

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez (Decano)
Dr. Víctor Pérez Vargas
Dr. Rodrigo Barahona Israel



Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez



340R
No. 69/1991
REVISG103

JUNTA DIRECTIVA DEL
COLEGIO DE ABOGADOS

Sistema de Bibliotecas - UCR



REV 156 103

1991

Presidente:

Lic. Alfredo Bolaños Morales

Vicepresidente:

Lic. Manuel Alvarado Bolaños

Secretaria:

Licda. Egenery Venegas Villegas

Prosecretario:

Lic. Hernán Zamora Rojas

Fiscal:

Lic. Carlos Luis Redondo Gutiérrez

Tesorero:

Lic. Nilo Arce Sáenz

Vocal 1:

Lic. Oscar Arias Valverde

Vocal 2:

Lic. Ricardo Castro Calvo

Vocal 3:

Lic. José Longhi Carvajal

Vocal 4:

Lic. José Tabush Cordero

Vocal 5:

Lic. Gerardo Riba Bazo



AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Rector:

Dr. Luis Garita Bonilla

Director Consejo Universitario:

Dra. Hilda Sancho Ugalde

Vice-Rectora de Docencia:

Dra. Yolanda Rojas Rodríguez

Vice-Rector de Investigación:

Dr. Primo Luis Chavarría

Vice-Rector de Acción Social:

Máster Ana Teresa Alvarez

Vice-Rector de Vida Estudiantil:

Lic. Fernando Mayorga

Vice-Rector de Administración:

Máster Carlos Serrano

Decano Facultad de Derecho:

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Vice-Decano Facultad de Derecho:

Lic. Luis Varela Quirós

Directora Instituto de Investigaciones Jurídicas:

Dra. Ligia Roxana Sánchez Boza

Decano Sistema de Estudios de Posgrado:

Dr. Luis Camacho

Coordinador de la Comisión Editorial:

Ing. Mario Murillo Rodríguez

PRESENTACION

Esta revista publica investigaciones en las áreas del derecho constitucional, historia del derecho, comercial, laboral, administrativo e internacional.

Esperamos que el contenido de esta publicación sea una contribución al desarrollo jurídico del país.

El director y editor

EL CONTROL JUDICIAL DEL PODER LEGISLATIVO
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS UNIDOS

*Dr. Robert S. Barker**

* Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Duquesne,
Pittsburgh, Pennsylvania, U.S.A.



La idea de que los jueces pudieran y debieran controlar la legalidad de la conducta del gobierno no comenzó con la Constitución de 1789. En esos días, había precedentes importantes en Inglaterra y en las colonias británicas norteamericanas. En la Inglaterra, durante el reino del Rey Enrique II en el siglo doce, uno de los métodos más importantes de promover la unidad nacional fue el desarrollo de un sistema de tribunales nacionales, llamados “cortes del rey”, —con jurisdicción cada vez más amplia, para limitar la influencia de los barones feudales.⁽¹⁾ Poco a poco, los procedimientos de esas cortes reales se hicieron más uniformes, a través de la utilización de ciertos recursos, o *writs*. Esos *writs* se empleaban, gradualmente, no solamente para revisar la conducta de los barones, sino también para revisar las disposiciones de los agentes del rey. El *writ* más conocido es, sin duda, el habeas corpus, por el cual los jueces revisan la legalidad de la detención de los acusados y los presos.⁽²⁾

Otro método judicial para limitar el poder de los agentes reales era el juicio por jurado, por el cual el poder de los fiscales y otros agentes reales, particularmente en los casos penales, se sometía al control popular a través del proceso judicial.⁽³⁾

Sin mucha exageración, el Primer Ministro William Pitt habló ante la Cámara de los Comunes en 1760 de los límites impuestos al gobierno por el sistema de Derecho Consuetudinario:

El hombre más pobre puede, desde su choza, desafiar todas las fuerzas de la Corona.

Su choza puede ser frágil, con techo poco estable... el viento puede pasar por ella; las tormentas pueden entrar; las lluvias pueden entrar; pero el Rey de Inglaterra no puede entrar. Todos sus ejércitos no se atreven a cruzar el umbral de la casita destrozada.⁽⁴⁾

-
- (1) T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law* (5th ed. 1956) 16-19, 357; F. Maitland, *The Forms of Action at Common Law* (ed. A. Chaytor and W. Whittaker, 1971) 17-22.
 - (2) W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1st ed.) 131.
 - (3) F. Maitland, *The Constitutional History of England* (ed. H. Fisher 1908) 115-131.
 - (4) Fecha desconocida. Véase, *The Oxford Dictionary of Quotations* (3a. ed.) 374-375.

Por eso, las colonias inglesas norteamericanas compartían la misma tradición legal por la cual los jueces podían, de manera muy significativa, limitar y controlar la conducta de los “ejecutivos”.

Aunque en la tradición legal anglo-sajona del siglo dieciocho habían bastantes precedentes para el ejercicio por los jueces de un cierto grado de control de la conducta del Poder Ejecutivo, no se puede decir lo mismo con respecto al concepto de control jurisdiccional de las leyes.

Hay un solo caso, conocido como *Dr. Bonham's Case*,⁽⁵⁾ en 1610, en el cual el famoso jurista inglés, Lord Coke, hablando por la Corte, dijo que una ley del Parlamento que fuera contraria al derecho consuetudinario del país, no sería válida. Pero esta opinión representa una posición minoritaria y aislada en la jurisprudencia inglesa.⁽⁶⁾

La Constitución de los Estados Unidos no habla del control judicial de las leyes, y, que se sepa, los delegados a la Convención de Filadelfia nunca discutieron el tema.⁽⁷⁾ Pero, es evidente que, al menos algunos de los participantes en la Convención creyeron que el documento implícitamente daba a los jueces el poder de controlar la constitucionalidad de las leyes. Alexander Hamilton, delegado por el Estado de New York, abogando por la ratificación de la Constitución por su Estado, escribió en *El Federalista*, No. 78:

La interpretación de las leyes es el campo propio y peculiar de las Cortes. Una Constitución es de hecho, y debe ser considerada por los jueces como una ley fundamental. Por eso, es el derecho de ellos de establecer su significado, como también el significado de cualquier acto que procede del cuerpo legislativo. En el caso en que haya alguna diferencia irreconciliable entre los dos, por supuesto, el que tiene obligación y validez superior debe ser preferido; en otras palabras, se debe preferir la Constitución al estatuto, la intención del pueblo a la intención de sus agentes.⁽⁸⁾

Quince años más tarde, en el caso de *Marbury contra Madison*,⁽⁹⁾ la Corte Suprema empleó el mismo razonamiento para establecer el principio de la revisión judicial de las leyes federales. En 1810, siete años

(5) 8 Co. Rep. 1136, 77 Eng. Rep. 638 (C. B., 1610).

(6) Véase, Plucknett, “Bonham's Case and Judicial Review”, 40 Harv. L. Rev. 30 (1926).

(7) Véase, J. Madison, *Notes of Debates in the Federal Convention of 1787*.

(8) *The Federalist* No. 78 (A. Hamilton).

(9) 5 U. S. (1 Cranch) 137, 2 L. Ed. 60 (1803).

REV 6103



después de *Marbury*, la Corte ejerció el mismo principio para declarar una ley estatal inconstitucional.⁽¹⁰⁾ En 1816 la Corte amplió lógicamente el principio de *Marbury* para ejercer el poder de revisar las sentencias de los tribunales estatales en asuntos constitucionales.⁽¹¹⁾

Algunos juristas norteamericanos de la época se opusieron al principio de la revisión judicial.⁽¹²⁾ Otros juristas y políticos, en varios momentos de la historia del país, afirmaron que otras entidades gubernamentales, federales y estatales, tenían igual derecho y poder de declarar y controlar la constitucionalidad de las leyes. Por ejemplo, en 1778, Jefferson y Madison afirmaron el derecho de los Estados de Virginia y Kentucky a declarar inconstitucionales y nulas, dentro de sus límites, leyes federales.⁽¹³⁾ Algunos Estados norteros adoptaron, sin éxito, la misma teoría en la década de los cincuenta del siglo pasado, para proteger la libertad de los esclavos que se habían escapado de la esclavitud y buscaron amparo en el norte.⁽¹⁴⁾ Y, en la década de los cincuenta del siglo veinte algunos Estados sureños emplearon esa misma teoría de la "nulificación", también sin éxito, para impedir la integración racial.⁽¹⁵⁾ Hasta el Presidente Abraham Lincoln, en su primer discurso inaugural, dijo que las sentencias judiciales con respecto a la inconstitucionalidad de las leyes sólo tenían fuerza obligatoria para las partes, y no para el resto del país.⁽¹⁶⁾

En 1958, en el caso de *Cooper contra Aaron*,⁽¹⁷⁾ sobre la segregación racial en el Estado de Arkansas, la Corte Suprema de los Estados Unidos, por unanimidad, completó lógicamente la acumulación de poderes que comenzó con *Marbury*. Por primera vez, la Corte declaró, explícitamente, que la Corte Suprema es el intérprete final y supremo de la Constitución de los Estados Unidos. De hecho, la Corte declaró lo que había sido un principio clave del derecho y la política de los Estados Unidos por más de un siglo.

-
- (10) *Fletcher v. Peck*, 10 U. S. (6 Cranch) 87, 3 L. Ed. 162 (1810).
 - (11) *Martin v. Hunter's Lessee*, 14 U. S. (1 Wheat.) 304, 4 L. Ed. 97 (1816).
 - (12) Véase, e.g., opinión disidente del Juez Gibson de la Corte Suprema de Pennsylvania en *Eakin v. Raub*, 12 Serg. & Rawle 330, 343-358 (Pa. 1825).
 - (13) Véase, 1 H. Commager (ed.), *Documents of American History* 178 et seq. (6th ed. 1958).
 - (14) Véase, *Ableman v. Booth*, 62 U.S. (21 How.) 506 (1859).
 - (15) Véase, *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1, 78 S. Ct. 1401, 3 L. Ed. 2d 5 (1958).
 - (16) Discurso inaugural del Presidente Lincoln, March 4, 1861.
 - (17) 358 U.S. 1, 78 S. Ct. 1401, 3 L. Ed. 2d 5 (1958).

Hasta el comienzo de la guerra civil, la Corte Suprema había declarado inconstitucional solamente dos leyes federales.⁽¹⁸⁾ En 1969, después de la guerra, la Corte decidió un caso de gran importancia. Un sureño llamado *McCardle* fue juzgado culpable de varios crímenes. Él comenzó un proceso de hábeas corpus, alegando que las leyes aplicadas en su juicio penal —que tenían aplicación en los Estados sureños vencidos— fueran inconstitucionales. La Corte Federal del Distrito decidió en contra de *McCardle*, y él apeló a la Corte Suprema. Mientras tanto, el Congreso, que temía que la Corte declarara inconstitucional las leyes, derogó el estatuto que autorizó la apelación a la Corte Suprema de casos como el de *McCardle*. La Corte declaró improcedente la apelación, diciendo que no pudo conocer el caso porque el Congreso había anulado su competencia en la materia.⁽¹⁹⁾ Ese resultado se basó en Artículo III, Sección 2 de la Constitución, que dice que:

... la Corte Suprema tendrá la jurisdicción de apelación... con las excepciones y bajo reglamentos que el Congreso estipule.⁽²⁰⁾

El caso *McCardle* demuestra que el Congreso puede limitar el Poder Judicial. Varias veces, algunos senadores y representantes han tratado de limitar la jurisdicción de apelación de la Corte Suprema en un tipo u otro de casos.⁽²¹⁾ Aunque esos proyectos no han tenido éxito, son pruebas del hecho de que la jurisdicción de apelación de la Corte Suprema, así como la existencia de las Cortes Federales inferiores, dependen de la voluntad del Congreso.

La Revisión Judicial: 1890-1937. Por aproximadamente cincuenta años antes de 1937, la Corte Suprema aplicaba a cuestiones constitucionales la filosofía de *laissez faire* (es decir, que el individuo hiciera lo que quería en el campo económico), declarando inconstitucional muchas leyes federales y estatales que establecían salarios mínimos, limitaban las horas de trabajo, y protegían la salud del obrero.⁽²²⁾

(18) *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 2 L. Ed. 60 (1803); *Dred Scott v. Sandford*, 60 U. S. (19 How.) 393, 15 L. Ed. 691 (1857).

(19) *Ex parte McCardle*, 74 U.S. (7 Wall.) 506, 19 L. Ed. 264 (1869).

(20) U. S. Const. art. III, 2, cl. 2.

(21) Véase, Wright, *The Law of Federal Courts* (4a. ed.) 32-39.

(22) Véase, e.g., *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 25 S. Ct. 539, 49 L. Ed. 937 (1905); *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251, 38 S. Ct. 529, 62 L. Ed. 1101 (1918).

Esas decisiones se fundaban, primero, en una interpretación muy limitada de la "Cláusula de Comercio" del Artículo I de la Constitución, que da al Congreso la facultad de regular el comercio entre los Estados de la Unión.⁽²³⁾ Por este medio, la Corte decidía que el gobierno federal no podía regular asuntos locales, como, según la Corte, las condiciones de empleo y producción.⁽²⁴⁾ Segundo, la Corte concluyó que la garantía constitucional de "debido proceso legal" implicaba la garantía de la "libertad de contrato" que, según la Corte, garantizaba la plena libertad del patrón a hacer lo que quisiera con respecto a sus empleados, libre de la intervención gubernamental.⁽²⁵⁾ Así la Corte declaró inconstitucional muchos programas del "New Deal" del Presidente Franklin D. Roosevelt.⁽²⁶⁾

Pero en los últimos años de la década de los treinta, la filosofía judicial se cambió, y la Corte comenzó a interpretar la Cláusula de Comercio en una manera más amplia,⁽²⁷⁾ y abandonó la idea de "libertad de contrato".⁽²⁸⁾ Por los últimos cincuenta años, la Corte ha interpretado el poder del Congreso sobre el comercio en una manera tan amplia que en este momento es difícil imaginar una actividad económica que no pueda ser regulada por el gobierno nacional.⁽²⁹⁾ Este desarrollo constitucional fue muy significativo para el movimiento de los derechos civiles, cuando la Corte formó la constitucionalidad de la Ley de los Derechos Civiles de 1964, como ejercicio legítimo del poder del Congreso a regular el comercio entre distintos Estados.⁽³⁰⁾

(23) U. S. Const. art. I, §, cl. 3.

(24) Véase, e.g., *Bailey v. Drexel Furniture Co.*, 259 U.S. 20, 42 S. Ct. 449, 66 L. Ed. 817 (1922).

(25) Véase, e.g., *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1, 325 S. Ct. 240, 59 L. Ed. 441 (1915).

(26) Véase, e.g., *Schechter Poultry Co. v. United States*, 295 U.S. 495, 55 S. Ct. 837, 79 L. Ed. 1570 (1935); *United States v. Butler*, 297 U.S. 1, 56 S. Ct. 312, 80 L. Ed. 477 (1936).

(27) Véase, e.g., *NLRB v. Jones and Laughlin Steel Corporation*, 301 U.S. 1, 57 S. Ct. 615, 81 L. Ed. 893 (1937); *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 11, 63 S. Ct. 82, 87 L. Ed. 122 (1942).

(28) Véase, e.g., *West Coast Hotel Company v. Parrish*, 300 U. S. 379, 57 S. Ct. 578, 81 L. Ed. 703 (1937).

(29) Véase, e.g., *United States v. South-Eastern Underwriters Assn.*, 322 U.S. 533, 64 S. Ct. 1162, 88 L. Ed. 1440 (1944).

(30) *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States*, 379 U.S. 241, 85 S. Ct. 348, 13 L. Ed. 2d 258 (1964). *Katzenbach v. McClung*, 379 U.S. 294, 85 S. Ct. 377, 13 L. Ed. 2d 290 (1964).

La Gran Depresión de los años treinta, la Segunda Guerra Mundial, y la complejidad de la sociedad moderna causaron la promulgación de muchas leyes a todo nivel, nacional, estatal y local. Resulta que en las décadas recientes ha habido un aumento en el número de juicios constitucionales.⁽³¹⁾ Este fenómeno es quizás el desarrollo constitucional más importante de nuestra época, porque refleja y promueve la idea de que las cuestiones políticas más importantes son, a fin de cuentas, cuestiones jurídicas.

Casi todos los artículos y secciones de la Constitución han sido definidos, redefinidos o ampliados durante los últimos cuarenta años. Por eso es difícil resumir la jurisprudencia constitucional moderna. Sin embargo, es posible identificar cinco o seis tendencias más importantes con respecto al control jurisdiccional de la legislación:

Primero, entre 1940 y 1980, la Corte Suprema interpretó la Declaración de Derechos cada vez más en favor del acusado, declarando inconstitucional muchas leyes y reglamentos federales y estatales que, según la Corte, impedían el pleno ejercicio de los derechos constitucionales.⁽³²⁾

Segundo, comenzando con el famoso caso de *Brown contra Board of Education*,⁽³³⁾ en 1954, la Corte interpretó la garantía de "igualdad ante la ley" en una manera más amplia, no solamente para prohibir la discriminación contra los negros, sino también para asegurar más igualdad, por ejemplo, entre hombres y mujeres,⁽³⁴⁾ ciudadanos y extranjeros,⁽³⁵⁾ y ricos y pobres.⁽³⁶⁾ En asuntos electorales, la Corte ha dicho que "igualdad ante la ley" requiere que los distritos electorales tengan el mismo número de votantes, para asegurar que cada voto tenga el mismo peso en el proceso.⁽³⁷⁾

(31) Véase, discurso pronunciado por Warren E. Burger, a la sazón Presidente de la Corte Suprema, sobre, "The State of the Judiciary", Mid-Year Meeting de la American Bar Association. (New Orleans, 6 Feb. 1983).

(32) Véase, Bureau of National Affairs, *The Criminal Law Revolution and Its Aftermath 1960-1977* (1978).

(33) 347 U.S. 483, 74 S. Ct. 686, 98 L. Ed. 873 (1954).

(34) *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677, 93 S. Ct. 1764, 36 L. Ed. 2d 583 (1973).

(35) *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202, 102 S. Ct. 2382, 72 L. Ed. 2d 786 (1982).

(36) *Harper v. Virginia Board of Elections*, 383 U.S. 663, 86 S. Ct. 1079, 16 L. Ed. 2d 169 (1966).

(37) *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533, 84 S. Ct. 1362, 12 L. Ed. 2d 745 (1971); *Grand Rapids School Dist. v. Ball*, 473 U.S. 373, 105 S. Ct. 3216, 87 L. Ed. 2d 267 (1985).

Tercero, la Corte ha interpretado la prohibición del establecimiento de una religión, para declarar inconstitucional muchos programas de ayuda gubernamental a estudiantes de escuelas primarias y secundarias religiosas.⁽³⁸⁾ La Corte ha declarado también inconstitucional varias leyes para acomodar los sentimientos y las prácticas religiosos.⁽³⁹⁾ Irónicamente, resulta que a veces el gobierno tiene que tratar de una manera desigual conducta motivada por razones religiosas.⁽⁴⁰⁾

Cuarto, la Corte ha tenido más interés en problemas estructurales del gobierno federal, definiendo de manera más rígida el precepto constitucional de la separación de los poderes del gobierno federal. Por ejemplo, en 1983 la Corte declaró inconstitucional una ley que permitía que cualquier cámara del Congreso pudiera anular la decisión del Procurador General de no expulsar a un extranjero.⁽⁴¹⁾ En 1986, la Corte declaró inconstitucional una sección de una ley que facultaba al Contralor General, un agente del Congreso, a decidir cuestiones de naturaleza ejecutiva con respecto al presupuesto federal.⁽⁴²⁾

Quinto, en el año 1965, en el caso de *Griswold contra Connecticut*,⁽⁴³⁾ la Corte Suprema estableció una nueva garantía constitucional —el derecho a la intimidad—. La Corte dijo que, aunque el texto de la Constitución no hablara de tal derecho, se podría inferir su existencia de la totalidad de las garantías que protegen la intimidad en circunstancias específicas, como, por ejemplo, la inviolabilidad del domicilio. En 1973, la Corte declaró que el derecho a la intimidad incluye el derecho al aborto.⁽⁴⁴⁾ Los grandes problemas creados en el campo de los derechos humanos por esta decisión todavía no han sido resueltos.⁽⁴⁵⁾

(38) Véase, e.g., *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602, 91 S. Ct. 2105, 29 L. Ed. 2d 745 (1971); *Gran Rapids School Dist. v. Ball*, 473 U.S. 373, 105 S. Ct. 3216, 87 L. Ed. 2d 267 (1985).

(39) Véase, e.g., *Estate of Thornton v. Caldor, Inc.*, 472 U.S. 703, 105 S. Ct. 2914, 86 L. Ed. 2d 557 (1985); *Wolman v. Walter*, 433 U.S. 229, 97 S. Ct. 2593, 53 L. Ed. 2d 714 (1977).

(40) *Estate of Thornton*, *supra* n. 75; *Lemon*, *supra*, n. 74.

(41) *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*, 462 U.S. 919, 103 S. Ct. 2764, 77 L. Ed. 2d 317 (1983).

(42) *Bowsher v. Synar*, 478 U.S. 714, 106 S. Ct. 3181, 92 L. Ed. 2d 583 (1986).

(43) 381 U.S. 479, 85 S. Ct. 1678, 14 L. Ed. 2d 510 (1965).

(44) *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 93 S. Ct. 705, 35 L. Ed. 2d 147 (1973).

(45) Véase, e.g. *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S., 109 S. Ct. 3040, 106 L. Ed. 2d 410 (1989).

Sexto, en los últimos años, ha habido una tendencia de parte de las Cortes Federales, no solamente a declarar la inconstitucionalidad de una ley, sino también, en casos constitucionales, a mandar acción gubernamental de naturaleza legislativa. Por ejemplo, para poner fin a la segregación de las razas en las escuelas públicas, muchos jueces federales han mandado que los gobiernos locales construyan nuevas escuelas.⁽⁴⁶⁾ Para asegurar condiciones más humanas para los presos, algunos jueces federales han dictado sentencias que, prácticamente, no se pueden cumplir sin acción legislativa al nivel local o estatal, por ejemplo, la construcción de una nueva cárcel.⁽⁴⁷⁾ El punto es que el control judicial del poder legislativo no se manifiesta solamente en declaraciones negativas de inconstitucionalidad; a veces el control se ejerce en una manera afirmativa.

La historia de los Estados Unidos demuestra que los conceptos de la revisión judicial de las leyes, y la supremacía de la Corte Suprema de los Estados Unidos en asuntos constitucionales, están firmemente establecidos como principios claves del derecho y la política del país. Hoy en día no se debate la deseabilidad del concepto de la revisión judicial. La cuestión es, ¿Cómo debe ejercerse?

Los conservadores dicen que los jueces deben utilizar el poder de la revisión judicial con moderación, dejando al poder ejecutivo y, aún más, al legislativo, un campo largo y amplio de acción. Los conservadores enfatizan también el principio de “las cuestiones políticas”, y el requisito de “casos y controversias” como límites al poder judicial.⁽⁴⁸⁾ Al interpretar la Constitución, los conservadores tratan de descubrir y seguir las intenciones de los Padres Fundadores de ella.⁽⁴⁹⁾

Los liberales, en cambio, creen que los jueces deben ser muy activos y exigentes en revisar la constitucionalidad de las leyes. Los liberales se preocupan menos de las doctrinas que limitan la jurisdicción constitucional

(46) Véase, e.g., *Warren G. Kleban Eng. Co. v. Caldwell*, 490 F. 2d 800 (5th Cir. 1974).

(47) Véase, e.g., *Inmates of the Allegheny County Jail v. Wecht*, 699 F. Supp. 1137 (W.D.Pa. 1988). En el caso *Missouri v. Jenkins*, 495 U.S....., 110 S. Ct. 1651, 109 L. Ed. 2d 31 (1990), la Corte Suprema afirmó el poder de los jueces federales de distrito a mandar impuestos municipales para pagar los gastos de la desegregación de las escuelas.

(48) Véase, e.g., Scalia, “The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers”, 17 *Suffolk U.L. Rev.* 881 (1983).

(49) Véase, e.g., Bork, “Styles in Constitutional Theory”, 26 *S. Tex. L.J.* 383 (1985) and Bork, *The Tempting of America*.

del poder judicial; y, al interpretar la Constitución, los liberales conceden menos importancia a la intención de los fundadores, y más a las actitudes contemporáneas.⁽⁵⁰⁾

Estas diferencias se mostraron con claridad en los debates en 1987 sobre el nombramiento del juez Robert Bork para la Corte Suprema, nombramiento que fue rechazado por el Senado.⁽⁵¹⁾

Es importante recordar, sin embargo, que las actitudes de los liberales y conservadores con respecto a la revisión judicial han cambiado radicalmente a través de la historia del país. En los primeros cuarenta años de este siglo, fueron los conservadores a favorecer el uso frecuente y exigente de la revisión judicial de las leyes, y basaron sus decisiones constitucionales en conceptos relativamente nuevos. Los liberales, en cambio, afirmaron que los jueces debían conceder más libertad al poder legislativo, según la intención de los fundadores.⁽⁵²⁾

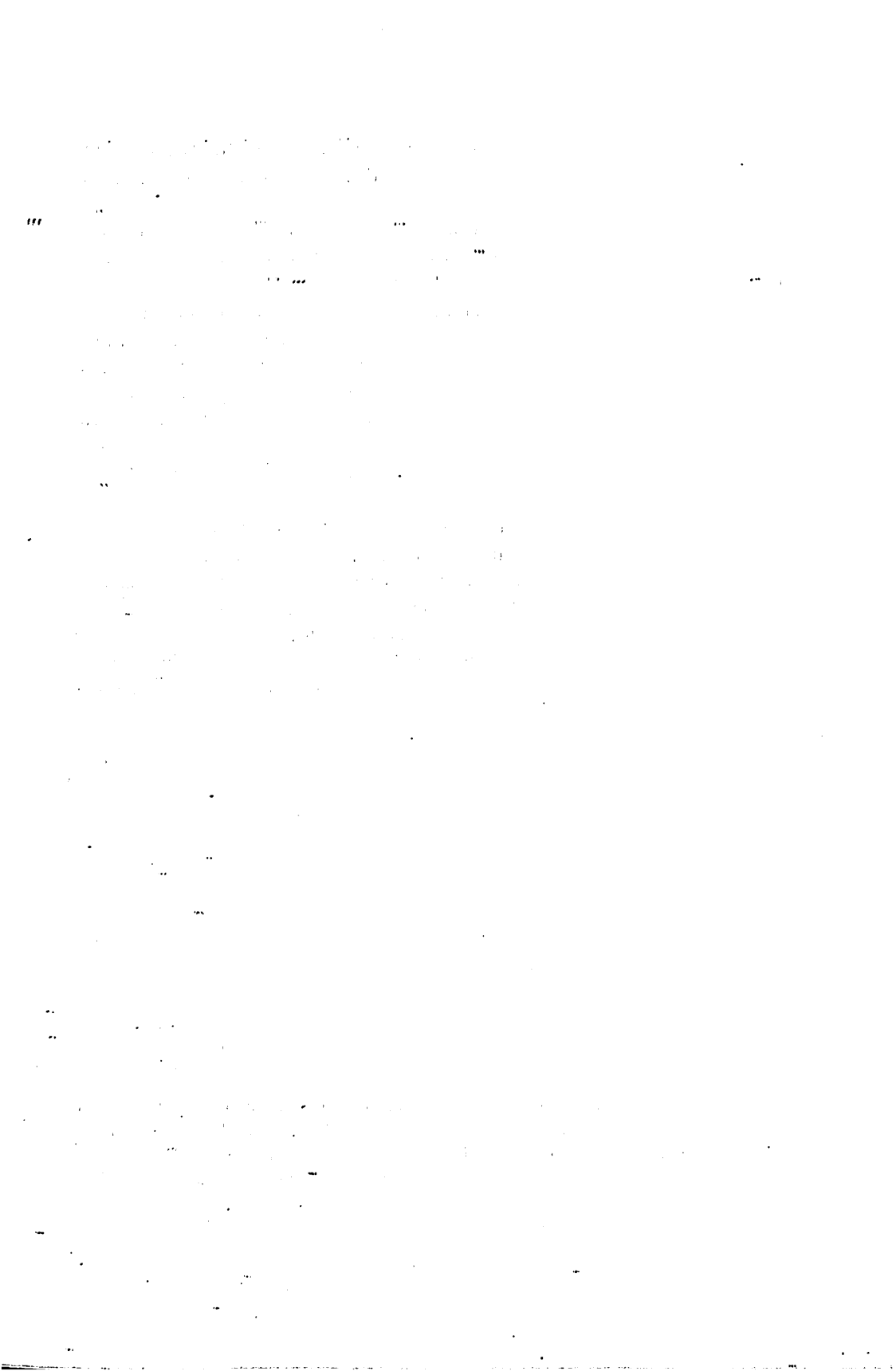
Opino que siempre habrá controversias sobre la manera de emplear la revisión judicial, y los principios que se deben usar al interpretar la Constitución. Tales controversias son provechosas y, hasta necesarias, porque cualquier poder que no se critique tiende a ser abusivo.

Pero, a fin de cuentas, hay que reconocer que la Corte Suprema ha desempeñado muy bien su tarea sumamente difícil e importante de proteger los derechos constitucionales y el espíritu de constitucionalismo en los Estados Unidos.

(50) Véase, *e.g.*, discurso pronunciado por el juez William J. Brennan, Jr., Georgetown University, 12 Oct. 1985, en The Federalist Society (ed.), *The Great Debate: Interpreting Our Written Constitution* 11-25.

(51) Véase, Price et al., "The Bork Nomination: Essays and Reports", 9 *Cardozo L. Rev.* 1 (1987).

(52) Véase, R. Jackson, *The Struggle for Judicial Supremacy*.



SANTA CRUZ Y CARRILLO
OPINION SOBRE UNA VIEJA POLEMICA

Dr. Carlos José Gutiérrez
Catedrático de la Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho

SUMARIO

- I. Los hechos
 - 1. Explicación inicial
 - 2. El Planteamiento
 - 3. Los hechos costarricenses
 - 4. Los Códigos bolivianos

- II. La Comparación
 - 5. Un ejemplo y dos Seguidores
 - 6. Diferencias en las instituciones: Libro I
 - 7. Diferencias en el Libro II
 - 8. Diferencias en el Libro III

- III. Bases para una interpretación
 - 9. Dos tipos de importación
 - 10. La finalidad política
 - 11. Las justificaciones usuales
 - 12. La estabilidad

AGRADECIMIENTO

Este es un trabajo individual, que, sin embargo no podría haberse escrito si yo no tuviera, en distintos países de América Latina, una serie de amigos, cuya amabilidad, sentido de cooperación e interés por ayudar en un esfuerzo académico poco usual, los hubiera llevado a complacer una serie de peticiones de información, que podrían haber parecido extrañas a personas de criterios menos benevolentes. Entre ellas; la palma corresponde a Fernando de Trassigny Granda, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Lima, quien me suministró los textos de los códigos de Santa Cruz en su versión Nor-Peruana y algunos artículos sobre dichos Códigos publicados en el Perú. En segundo término debo poner a Hugo Navajas Mogro, Representante Permanente de Bolivia ante las Naciones Unidas, durante los años en que serví el cargo similar en nombre de Costa Rica, y a Eduardo Rodríguez, Jefe de la Oficina de ILANUD en Bolivia, quienes me suministraron la mayor información sobre la personalidad de don Andrés de Santa Cruz y sus códigos. Luego deben aparecer Pedro Daza, Representante de Chile ante las Naciones Unidas en parte de mi período, don Gunnar Mendoza, Director de la Biblioteca Nacional de Bolivia en Sucre, que me suministraron información adicional; Jorge Enrique Guier, quien me obsequió el ejemplar del Código General; María Lourdes Flores, Directora del Centro de Documentación de ILANUD, de quien obtuve en préstamo los ejemplares del Código Civil de los Franceses, Rogelio Pérez Perdomo, por su quijotesco empeño en que se escriba la historia social del derecho de América Latina y Nidia Calvo, por su excelente trabajo secretarial.

Para todos eterna amistad y agradecimiento, por haberme permitido sacar de mi mente, preocupaciones de este asunto.

I. LOS HECHOS

1. *Explicación inicial*

Me encontré por primera vez el problema en la *Historia del Derecho* de don Alberto Brenes Córdoba. Dice ahí: "Según afirma Montúfar en su *Historia de Centro América*, la parte civil y la penal fueron tomadas de los Códigos que sobre esas materias se publicaron para el régimen de la

Confederación que se formó por los años 1836 a 37, entre las repúblicas de Perú y Bolivia, bajo la presidencia del general Santa Cruz. Respecto al Código de Procedimientos que comprendió el enjuiciamiento civil y penal, dice el citado historiador, que fue compuesto, lo mismo que un formulario de cartulación que publicó el gobierno, por el jurista doctor Isidro Menéndez, emigrado salvadoreño a quien el Jefe de Estado señor Carrillo encomendó esa tarea. Más este gobernante, que era muy competente en su profesión de abogado, trabajó también en el arreglo de los códigos emitidos en Costa Rica.

“El Código Civil fue en su mayor parte copia del francés. En algunas materias se separó del original, como en lo relativo a matrimonio y divorcio, en que se adoptaron las doctrinas del derecho canónico; y en lo tocante a sucesiones, en que se siguió el derecho español...”

“El Código Penal resultaba ser, con pocas variaciones el mismo de España, emitido en 1822, que era bastante severo. Pero entre nosotros, por leyes posteriores, se fue mitigando su rigor y disminuyendo la pena de muerte, que aquel cuerpo legal establecía con cierta prodigalidad.

“En cuanto al Código de Procedimientos, que comprendía, como queda dicho, el enjuiciamiento civil y penal, fue formulado, con materias suministradas por leyes y doctrinas españolas de épocas bien anteriores y de escaso valor técnico”.⁽¹⁾

En esos términos, se refiere Brenes Córdoba a la creación del Código General de 1841, primera codificación costarricense y primera legislación omnicompreensiva dictada en el país, después de la independencia de España.

Desde mis años de estudiante de Derecho, el problema me resultó fascinante. ¿Cómo fue que Costa Rica en los albores de su vida independiente fue a copiar un Código boliviano-peruano? ¿Qué comunicaciones existían en esa época, que le permitieron al gobernante costarricense que inició la separación de la República Federal de Centro América, tener presente un Código suramericano como base de su labor codificadora?

Como tantos otros abogados costarricenses que se han encontrado con ese relato, mi reacción fue no sólo de curiosidad sino de duda. No en vano, Jorge Enrique Guier, cita a Ricardo Fernández Guardia y a Salvador Jiménez, para quienes el autor del Código fue Braulio Carrillo, personalmente.⁽²⁾

(1) (Tipografía Gutenberg, San José, 1929), p. 880-881.

(2) *Historia del Derecho*, (Editorial Costa Rica, San José, 1968), tomo II, p. 1186-1187.

La curiosidad no satisfecha se acrecentó muchos años después, cuando a pedido de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico, participé en un Seminario de Conmemoración del Centenario de la extensión a la Isla del Código Civil español. Ajeno a la disciplina civilista, acepté estudiar el proceso de creación de la legislación civil en América Latina. Encontré entonces que el movimiento codificador latinoamericano tiene su figura central en don Andrés Bello, quien prepara el Código Civil chileno, entre 1831 y 1855, año este último en que es aprobado por el Congreso.⁽³⁾ Quiere ello decir que los Códigos anteriores al de Bello son los iniciadores de la codificación en América Latina. Ellos son los de Haití, Bolivia y Costa Rica. En el caso haitiano, primer país en declararse independiente, lo que se hizo fue poner en vigencia el Código de Napoleón. La proximidad de fechas entre los otros dos hacía más acuciante determinar su relación. Existía una conexión real entre los códigos boliviano y costarricense?

Ello me ha hecho dedicar algún esfuerzo a investigar la relación entre el Código Civil de Bolivia y la parte civil del Código General de Carrillo, como una profundización del estudio al movimiento codificador, para demostrar la validez de la tesis sostenida por Rogelio Pérez Perdomo para quien la historia del derecho latinoamericano debe escribirse como un conjunto y no como una serie de fenómenos separados⁽⁴⁾ y, ¿para qué ocultarlo?, con el expreso deseo de terminar la polémica sobre el origen del Código de Carrillo.

2. *El planteamiento*

Don Alberto Brenes Córdoba tiene como fuente para sus afirmaciones, la *Reseña histórica de Centro América*, escrita por don Lorenzo Montúfar. Este ilustre guatemalteco tenía dos pasiones en su vida pública: el liberalismo y la unidad centroamericana. Hizo historia como medio de combate, justificación de sus tesis y condena a todo aquél que tuviera ideas diferentes. Por haber sido Carrillo el gobernante que inició la separación de Costa Rica de la entonces agonizante República Federal de

(3) "Derecho Privado y Modernización, El esfuerzo Latinoamericano". Ponencia para el Seminario de Conmemoración del Centenario del Código Civil de Puerto Rico. Escuela de Derecho. Universidad de Puerto Rico. 19-21 de octubre de 1989. Por publicarse.

(4). "Ensayo de Periodización de la Historia Social del Derecho en Venezuela". En *Libro Homénaje a José Mélida Orsini*, (Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1983), Vol. 2, p. 704-740-.

Centro América, entró en la lista de quienes Montúfar consideraba sus enemigos personales. No es pues de extrañar que cuando hable del Código General se refiera a su origen y características en los siguientes términos:

“Por los años de 1836 a 37 se formó en la América del Sur el proyecto de constituir una confederación entre el Perú y Bolivia. El Perú debía dividirse en dos Estados tomando uno el nombre de Norte Peruano y el otro el del Sur Peruano. Estos Estados, unidos a Bolivia, debían componer la Confederación Perú-Boliviana. Obregoso debía ser el Presidente del Estado Norte-Peruano, el general Herrera, Presidente del Estado Sur-Peruano y el general Santa Cruz, Presidente de la Confederación, consiguió mantener por un poco tiempo, unidas estas tres secciones. Durante la existencia de la confederación Perú-Boliviana se decretó un Código Civil y un Código Penal, de los cuales llegaron ejemplares a Costa Rica. Carrillo se apoderó de uno de ellos y después de haberlo leído, se le ocurrió la idea de que esos dos códigos se adoptaran en su país, pero había la dificultad de que faltaba un Código de Procedimientos. Carrillo aprovechó las altas capacidades jurídicas del presbítero doctor Isidro Menéndez, emigrado de El Salvador. Menéndez formó el Código de Procedimientos y un formulario de actuaciones y cartulación. Los códigos de Santa Cruz son deficientes y defectuosos. En el estado de interinidad y de revolución en que se hallaban el Perú y Bolivia era imposible se formara una obra monumental que pudiera sobrevivir a las circunstancias que la rodearon en su origen. Chile se creía amenazado y la batalla de Yungay puso fin a la confederación. Disuelta la confederación, el Perú no quiso continuar regido por códigos de circunstancias y cayeron los de Santa Cruz que son los códigos de Costa Rica. La animadversión de los peruanos contra éstos, llegó al extremo que un gran número de ellos fue quemado en medio de regocijos públicos, en la plaza de Acho. Los códigos de Costa Rica que se llaman por adopción Códigos de Carrillo, son más defectuosos que sus originales porque contienen muchos yerros de imprenta y de copistas. Según el Código Penal de Carrillo es un problema el tiempo de la prescripción de los delitos de los funcionarios públicos. En el original peruano la materia es muy clara. En la copia se suprimieron dos renglones, y esta supresión produce un caos. Carrillo hizo algunas adiciones, principalmente en el Código Penal y con especialidad en lo que se refiere a delitos que pudieran perpetrarse contra su augusta persona. Las Repúblicas de la América española no pueden estar ya regidas por las viejas leyes de la antigua metrópoli, y todas han procurado darse códigos que se hallen conformes al espíritu del siglo en el cual vivimos, y con el gobierno que hemos adoptado. El gobierno peruano nombró comisiones de eminentes jurisconsultos y formaron los códigos que hoy rigen a la República, muy diferentes de los de la confederación Perú-Boliviana. Los códigos que no

podieron vivir en el Perú han tenido una larga vida en Costa Rica. Los ha favorecido la creencia errónea de que muchas personas no combaten esos códigos porque son una mezcla de leyes francesas y españolas, ni aún suprimiéndose párrafos enteros del Código francés, que son indispensables para completar el sentido, se trunca la materia o se agregan disposiciones incoherentes españolas, sino porque aspiran a la vuelta del caos que nos dejó España. Ya esa época pasó en Costa Rica para no volver. Al emitirse nuevos códigos, los viejos abogados que no estudiaron la ciencia de legislación ni la filosofía del derecho, y cuyo único estudio fue la Curia Filípica, y el febrero cinco juicios, El Tapia o el Goyena, se indignaron contra la nueva legislación que los hizo perder toda su ciencia, y los obligó a emprender nuevos estudios; pero esos viejos abogados desaparecieron pronto y los abogados que les han sucedido, sólo aspiran a la perfección de los códigos existentes”.⁽⁵⁾

No puedo evitar citar la nota al pie indicada, por lo menos parcialmente: “El año de 1858 se hizo una nueva edición en Nueva York y en ella aparece suprimida una u otra barbaridad muy al gusto de Carrillo, como por ejemplo el artículo que llama plena prueba la declaración dada por el jefe de Estado por medio de un papel o certificado. Carrillo se creía infalible como Pío IX y pensaba que lo que él decía era siempre la verdad. El que tuviera en su favor la opinión o la creencia de Carrillo triunfaba en juicio, porque una certificación del jefe de Estado era plena probanza en los tribunales. El general Saravia, Ministro de Morazán en Costa Rica, consideraba el Código Penal como el busto de un tirano”.⁽⁶⁾

3. *Los hechos costarricenses*

El estudio de las afirmaciones de Montúfar debe dividirse en dos partes: los hechos ocurridos en Costa Rica y los antecedentes suramericanos. Respecto a los primeros, mi criterio es que tiene razón: el “Código General es una reproducción los Códigos de Santa Cruz. La historia de éstos, sin embargo, es mucho más interesante e importante la parte conocida por Montúfar. Por ello, me parece necesario contemplarlos pos separado.

Pese a ser Carrillo uno de los gobernantes más polémicos que ha tenido Costa Rica, poco es lo quienes han escrito por él, dicen sobre la

(5) (Tipografía el Progreso, Guatemala, 1879), tomo tercero, Libro Sexto, p. 605-607.

(6) *Ibid*, p. 606.

codificación y mucho menos sobre su origen.⁽⁷⁾ Le toca a un libro reciente de Clotilde Obregón hacer las primeras referencias. Nos cita ella, que por nota del 13 de julio de 1838, Carrillo le pidió a don Luz Blanco “que organizara una Comisión de individuos miembros de la Corte con el objeto de reformar la Administración de Justicia en todas las instancias. Blanco contestó que sería una ventaja reformarla con presencia de los códigos de otras naciones por lo que necesitaría la Ley de Livingston, Santa Cruz y otras donde pueden extraerse materias útiles”.

Relata Obregón como Carrillo organizó la Comisión que redactó el Código Penal y el de Procedimientos. Agrega luego, “Carrillo nunca encargó a nadie el Código Civil, probablemente desde un comienzo había decidido elaborarlo él y al fallarle las otras personas terminó por redactarlos todos; así lo reconoció él mismo en su Tercera Alocución al pueblo de Costa Rica, dada a luz en Sonsonate, El Salvador en 1843. Ahí expresa que esos Códigos en cuyo trabajo si bien fui auxiliado por los cuerpos de derecho de otras naciones y por mis propios conocimientos de profesor, no lo es menos que pasé muchas noches sin dormir, animado del más puro patriotismo”.⁽⁸⁾

Lo anterior lleva a Obregón a aceptar la conclusión de Ricardo Fernández Guardia, de que Carrillo es el único y verdadero autor del Código General.⁽⁹⁾

Para discutir esa tesis es necesario efectuar un estudio comparativo entre los Códigos del General Santa Cruz y el Código General. Pero, previamente me parece necesario corregir el relato histórico de Montúfar, sobre los Códigos de Santa Cruz.

4. *Los Códigos bolivianos*

Los Códigos del general Santa Cruz no fueron redactados para la Confederación peruano-boliviana. Antes de ser adoptados por ella, habían sido preparados y promulgados para Bolivia. En ésta, como en todas las

(7) Véanse como ejemplos de opiniones sobre Carrillo: Cerdas, Rodolfo: *Formación del Estado en Costa Rica*, (2a. ed., San José, 1978); Facio, Rodrigo: “Don Braulio Carrillo, Figura Discutida”, en *Obras Históricas, Políticas y Poéticas* (Editorial Costa Rica, San José, 1982); p. 301-327; Sáenz, Jorge, *El Despertar Constitucional de Costa Rica* (Libro Libre, San José, 1985).

(8) Obregón, Clotilde: *Carrillo. Una Epoca y un Hombre. 1835-1842*, (Editorial Costa Rica, San José, 1989), p. 77-79.

(9) *Ibid*, p. 79.

nuevas repúblicas proclamadas en los antiguos reinos españoles se sintió la necesidad de sustituir la multiplicidad y confusión de la legislación peninsular, con nuevos códigos que continuarán la línea de simplificación y racionalización de la regulación de derecho privado, que había adoptado Napoleón para Francia.

En la Gran Colombia, Bolívar había tratado un procedimiento simplificado: en nota fechada en Quito, el 13 de mayo de 1829, ordenó que se adoptara el Código de Napoleón, disponiendo que se nombrara “una comisión especial de personas literatas que examinando dicho Código, haga en él las reformas convenientes, las cuales deberán proponerse al próximo Congreso Constituyente”.⁽¹⁰⁾ Esto después de haber ordenado por Decreto del 31 de enero de 1825, se integrara una comisión para preparar el texto de los Códigos Civil y Criminal.⁽¹¹⁾ Pero en ninguno de esos casos, se obtuvo un resultado positivo. Sin embargo, las acciones tomadas revelan de la conciencia existente en los Libertadores, de la necesidad de simplificar las leyes, y su interés en tomar como ejemplo, la tarea llevada a cabo por Napoleón.

No es pues de extrañar que uno de los generales de Bolívar, Andrés de Santa Cruz (1792-1865), al llegar a la Presidencia de Bolivia en 1829, decidiera llevar a cabo un proceso de codificación, para arreglar con urgencia “el ramo judicial que es el más atrasado en los nuevos estados americanos”, siendo esto una verdad que comprueba la experiencia.⁽¹²⁾

Para ello, en materia penal, lo que se hizo fue adoptar el Código español de 1822. Después de ponerlo en vigencia, el Congreso Constituyente integró una Comisión para que lo revisara, la cual recomendó suspenderlo.

Para el Código de Procedimientos, la Comisión preparatoria fue nombrada en 1826, durante el gobierno del general José Antonio Sucre. En cambio, la del Código Civil, se integró en 1929, ya bajo el gobierno de Santa Cruz. Este, en analogía al interés de Bonaparte, asistió personalmente a muchas de las sesiones de la Comisión y tomó parte en sus debates. La Comisión, integrada por Magistrados de la Corte Suprema, empleó en sus labores un año. Su trabajo quedó terminado en octubre de 1830 y el Código se promulgó por ley (faltan dos renglones por estar uno encima del otro) del

(10) “Génesis de la Primera Codificación Republicana Hispanoamericana. Códigos Santa Cruz para Bolivia, Nor y Sur Perú”, por Santa Cruz Schuhkraft, Andrés. En *La Vida y Obra del Mariscal André Santa Cruz*. (Biblioteca Paceaña, Nueva Serie, Honorable Municipalidad, La Paz, Bolivia, 1976). Tomo III, p. 20).

(11) *Ibid*, p. 18-19.

(12) *Ibid*, p. 16.

28 de octubre, que ordenó su entrada en vigencia para el 1º de enero de 1831, siendo ésta también la fecha de vigencia del Código Penal. El Decreto estaba encabezado por una proclama de Santa Cruz, quien manifiesta haber ordenado su vigencia, dentro de las facultades extraordinarias que se confirieron. La edición Príncipe tiene una dedicatoria, que revela el deseo de mantener la analogía con Bonaparte, a doña Francisca Cernadas de Santa Cruz en los términos siguientes: "Un genio de la literatura, ofreció, vertidos en elegante metro los Códigos de Napoleón a la Emperatriz Josefina; yo, huésped en las artes bellas, y respetando el texto literal de estas leyes, presento a vos, señora, los Códigos Santa Cruz".⁽¹³⁾

Iniciada la vigencia de los Códigos en 1831, no es sino el 1º de mayo de 1837, que se formaliza la Confederación peruano-boliviana, al firmarse en Tacna, el Pacto que le da nacimiento. La Confederación no logró consolidarse, dada la hostilidad de Chile y Argentina. El gobierno chileno, bajo la inspiración de Diego Portales, promovió la guerra contra Santa Cruz. Argentina, donde gobernaba Juan Manuel de Rosas fue la primera en atacar y fue derrotada. Chile decretó la guerra el 9 de octubre de 1836, y sus tropas fueron inicialmente derrotadas, pero después de la muerte de Portales, logró una victoria decisiva en Yungay, Como consecuencia de esta derrota, un levantamiento puso fin al gobierno de Santa Cruz en enero de 1834.⁽¹⁴⁾

Sin embargo, lo que nunca supo Montúfar fue, que el Código Civil de Santa Cruz, con las reformas necesarias, continuó vigente en Bolivia hasta 1977, año en el cual fue promulgado el actual Código, bajo la Presidencia del General Hugo Banzer. Tuvo pues una vigencia de ciento cuarenta y seis años, lo que mucho habla de su estabilidad.

Como muestra de la importancia que daba Santa Cruz a su obra, puede mencionarse el hecho de que los Códigos Civil y Penal cuando estuvieron impresos, ordenó copias de ellos a gobiernos extranjeros, personajes importantes y bibliotecas. Hubo comentarios elogiosos tanto en Francia como en Chile.⁽¹⁵⁾ Cabe hacer notar que 1831 es el año en el cual Andrés Bello, ya radicado en Chile, comienza a trabajar en su proyecto de Código Civil, Bello, desde luego, había vivido en Europa de 1810 a 1829 y mal podría haber pasado todo ese tiempo sin conocer la codificación bonapartina. Pero está en Chile dos años antes y no es sino en el mismo que

(13) *Ibid*, p. 40.

(14) Escobar Cusicanqui, Jorge, "La Confederación Perú-Boliviana", en *La Vida y Obra...*, op. cit., tomo III, p. 183-198; Díaz Arguedas, Julio: "Trayectoria Militar de Santa Cruz", en misma obra, tomo I, p. 283-387.

(15) Santa Cruz, S. *op. cit.*, p. 42.

aparecen los Códigos de Santa Cruz cuando inicia su tarea en este campo.⁽¹⁶⁾ Por demás está decir que el deseo de Santa Cruz en dar a conocer su obra en países extranjeros, bien puede explicar como en 1841, su obra era conocida en Costa Rica.

Es igualmente importante mencionar que al crearse la Confederación Peruano-Boliviana, de la cual fue nombrado Protector Santa Cruz, los Códigos fueron adoptados por ésta. El primero en adoptarlos fue el Estado Sur-Peruano, que lo hizo el 17 de marzo de 1836. El 28 de octubre del mismo año, los Códigos fueron presentados en el Nor-Peruano, en una Proclama en que dice Santa Cruz respecto al Código Civil: "Nor-Peruanos, el mejor presente de que puedo hacer os en uso del poder que habéis puesto en mis manos, es la legislación que os doy. La ciencia la ha purificado con su antorcha; la experiencia ha demostrado sus ventajas. Ella es el fruto del saber de los siglos, madurado con los jugos de vuestro suelo y puesto en armonía con vuestras circunstancias peculiares. Nacida en el seno tranquilo de Bolivia, donde su aplicación ha perfeccionado en alto grado la Administración de Justicia, mejorada en el Estado del Sur, por una corrección atenta y meditada, entre vosotros ha recibido el último pulimento que ha podido darle mi celo, y la ilustración de los hombres de cuyo consejo me ha valido para conferirlos este beneficio. Ello uniforma la más vital de vuestras instituciones, con la que ya poseen las dos naciones destinadas a formar con el Estado Nor-Peruano una grande y respetable familia. En ella encontraréis, demarcadas estrictamente, todas las atribuciones que podéis ejercer, según las diversas obligaciones y garantías que adquirís en la sociedad y en la familia, amparada la propiedad y asegurada su transmisión por medio de decisiones exactas y positivas, que cierran la puerta a toda especie de usurpación, fijadas las líneas de sucesión hereditaria en todas las combinaciones posibles, establecidas las reglas de los contratos, en bases que sabrán resistir a los subterfugios de la mala fe y del fraude y todas las prerrogativas que forman el encadenamiento de la vida civil".⁽¹⁷⁾

Un punto importante es cuándo fueron enviados los Códigos de Santa Cruz a Costa Rica. Como Montúfar sabía la historia de la Confederación y no la boliviana, así como por el hecho de que los vínculos de Costa Rica eran con el Perú y no con Bolivia, la hipótesis válida me parece debe ser que fueron las ediciones peruanas y no las bolivianas las enviadas a nuestro país.

(16) "Derecho Privado y Modernización..." citado.

(17) Código Civil Santa Cruz del Estado Nor-Peruano. Edición Oficial. Lima, Imprenta de José Marías, 1836, p. IV y V.

II. LA COMPARACION

5. *Un ejemplo y dos seguimientos*

El establecimiento de los hechos históricos apenas si puede servir como indicador aproximado de la relación entre los Códigos de Santa Cruz y Carrillo. La única forma indubitable de precisarla, es mediante el estudio comparativo de sus textos.

Hay, desde luego, un problema metodológico que es necesario resolver: ¿cómo debe hacerse la comparación? Después de varios ensayos, decidí finalmente que no debía limitarse al Código Civil de Santa Cruz y el de Carrillo. Esto, por cuanto siendo ambas derivaciones del Código Civil de los franceses de 1804, bien podrían ser resultado las analogías de instituciones que ambos hubieran tomado del Código de Napoleón. Así que me decidí por hacer una lectura conjunta de los tres Códigos.⁽¹⁸⁾

La conclusión de dicha lectura es absolutamente clara: los Magistrados bolivianos introdujeron algunas variaciones de importancia en el texto del Código Civil de los franceses, pese a que el mayor número de los artículos son traducción literal de las disposiciones de aquél. En cambio, por largas y muchas que hayan sido las noches que don Braulio dedicara a la redacción del Código General, en lo que se refiere al Civil, tomó el Código de Santa Cruz y apenas si le introdujo unas pequeñas modificaciones, que por su escaso número pueden citarse en detalle.

Ambos actuaron desde luego, dentro del mantenimiento de la estructura dada por los redactores del Código Civil francés, dividido en tres libros: Libro Primero, De la Personas; Libro Segundo, De los Bienes y de las Diferentes Modificaciones de la Propiedad; y Libro Tercero, De los Diferentes Modos de Adquirir la Propiedad.

En Bolivia, se redujo considerablemente el número de artículos del Código Civil. El francés tiene 2281. En cambio el boliviano llega a 1563. La materia civil del Código General tiene 1575, apenas 12 más que el de Santa Cruz.

(18) Para hacer esa comparación, además de la edición mencionada en la nota anterior, he utilizado la edición de 1858 del *Código General de la República de Costa Rica*, publicada en New York, don Rafael Ramírez. Es bien sabido que el Lic. Ramírez introdujo algunas modificaciones, que obligó al gobierno de don Juan Rafael Mora, por Decreto No. 9 de 23 de julio de 1858, a aprobar "las anotaciones hechas al Código General" por el señor Ramírez. Del *Código de Napoleón*, he utilizado una edición en español hecha en La Habana en 1921 por don Juan Buxo como editor. Para solventar algunas dudas he utilizado como referencia *Code Civil des Français*, édition originale et seule officielle, hecha en 1974 por la Librairie Edouard Duchemin, París.

En la división títulos de los distintos libros no hay tampoco ninguna diferencia entre ambos códigos latinoamericanos y muy poca con el francés. En la de capítulos, todos los del Libro Primero tienen la misma denominación. En el Libro II, hay que llegar al Título IV, para encontrarse que Carrillo eliminó como capítulo separado, el VI, "De los Desagües de los techos". Por su parte, el Libro Tercero evidencia la identidad de todos sus títulos. En suma, las diferencias de estructura son mínimas.

6. *Diferencias en las instituciones: Libro I*

Una mejor comprensión de cual fue la tarea que los Magistrados de la Corte Suprema boliviana realizaron al estudiar el Código Civil y adaptarlo a su nuevo Estado, se logra comparando una por una las instituciones cubiertas por ese cuerpo legal. Un estudio de esa naturaleza permite considerar que no se limitaron a copiar mecánicamente el Código Civil de los franceses sino que realizaron cortes y cambios sustanciales. Puede describirse su tarea como una lectura cuidadosa y una adaptación inteligente.

En el Libro Primero, Título II, De las Actas del Estado Civil, el detalle del articulado del Código de Napoleón (artículos 34 a 101), es el de un país que ha organizado un sistema de registros civiles. En cambio, el tratamiento del tema en el Código de Santa Cruz se reduce en extensión (artículos 25 a 46) y se habla no de "actas" sino de "instrumentos", para indicar que no existe un registro organizado.

Otro cambio sustancial es el que se da en materia de matrimonio. Como resultado del proceso de laicización que caracterizó la Revolución Francesa, el propio Napoleón se había casado en primeras nupcias con Josefina quien era divorciada, el matrimonio tal y como se regula en el Código francés es una ceremonia civil (artículos 144 a 228) y se acepta el divorcio vincular, aún por mutuo consentimiento (artículos 220 a 305). En cambio, como era de suponer en un país recientemente independizado, después de trescientos años de dominación española, en Bolivia se le mantuvo efectos jurídicos a los esponsales, que podían celebrarse desde los diez años de edad (artículos 94 a 97 - 84 a 87 en el de Carrillo), y con respecto a la celebración del matrimonio se dispuso taxativamente: "estando en el Estado, elevado el matrimonio a la dignidad de sacramento, las formalidades necesarias para su celebración serán las mismas que el Concilio del Trento y la Iglesia tienen designadas". Artículo 100 y 99 del Código de Santa Cruz y 100 del de Carrillo). En consecuencia, todo el régimen matrimonial está tomado del Derecho Canónico, (artículos 88 a 149 del Código de Santa Cruz, artículos 88 a 143 del General). De ahí que, por el artículo 147 del Código de Santa Cruz y 148 del de Carrillo, "Los tribunales eclesiásticos son los únicos competentes para fallar sobre el divorcio..."

Como ello es de suponer el largo capítulo dedicado en el Código de Napoleón al divorcio (artículos 234 a 274), falta en los dos códigos

latinoamericanos e igualmente lo correspondiente a la investigación de paternidad (artículos 340 y 341).

Otro cambio importante es la falta de mención a una de las instituciones más importantes del Código francés en materia de paternidad, filiación, tutela y curatela: el consejo de familia que se integra para tomar o participar en la toma de decisiones en materias que conciernen a los menores. Dicho consejo aparece definido en el artículo 407, como formado por el “juez de paz, de seis parientes o afines, vecinos del pueblo donde haya de nombrarse tutor o que residan a menos de dos miriámetros, la mitad de la línea paterna y la otra mitad de la materna, siguiendo el orden de proximidad en cada línea”. Nada de ello existe en el Código de Santa Cruz y por ende en el de Carrillo.

7. *Diferencias en el Libro II*

En el Libro II se dan algunas diferencias que son suficientes para demostrar que el Código Civil no es la razón pura ni el derecho común a todos los pueblos, sino que el tratamiento dado a las instituciones es de orden histórico. Es por ello que, aún en un régimen básico de copia se sintió la necesidad de adaptaciones, adecuaciones y utilización de criterios propios.

Comienzan las diferencias en el usufructo: donde los tres primeros capítulos del Título III del Código Civil de los franceses, “Del Usufructo”, “De los Derechos del Usufructuario” y “De las Obligaciones del Usufructuario”, se refunden en uno solo, “Del Usufructo y las Obligaciones del Usufructuario”. En dicho capítulo se omiten una serie de artículos, o se varían otros: el 585 del Código francés, que señala que los frutos naturales e industriales que penden de sus ramas o raíces en el momento en que se adquiere el usufructo, pertenecerán al usufructuario, pasan en el artículo 338 del Código de Santa Cruz (igual de Carrillo) a pertenecer a quien otorga el usufructo. No se copian las reglas del artículo 587 sobre “cosas que no pueden usarse sin que se consuman”, la del 588 usufructo de una renta vitalicia, ni las reglas del 592 sobre vidas y aprovechamientos anuales de los árboles. La regla de que el usufructo se acaba por el no uso durante treinta años (art. 617, inciso 4 del Código Francés) se reduce a diez años (art. 266, inciso 4 de los códigos de Santa Cruz y Carrillo).

En materia de servidumbres, la definición dada por el Código de Napoleón, se da desde el punto de vista del bien, “la servidumbre es una carga impuesta sobre una heredad, para el uso y utilidad de una finca perteneciente a otro propietario” (art. 637). Al cruzar el Atlántico la definición cambia y asume el enfoque del titular, “servidumbre es el derecho

y uso que uno tiene en los edificios y heredades ajenas, para servirse de ellas con utilidad de las suyas" (art. 384 de Santa Cruz y Carrillo). En el Código de Santa Cruz aparecen definiciones de servidumbres continuas y discontinuas, aparentes y no aparentes (arts. 386 y 387) que no están en el Código francés.

Hay una regla sobre la propiedad horizontal en el Código de Napoleón, que no se copió en los latinoamericanos.

En el artículo 671 del Código francés se prohíbe al propietario tener árboles o arbustos cerca del límite de la propiedad a menor distancia de dos metros de la línea de separación. En el Código boliviano, dicha distancia pasa a ser de dos varas (art. 416) y en el costarricense es de ocho varas (art. 416).

Sobre la distancia que pozos, zanjas, chimeneas, hornos, fogón, fraguas, almacenes de sal o materias corrosivas, deben guardar del límite de la propiedad que en el Código francés, es la "prescrita por los reglamentos", se transforma en el Código de Santa Cruz, en "la distancia necesaria para que el vecino no reciba daño o incomodidad" (art. 419), mientras que en el de Carrillo, es de "dos varas para que el vecino no reciba daño o incomodidad" (art. 420).

En el capítulo "De las vistas sobre la propiedad del vecino", hay uno de los pocos artículos particulares del Código de Carrillo. Es el artículo 426, que dice: "En las poblaciones, sean grandes o pequeñas, son obligados los vecinos a dar pega de sus casas, tanto en las paredes y balcones, como en las cumbres, para que se conserve el alineamiento y hermosura de las calles, no debiendo permitirse separación alguna al frente de ellas, entre los techos, por causa de aguas u otra cualquiera que sea". Es posible ver en dicha disposición la mentalidad reglamentista de Carrillo, que le llevaba pormenorizar las obligaciones de sus conciudadanos en muchos detalles, para tratar de mejorar distintos aspectos de su vida.

Igualmente, son originales, no existen en los otros dos Códigos, los artículos 427 y 428, que contienen el primero una definición de las servidumbres urbanas, que son seis, y el segundo, otra para las servidumbres rústicas, que son cinco. Hace Carrillo un esfuerzo para demostrar sus conocimientos teóricos de derecho, lo cual no es considerado como la mejor técnica jurídica, pero que podría ser vista como interés por afirmar su condición de abogado bien informado.

De lo dicho se obtiene evidencia de que, en el Libro II hay diferencias producto de distintos niveles de desarrollo y urbanización. Pero son en verdad bien pequeñas.

8. *Diferencias en el Libro III*

Al tratar este libro: “De los diferentes Modos de Adquirir la Propiedad”, aparece otra de las importantes divergencias entre el Código de Napoleón y el de Santa Cruz, la referente a las sucesiones. En este campo, el Código francés comienza con la sucesión legítima, que es la contemplada en una forma extensa en los artículos 718 a 892. En cambio, el Código de Santa Cruz comienza con los testamentos, tratados en los artículos 455 a 604, en un título denominado “De los Testamentos y Sucesiones”. El Código de Napoleón, trata los testamentos en el Título II, “De las donaciones entre vivos y de los Testamentos”, artículos 893 a 1100. Hay pues una diferencia completa en el sistema de ordenación de las materias, lo cual, como ya vimos, es explicado por Alberto Brenes Córdoba, diciendo que en esta materia, el Código de Santa Cruz y por ende, el de Carrillo, siguieron la legislación española, lo cual es revelador de la importancia dada al factor cultural, en esta materia.

La diferencia en el plan tiene como resultado, también, diferencia en el tratamiento de algunas de las instituciones. En el Código francés se señala que los testamentos pueden ser abiertos, místicos o cerrados y hológrafos (art. 969). En cambio, en Bolivia se admitía la posibilidad de un testamento privilegiado, que podía hacerse, por los indios residentes a distancia de más de una legua de sus respectivos cantones y que podía hacerse por palabra, o por escrito, con solo dos testigos vecinos (art. 467). El militar podía hacer su testamento en su cartera, o en papel simple, con sólo su firma, y “en la guerra, o en caso de muerte violenta escribir con su espada, o de cualquier otro modo en la arena, tierra o piedra”, pero para la validez de su testamento se requería que “al menos dos testigos lo hayan visto escribir” (art. 468). El Código de Carrillo copió la regla del testamento privilegiado para el militar, pero no hizo lo mismo con la del indio (art. 468).

Sobre testigos de testamentos, el Código boliviano exigía ser “mayor de veinticinco años y ciudadano en ejercicio (art. 477), mientras que Carrillo, permitía que las mujeres pudieran servir de testigos (art. 476).

El Código de Napoleón permite a los hijos naturales participar en la herencia, pero sólo con un derecho a un tercio de lo que corresponda a los legítimos (art. 757), dándole a los adulterinos e incestuosos, un derecho a alimentos solamente (art. 762). En cambio, el de Santa Cruz, limita la posibilidad de los hijos naturales a heredar, que lo hagan de los parientes por parte de madre que mueran intestados (art. 631), regla que copia el de Carrillo hasta con el mismo número de artículo.

Al entrar en el Título III, del Libro III, el Código de Santa Cruz, y por ende el de Carrillo, vuelve al orden, nomenclatura y tratamiento de temas del

Código francés. El nombre del Título "De los Contratos y de las Obligaciones Convencionales en general", tiene apenas la ligera modificación que al final, en los latinoamericanos es "i generales".

Hay, sin embargo, diferencias de detalle, en algunas de las instituciones.

Con respecto a la violencia como vicio del consentimiento, hay algunas reglas distintas. El Código francés habla de que "el temor respetuoso hacia los padres u otros ascendientes, sin que se hayan ejercido los verdaderos actos de violencia, no bastará por sí solo para anular los contratos" (art. 1114). El Código de Santa Cruz agrega a dicho artículo conceptos distintos pues dispone: "Es causa de nulidad, la violencia hecha entre el esposo y la esposa, o entre ascendientes o descendientes. El solo temor reverencial sin que se haya usado de violencia, no es suficiente para anular el contrato" (art. 708 en Santa Cruz y Carrillo). El párrafo primero, que representa el nuevo principio, tiene un fuerte sentido de diferencia cultural.

La regla de que si se ha ofrecido entregar a dos personas la misma cosa, el que haya sido puesto en posesión real tiene preferencia (art. 1141 del Código de Napoleón) se modifica en el de Santa Cruz, como en el de Carrillo, al decirse que ello no es válido, cuando la promesa se ha sujetado a una condición en cuyo caso no tiene validez la entrega hecha, "antes de que cumplierse la calidad que la suspende" (art. 736) y que la pena convencional "no debe comprender todos los bienes ni exceder el duplo de su legítimo valor" (art. 737). Carrillo aclara la última expresión y habla "del legítimo valor de la cosa sobre que se versa" (art. 737).

En relación con la interpretación de los contratos, el Código de Santa Cruz (art. 751) mantiene el texto del artículo 1156 del Código de Napoleón, pues ambos tienen el principio que al interpretar los contratos, debe estarse más "a la voluntad de los contrayentes que a la redacción literal". En cambio, en el 751, Carrillo expresa: "En las convenciones, debe estarse al sentido literal de las obligaciones, y cuando los términos no son claros, se debe averiguar cuál ha sido la común intención de las partes".

Me parece muy significativo que el capítulo IV del Título III, "De las diversas especies de obligaciones", arts. 1168 a 1233, del Código francés, aparezca idéntico en el Código de Santa Cruz (art. 762 a 828, igual numeración en Carrillo). Esto es a mi juicio prueba fehaciente de ser dichas disposiciones originadas en el Derecho romano, lo cual da una condición de generales para todas las legislaciones derivadas de dicho derecho.

En materia de pago, hay algunas diferencias. Por ejemplo, sobre la posibilidad de pagos parciales, el Código de Napoleón sostiene: "El deudor no podrá obligar al acreedor a recibir en parte el pago de una deuda, aunque

sea divisible. Los jueces podrán, sin embargo, en consideración a la posición del deudor, y usando de este poder con mucha discreción, conceder plazos moderados para el pago, y sobreceder en las ejecuciones de apremio, quedando todo en el mismo estado" (art. 1244). La regla del artículo 841 del Código de Santa Cruz (Carrillo igual), dice:

"Toda deuda debe pagarse del modo que se pactó, pero si el deudor no puede pagar según lo estipulado, podrá hacerlo con otras cosas, y de diferente modo mediando la autoridad del juez".

En cambio, en materia de cesión de bienes, el Código boliviano tiene una regla bastante fuerte contra el deudor, la del artículo 864 (igual en el de Carrillo), que dispone: "Si se probare fraude en la cesión de bienes que hace el deudor, podrán los acreedores pedir su prisión, recibir los bienes que haya ocultado, a más de los cedidos, y repetir contra lo que restare". Dicha regla no existe en el Código francés.

Con referencia a la "acción de nulidad o rescisión en los contratos", el Código de Napoleón tiene diez artículos, en los cuales se hace amplia referencia a las obligaciones de los menores (arts. 1304 a 1314). En cambio, los de Santa Cruz y Carrillo sólo tienen tres artículos (arts. 900, 901 y 902). En el Código francés y en el boliviano, el plazo para demandar la nulidad es de diez años. En cambio, en el caso del Código General, esa acción puede ejercerse sólo por dos años.

El artículo 1333 del Código francés se refiere a las "tarjas" o tarjetas, que pueden servir para demostrar las entregas que hacen o reciben al por menor". Dicha institución que parece recordar las libretas de crédito de las pulperías costarricenses, no aparece mencionada en el Código boliviano ni en el costarricense.

El Título V de este libro, se refiere, en Código de Napoleón, a "De las Capitulaciones Matrimoniales y de los Deberes de los respectivos esposos". En cambio el título del Código de Santa Cruz, copiado por Carrillo es "De la sociedad conyugal e la Dote, de las arras y de los Bienes Parafernales".

Se entra a una serie de diferencias tanto entre el Código francés y el boliviano, como en algunos casos, entre el Código de Santa Cruz y el de Carrillo. El Código de Napoleón (arts. 1387 a 1580) parte de la prelación de las capitulaciones matrimoniales, de la inderogabilidad de los derechos que resultan de la autoridad marital del marido (art. 1388), se enfatiza la prohibición de que las convenciones se celebren con base en costumbres, usos o estatutos locales (art. 1390). Se admite la comunidad de bienes, que es regulada por los artículos 1400 a 1581. La regla básica del régimen de bienes en el matrimonio es el artículo 1421, que dispone: "El marido es el

único administrador de los bienes de la comunidad. “Podrá venderlos, enajenarlos e hipotecarlos, sin el concurso de la mujer”.

Dicho tratamiento se reduce considerablemente en los códigos boliviano y costarricense. El régimen de capitulaciones ni siquiera es mencionado. Se parte de la sociedad legal que se estipula en el artículo 970: “El matrimonio produce entre los cónyuges una sociedad legal, por la que se hacen entre los dos, partibles todos los bienes ganados durante su unión, aunque sus capitales traídos sean desiguales o aunque uno llevase capital y el otro no”. Después de definir los bienes gananciales como “los que cualquiera de los cónyuges adquiere con su trabajo, industria, oficio o profesión, las rentas y frutos percibidos y pendientes de los que cada uno trajo al matrimonio, y de los que durante él le vinieren por herencia, legado, donación o cualquier otro título” (art. 971), se dice que el dominio sobre ellos “es común a ambos cónyuges dándole, sin embargo, al marido el solo poder de enajenación (aún sin el consentimiento de la mujer)” (art. 971).

El Código de Carrillo introduce algunas modificaciones. En el artículo 972, del texto del Código de Santa Cruz, “aún en los bienes del patrimonio de cada uno, se presumen comunes mientras no se pruebe lo contrario por un instrumento arreglado a las disposiciones del Capítulo I, Título 2, Libro I” se agrega “El aumento natural que reciban estos bienes por el tiempo, o por cualquier otra causa es común, salvo la dote inestimada, cuyos aumentos ceden en provecho de la mujer, lo mismo que el demérito que reciban sin culpa del marido”. Por aparte, al texto del artículo 973, del Código boliviano, que, como ya se dijo, estipula la libertad de enajenación por el marido, exceptúa “los del patrimonio de ésta, aunque ella consienta, si no es reponiéndolos con otros de igual valor o calidad. Se exceptúan, sin embargo, los casos figurados en el artículo 984 (que se refiere a los inmuebles constituidos en dote)”.

Al entrar al régimen de la dote, los artículos del Código de Santa Cruz y el de Carrillo tienen como base las disposiciones del Código francés, aunque no haya en ellos una transcripción literal, sino adaptaciones, similitudes y algunas disposiciones transcritas literalmente.

En el régimen de la venta, al artículo del Código de Napoleón (1593), que se transforma en el 1012 de Santa Cruz estipula que los gastos de la escritura y otros accesorios de la venta son a cargo del comprador, mientras el Código de Carrillo agrega un concepto particular: “la alcabala se arreglará al reglamento de hacienda”.

La acción por vicios redhibitorios, en el Código de Napoleón, “debe intentarse por el adquirente en un plazo breve, según naturaleza de los vicios redhibitorios y la costumbre del lugar en que se haya hecho la venta” (artículo 1648). Esta fórmula imprecisa es sustituida en el Código de Santa

Cruz por un término fijo de seis meses (artículo 1062) que es copiada hasta en el número por el de Carrillo.

El Código francés estipula que la venta puede rescindirse “por retroventa y por la insignificancia del precio” (art. 1658), fórmula que es sustituida en el de Santa Cruz “por el pacto de retroventa, por la lesión enorme y por el derecho de retracto que se tratará en título separado”.

La facultad de rescate en virtud del pacto de retroventa, según el Código francés, no puede estipularse por más de cinco años (art. 1660), término que es mantenido por el Código de Santa Cruz (art. 1072), pero que se reduce en el Código de Carrillo a dos años.

En la rescisión de la venta por causa de lesión el Código de Napoleón dispone que ella cabe “si el vendedor hubiere sido lesionado en más de las siete duodécimas partes del precio” (art. 1674), regla que se reduce a “la mitad del precio”, en Santa Cruz y Carrillo (1085).

El capítulo VIII del Título sobre la venta, del Código francés se refiere a cesión de créditos (arts. 1689-1701) es sustituido por el Título VII, dedicado al retracto o tanteo (arts. 1095 a 1121).

En el caso de la acción *quanti minoris* aparece un claro defecto de traducción. El artículo 1618 del Código francés dice: “Si por el contrario, en el caso del artículo precedente se encontrare mayor cabida que la que se haya expresado en el contrato, tendrá entonces derecho el adquirente a dar un suplemento de precio o a desechar el contrato, bajo el supuesto de que este exceso, pase de la vigésima parte del continente declarado”. Al verter dicha regla al español, los legisladores bolivianos cometieron un error garrafal, ya que, en el artículo 1036, pusieron “Si la medida es mayor que la expresada en el contrato, el comprador tiene la elección o de aumentar el precio o de desistirse de contrato, si el exceso es veinte veces mayor que la medida expresada”. En una forma más inteligente, en el artículo con el mismo número de Carrillo varió el final para poner “si el exceso es dos veces mayor que la medida expresada”.

Algo parecido se da en el plazo en que puede convenirse en la retroventa. El Código francés prescribe que “no puede estipularse por un término que pase de cinco años” (art. 1660), cosa que se repite en el boliviano. Carrillo en el artículo 1072, reduce dicho plazo a dos años.

Hay, en algunos de los contratos, series completas de artículos que no fueron incluidos. Los artículos 1678 a 1680 sobre tasación por peritos del valor del inmueble en los casos de lesión que dé base a la acción rescisoria. Igual ocurre en los artículos 1689 a 1701 sobre la cesión de créditos los artículos 1741 a 1751, 1754, 1757, 1758, sobre arrendamientos.

En el arrendamiento de servicios, el Código General costarricense tiene cuatro artículos que no aparecen en los otros dos: el 1183 sobre la

obligación del criado a prestar su servicio con fidelidad, prontitud y esmero, y necesidad de llevar una cédula de solvencia, cuando salga de la casa de su amo; el 1184 que regula las obligaciones en que incurre el que emplea a otro sin la cédula de solvencia; el 1185 que estipula las responsabilidades del patrón que niegue el pago de salarios al sirviente, y el 1186, sobre el sirviente que abandone el trabajo sin causa justa, antes del término fijado en el contrato.

En el mismo arrendamiento, el Código de Santa Cruz incluye tres artículos (1188-1189 y 1190) sobre alquiler de bestias que el de Carrillo copia en dos (1189-1190), posiblemente para ajustar la numeración sin que hayan sido tomados del Código francés.

No fueron copiados la mayoría de los artículos sobre arrendamiento de ganados, dado que el Código francés tiene 27 artículos sobre esta materia, mientras los otros tomaron solo siete. También se omitieron los artículos 1862 a 1864 sobre los compromisos de los asociados respecto a terceros. Lo mismo ocurrió con los artículos 1909 a 1914 que establecen la figura de establecimiento de las rentas vitalicias que, tal y como ocurrió en el Libro II, se omitió también el art. 1897 que regula el préstamo en lingotes o especies.

En el artículo 1900 del Código francés se dispone que si en el préstamo no hay término, lo fija el juez. El Código de Santa Cruz, artículo 1258 dispone que si no hay término, debe entenderse un máximo de 40 días, que el Código de Carrillo, bajo el mismo número, reduce a veinte.

En el depósito, el Código boliviano tiene el artículo 1300, que dispone: "El depositario no debe restituir el depósito, cuando consiste en arma blanca o de fuego, si prudentemente cree que el depositante puede ir a cometer alguna falta o delito". El Código General costarricense la copia con ese mismo número, pero esa norma no existe en el Código de Napoleón.

El espacio dedicado al contrato de renta vitalicia, artículos 1968 a 1983, los Códigos de Santa Cruz y Carrillo lo sustituyen por disposiciones prohibitivas del establecimiento de "censos" para gravar fincas, ya sean "consignativo, reservativo o enfiteúutico", reduciendo los gravámenes creados a un 5% en las fincas urbanas y al 3% en las rurales, en los artículos 1323 a 1327.

En el artículo 1990, el Código francés permite que sean apoderados las mujeres y los menores emancipados, pero limita la posibilidad de exigirles responsabilidad. Dicha norma no pasó el Atlántico. Pero para que se vea que las limitaciones en el caso de las mujeres no respondían a diferencias sobre su papel, en el Código de Santa Cruz, artículo 1353, copiado bajo ese mismo número en el Código costarricense, se dispuso: "Cuando la mujer gestione como mandataria de su marido, ya la autorización sea pública o privada, será válido lo hecho, más si obrase sin una u otra autorización, será nulo, salvo que después lo ratifique el marido". Dicha regla no existe en el Código de Napoleón.

En la fianza, en el artículo 2032 del Código francés, al hablar de los casos en que el fiador puede exigir indemnización, aún antes de haber pagado se señala que ello procede a los diez años cuando la obligación principal no tenga término de vencimiento". En el Código de Santa Cruz, dicho término se reduce a seis años (art. 1375) y en el de Carrillo, igual artículo, a "cuatro años".

Al regular la transacción, el artículo 2045 del Código de Napoleón, en el párrafo tercero, dispone: "Las municipalidades o establecimientos públicos no podrán transigir sin expresa autorización del Jefe de Estado". Por su parte, en el artículo 1388, el Código de Santa Cruz dispone: "Sobre las diferencias que ocurran en orden a bienes de pública beneficencia o nacionales, no puede transigirse", cosa que copia nuestro Código General.

Al hablar de los "privilegios", el Código francés dispone en el artículo 2098, que "Los privilegios por razón de derechos del Tesoro Público y el orden en el cual hayan de ejercitarse, se regularán por leyes especiales".

"El Tesoro Público, no podrá sin embargo, obtener privilegios en perjuicio de los derechos anteriormente adquiridos por terceros". Dicha regla no fue copiada en los Códigos latinoamericanos.

Al hablar de la necesidad de inscripción de los privilegios e hipotecas en los artículos 2146 al 2165, el Código francés estipula que deben registrarse en el Registro de la Propiedad", y regula el trámite de inscripción por los artículos 2106 a 2113. En cambio, el Código de Santa Cruz crea un Registro de Hipotecas para cada Departamento, en el artículo 1470. Por su parte, el Código de Carrillo, se separa bastante del boliviano, puesto que crea un Oficio de Hipotecas para toda la República y se regula con cierto detalle los requisitos que debe tener el Registrador.

El trámite de inscripciones en el Código francés es igual al del Código boliviano, artículos 1470 a 1497, pero se le introducen variantes en el Carrillo, 1476 a 1504.

En el Código francés, lo que se llama, "expropiación forzosa" que es la venta judicial de bienes del deudor, artículos 2264 a 2318, no fue tomado por el legislador boliviano.

En el último título, el de la prescripción, hay una serie de diferencias, dado que el Código de Santa Cruz y por copia el de Carrillo, detallan con mayor amplitud los requisitos del justo título, posesión y buena fe (artículos 1513 o 1521: Carrillo, 1525 a 1547). En esta materia, las reglas del Código francés son menores en número y en detalle. Eso no basta para que haya dos grupos de normas en este último título, 2236 a 2241 y 2252 a 2256 que no fueron copiadas.

Sobre los plazos de prescripción, el Código de Napoleón tiene tres principales: treinta años, cuando el beneficiario de ella no haga referencia "a

su título ni pueda oponérsele la excepción que se deduce de la mala fe” (art. 2262). La prescripción es de 10 años, cuando se tiene buena fe y justo título, “si el verdadero propietario vive en el territorio de la Audiencia donde reside el inmueble” (art. 2265) y este término debe aumentarse por los años que viva fuera de esa Audiencia, sea, que pueden llegar a veinte años en total. En cambio, el Código de Santa Cruz, fija en 10 años la prescripción, cuando el propietario habita dentro del mismo distrito y 20 se reside en uno diferente (art. 1552). El de Carrillo, copia los plazos pero a los diez años es cuando el propietario reside en el Estado y los veinte cuando vive en el extranjero.

En el artículo 1554 del Código de Santa Cruz y el 1566 de Carrillo, se prohíbe la prescripción adquisitiva de bienes de iglesias o lugares sagrados, para los cuales se exigen 30 años, cosa que hubiera sido inexplicable en la Francia bonaportina.

Eso es lo que puede decirse de la comparación de los Códigos. hay diferencias importantes entre el Código de Napoleón y el de Santa Cruz. Dichas diferencias descritas con bastantes detalle, deben verse en relación al altísimo número de normas copiadas, que constituyen abrumadora mayoría.

III. BASES PARA UNA INTERPRETACION

9. *Dos tipos de importación*

A la luz del estudio realizado, el Código de Santa Cruz y el Código de Carrillo lucen como dos diferentes tipos de “ley importada”. En el caso primero, puede hablarse de adaptación; en el segundo, es mucho más correcto, referirse a copia. La comparación entre el Código de Santa Cruz y el de Napoleón demuestra la existencia de decisiones políticas que hacen abandonar el modelo en dos partes fundamentales: el régimen matrimonial y las sucesiones. Estos puntos básicos se acompañan de tareas de simplificación, al excluir gran número de artículos individuales y en conjuntos, el modificar el registro de los actos del estado civil, la amplitud dada al registro de hipotecas, a falta de un registro de la propiedad inmueble. Se trata de un esfuerzo cuidadoso, para adaptar de una manera inteligente, una legislación extranjera. Hay que tomar en cuenta que la importación se realiza desde el otro lado del Atlántico, de un país con un distinto nivel de desarrollo, que había llegado a principios del siglo XIX a ser la primera potencia de Europa y que ocupaba todavía uno de los primeros lugares entre las grandes naciones.

En cambio, al copiar el Código de Santa Cruz, don Braulio Carrillo, aceptemos que fue él personalmente, tenía un modelo más cercano a su

realidad, si bien de una mayor potencialidad económica y desarrollo cultural. Hay que tomar en cuenta que Bolivia tenía en Potosí, el centro minero de mayor riqueza del Continente, que había financiado por siglos al Imperio Español; en Chuquisaca, luego Sucre, tenía su sede la Real Audiencia para todo el Virreinato del Perú, por lo cual, tenía que haber un indudable desarrollo jurídico; fueron los juristas de ese tribunal, los que realizaron la tarea para el General Santa Cruz de adaptar la legislación francesa. Frente al esfuerzo de los Magistrados bolivianos, la tarea realizada por Carrillo es indudablemente menor, las variaciones son mínimas e incidentales; no hay ningún cambio de fondo, sino pequeñas modificaciones, de las que pueden resultar cuando con ojo atento y conocimientos, se lee una ley redactada por otros.

10. *La finalidad política*

El General Santa Cruz y don Braulio Carrillo tienen un mérito común indudable: perciben la conveniencia de la codificación y la dotan de voluntad política para transformarla en realidad. Ciertamente que no fueron los primeros. En Francia, años antes de Napoleón se había preparado un proyecto de Código Civil que fue presentado a la Convención en 1789.⁽¹⁹⁾ Ya he mencionado el Decreto de Bolívar del 31 de enero de 1829 para instalar una Comisión Redactora de Códigos, después de que por nota de 13 de mayo de 1825 había ordenado poner en vigencia el Código de Napoleón.⁽²⁰⁾ En Costa Rica, años antes de Carrillo, Agustín Gutiérrez Lizaurzábal, había escrito sobre la necesidad de una codificación.

“La falta de Códigos que reglamenten los deberes y derechos del hombre nos obliga a regirnos por leyes mendigadas de otras naciones, las que, por su antigüedad, por el espíritu del Gobierno que las formó, y por su confusión, de ningún modo son adaptables. A fuerza de glosarlas e interpretarlas, un sin número de juristas, las han desfigurado de tal modo que, dejan sobrado campo para oprimir al ignorante y favorecer al culpado. Las diferentes opiniones de estos glosadores pueden formar, en un solo caso, leyes opuestas, como lo son sus doctrinas... Tenemos a la mano diferentes Códigos y, principalmente el de los Estados Unidos Norteamericanos, que con muy ligeras variaciones, nos serían adaptables y gozaríamos los frutos del trabajo y sabiduría de otras naciones, sin costarnos el estudio y afán de

(19) Durant, Will y Ariel: *The Age of Napoleon. A History of Civilization from 1787 to 1815*. (Shimon Schuster, New York, 1975) p. 159-196.

(20) *Supra*, aparte 4, párrafos 5 y 6.

sus autores de lo contrario, la confusión misteriosa de las actuales, lejos de producir la moralidad, la justicia y seguridad, aumentará la desconfianza y el desorden. La ilustración y la humanidad demandan, como de primera necesidad la formación de Códigos Civil y Criminal, y la joven Costa Rica sólo sabrá apreciar aquellos genios que emprenden trabajos semejantes a éste... ¿Podremos sufrir por más tiempo el estado vacilante en que nos ponen las vetustas Leyes Españolas, aplicadas por una magistratura que tanto repugna a la ilustración del día? La joven Costa Rica sufrirá se le vista con el ropaje del siglo XVI. Es necesario, repito, la formación de Códigos Civil y Criminal, y semejante ocupación es la más noble y provechosa en que puede emplearse nuestra Asamblea, a la que puedo acordarle las remarcables expresiones de un sabio escritor: *Los reformadores son más estimables a los pueblos que los Legisladores*".⁽²¹⁾

Sin embargo, en ninguno de los tres casos, la aprobación de un Código hubiera sido posible sin contar con el respaldo de una clara y firme voluntad política, de un gobernante dispuesto a materializar la idea. Darle al proceso de codificación el sustento de su prestigio, fue la importancia de la tarea realizada por Napoleón Bonaparte, quien comprendió el papel que podrían jugar un grupo de códigos para hacer racionalizar la legislación y realidad un Estado moderno.⁽²²⁾ En una situación diferente, el General Santa Cruz tenía un propósito muy similar a Bonaparte: crear un nuevo Estado: reconstruir el Virreinato del Perú, por lo menos en dos de sus unidades básicas, Perú y Bolivia, para lo cual, seguir los pasos de Bonaparte, debía resultarle aleccionador. Nótese que no sólo se prepara y promulga un conjunto de Códigos, con base en el esfuerzo que se había cumplido en Francia bajo Bonaparte, sino que se pone empeño en seguir su ejemplo, participando o haciendo que se hable de su participación en la tarea de formulación del Código, que éste se le dedique a su esposa y que se adopte para referirse al Código Civil y a los otros Código, la expresión de "Códigos de Santa Cruz", como los otros fueron "Códigos Napoleón".

Con radical diferencia de escala, Braulio Carrillo, consciente como tenía que haber estado de la falta de viabilidad de la Federación

(21) "Revista política de Costa Rica en el año 1834". *Noticioso Universal*, Alajuela, sábado 16 de agosto de 1834. Edición publicada por la Academia de Geografía e Historia de Costa Rica, auspiciada por Xerox de Costa Rica, San José, 1987, p. 1028 a 1030. Debo su conocimiento a Federico Gutiérrez Góngora.

(22) He hecho ese análisis en "Derecho Privado y Modernización. El Esfuerzo Latinoamericano". Ponencia para el Seminario de Conmemoración del centenario del Código Civil de Puerto Rico. Por publicarse.

Centroamericana, enfrente el mismo problema: crear el Estado costarricense. A las luchas centroamericanas se unían las pugnas locales por la capitalidad. Respecto a las primeras, Carrillo juega un papel separatista. En las segundas, su tarea es la de unificador. En unas y otras plantea su personalidad de líder vigoroso, autoritario, dispuesto a dirigir los destinos del país por la dirección que juzgue correcta. Del Código General puede decirse que su único aporte de importancia es el de verlo como una unidad, no como un conjunto de códigos. Su sincretismo, un solo cuerpo legal compuesto de distintas regulaciones especiales no deja de tener antecedentes o similitudes en el pensamiento europeo. Por ejemplo, Thibaut, en su famoso escrito "Sobre la Necesidad de un Derecho Civil General para Alemania", que dio origen a la famosa discusión con Federico Carlos de Savigny, sobre la codificación en Alemania, dice que "Entenderé siempre el Derecho Civil formado por el Derecho Privado, el Penal, así como el Procesal".⁽²³⁾ Por muy difícil que pueda considerarse que Carrillo pudiera haber conocido ese criterio, lo cierto es que la coincidencia de tesis es sorprendente e iluminadora de que su visión no pueda considerarse errada sino como representativa de un criterio unificador de las piezas básicas de la legislación, aún más radical que el de los juristas franceses.

En todo caso, los tres ejemplos de la presente comparación, son expresión muy clara de la función política de los códigos civiles, sobre la cual no se ha puesto la necesaria atención: se busca con ellos darle una ordenación a los aspectos básicos de la organización estatal. El Estado regula no su acción propia sino la de la sociedad en la cual, la actividad estatal juega un papel complementario, al crear instituciones como los registros de los actos del estado civil y del crédito público. La comunidad de propósitos y situaciones entre Bonaparte, Santa Cruz y Carrillo, es demasiado significativa y coincidente, para que pueda ser ignorada. Si estudiamos otros ejemplos del proceso de codificación, dicha tesis se confirma.

11. *Las justificaciones usuales*

Desde luego, no fue esa la justificación dada para el esfuerzo de codificación. Las argumentaciones, tanto francesas como latinoamericanas, estuvieron dotadas de un fuerte aroma racionalista, al hablar de la necesidad

(23) Thibaut y Savigny: *La Codificación*. Una controversia programática basada en sus obras: "Sobre la Necesidad de un Derecho Civil General para Alemania" y "De la Vocación de Nuestra Epoca para la Legislación y la Ciencia del Derecho" (Aguilar, Madrid, 1970), p. 11.

de racionalizar la diversidad de costumbres, simplificar la legislación para hacerla más accesible a los ciudadanos, y en el caso latinoamericano, liberarse de la multiplicidad y enredo de los ordenamientos jurídicos españoles.

En el caso boliviano, puede citarse la nota enviada por el Ministro del Interior Enrique Calvo al Presidente de la Corte Suprema, en que le pide se integre la Comisión que redacte el Código Civil, donde dice: "Cinco años cuenta Bolivia de existencia política figurando como Estado soberano e independiente entre los demás de América del Sur; pero aún no tiene ni se ha pensado en darle un Código propio, que arregle su administración de justicia en lo civil: colonia de España antes de su emancipación venturosa, aún no puede decir que lo es en el ramo judicial pues que la rigen aún sus leyes. Es demás, recordar a V. G. el párrafo que hay de ellas, la multiplicidad de sus códigos, la pugna de unos con otros, la repetición de unas mismas disposiciones, la antilogía que algunas leyes ofrecen en su propia redacción, y hasta lo pesado de éste, y su desusado lenguaje. De esos notorios vicios de nuestra legislación heredada; nacen los infinitos pleitos que arruinan los ciudadanos, turba la paz de las familias y resuelven permanentemente el foro boliviano. De ellas mismas proceden las injusticias voluntarias o involuntarias de los magistrados; y que la responsabilidad a que están sujetas no siempre se puede imponer y no se imponga saludablemente".⁽²⁴⁾

En la proclama que precede a la adopción de los códigos por el Estado nor-peruano, dice Santa Cruz: "...quedaba en vuestra regeneración un inmenso vacío: a saber, la legislación civil y penal a que están sometidas vuestras propiedades, vuestras vidas y todas las garantías que poseéis como ciudadanos, y todas las relaciones que os atan con los individuos de la sociedad de que haceis parte; aglomeración discorde de elementos que pugnan entre sí, por el espíritu de los diversos tiempos en que nacieron, de las circunstancias que las provocaron y de las diferentes organizaciones políticas en que tuvieron su origen; masa confusa de disposiciones inconexas en que se encuadran violentamente la sabiduría de los romanos con los errores de la Edad Media, los fallos del Derecho Canónico, con las medidas transitorias de una administración efímera imitaciones mal acomodadas de los Códigos extranjeros con las rutinas enmohecidas de los juzgados peninsulares leyes en fin, emanadas en diferentes épocas de todas las combinaciones que pueden experimentar los cuerpos políticos y que la necesidad os obligaba a introducir con violencia y acomodar a las nuevas necesidades que experimentáis".⁽²⁵⁾

(24) *Op. cit. Supra* nota 17, proclama inicial, p. iv.

(25) *Op. cit. Supra* nota 18, p. 1-2.

Por su parte, en los Considerandos del Decreto de Promulgación del Código General, dice Carrillo:

“Considerando 1.—Que la legislación del Estado se compone de una multitud de disposiciones basadas sobre principios contradictorios, por el espíritu de los diversos tiempos en que nacieron, de las circunstancias que las provocaron, y de las diferentes organizaciones políticas en que tuvieron su origen;

Considerando 2.—Que a la incoherencia que resulta de esta masa informe y heterogénea, se agrega la confusión introducida por una multitud de escritores, que han pretendido extender los efectos de la ley después de muchos siglos se existir ésta, o más allá del tiempo para el cual fuera conveniente;

Considerando 3.—Que esa confusión de ha aumentado tanto desde la época de la independencia del Estado, con las repetidas leyes de circunstancias y reglamentos incompletos, que no basta ningún estudio ni la mejor disposición para salir del caos en que han quedado sumergidos todos los actos de la vida humana;

Considerando 4.—Que la propiedad, el honor y la vida de los costarricenses, sus garantías como ciudadanos, y sus relaciones sociales no pueden por más tiempo sufrir el peso enorme de unos Códigos en que violentan la sabiduría de los romanos, los errores de la Edad Media, los fallos canónicos y las rutinas envejecidas de los Juzgados ultramarinos;

Considerando 5.—Que por lo mismo, desean la expurgación de unos elementos que pugnan entre sí, tanto en la materia civil, como en la penal y de procedimientos, para que la administración de justicia sea pronta y cumplida;

Considerando 6.—Que este es el termómetro que da a conocer el grado de civilización de un país, que señala sus mejoras, y que lo hace apreciable del mundo culto”.⁽²⁶⁾

Como puede verse, en la justificación de Carrillo hay algunos puntos de la proclama hecha por Santa Cruz a los nor-peruanos pero algunas afirmaciones cambiadas.

Hay pues, en el discurso justificativo, una tesis básica: la legislación racional, producto de la actividad intelectual del jurista, es buena; en cambio la regulación jurídica producto de los usos y costumbres, dotada de positividad como producto de la experiencia, es mala. Debe ser sustituida por la primera.

(26) “Derecho Privado y Modernización”, *op. cit.*, nota *supra* 3.

Dicha tesis es aceptada en forma indiscutida por todos los partidarios de la codificación, tanto europeos como latinoamericanos. Ella representa una de las bases de acentuación de la diferencia del sistema continental europeo del anglo-sajón, que sostiene la tesis radicalmente opuesta. Aún, dentro del sistema europeo, la figura de Juan Carlos de Savigny, y de la Escuela Histórica Alemana, contradicen el racionalismo y logran, por un amplio período, detener la idea de la codificación en Alemania, hasta que, Bismarck logra la unificación de los principados alemanes alrededor de Prusia, y se promulga el Código Civil alemán en 1893.

En el caso de Bolivia y Costa Rica, como en casi todos los códigos posteriores latinoamericanos, la afirmación racionalista, se colorea además de un sentido de racionalismo, al señalar la necesidad de un Código nacional, como medio de lograr la independencia de las seculares, diversas y contradictorias leyes españolas. Ello implica una serie de paradojas: en primer término, como queda claro de la comparación que hemos llevado a cabo, el pretendido esfuerzo nacionalista de promulgar códigos nacionales, se reduce a la importación de modelos franceses, que se consideran de mayor nivel técnico que las leyes españolas. En el caso boliviano, y en su derivado costarricense, no hay ninguna liberación sino un cambio de modelo. Habrá que esperar a la tarea de don Andrés Bello, para que produzca un Código Civil latinoamericano, que, por algo constituye el ejemplo de mayor seguimiento en la región.⁽²⁷⁾

Por otra parte, el argumento de necesidad, tendría verdadero valor, si, fuera cierto que en los Reinos de Indias, se hubiera aplicado la legislación española en su profusión, variedad y contradicciones. En verdad, lo cierto es que, como sostiene Rogelio Pérez Perdomo, en los tribunales y ejercicio profesional de los tribunales coloniales, lo que se utilizaba eran compendios preparados por abogados de las normas pertinentes a los casos de mayor frecuencia.⁽²⁸⁾ En Costa Rica, ya en la época republicana el primer libro impreso en el país, es un *Prontuario de legislación*, publicado en 1833, bajo la autoría de "Un abogado centroamericano", que no es otro, que Agustín Gutiérrez Lizaurzábal, el mismo que escribiera sobre la necesidad de la codificación, al año siguiente.⁽²⁹⁾ En Bolivia, en 1872, don José Gutiérrez había publicado un *Prontuario de los juicios, su orden, substanciación e incidencias*,

(27) "Derecho Privado y Modernización", *op. cit.*, nota *supra* 3.

(28) Perdomo, Rogelio: "Ensayo de Periodización..." *op. cit.*, *supra* p. 4.

(29) *Prontuario de Derecho Práctico por orden alfabético*. Un abogado centroamericano. (Agustín Gutiérrez Lizaurzábal), 1834.

que tuvo tanto éxito, que fue reimpresso en 1830 en Chuquisaca, Bolivia; en 1818, en Lima y en 1852, en Santiago de Chile, en los momentos en que se transformaba en ley, en Código de Bello.⁽³⁰⁾

Contrastado con dichos documentos de orden práctico, el esfuerzo racionalizador de los códigos queda aún en mayor evidencia, como esfuerzo de importación de ley extranjera, a fin de seguir modas europeas.

12. *La estabilidad*

Desde luego, lo que más impresiona de los códigos civiles, es su estabilidad. Aún con modificaciones sustanciales y reducción del ámbito que cubre su regulación, son cuerpos legales que se caracterizan por sus largos períodos de vigencia. De los tres estudiados acá, el Código General de Carrillo es el que dura menos, pero el período de su vigencia, "corto", en cuanto a códigos civiles se refiere, es de cuarenta y siete años, casi medio siglo.

La explicación de ese fenómeno es diversa, se ha señalado que parte de la materia regulada en ellos se origina en el Derecho romano y en consecuencia, representa una destilación de siglos. Se argumenta, por otro lado, que los códigos fueron inicialmente derecho simplemente técnico, conocido y aplicado por los abogados pero sin ninguna relación con los segmentos más numerosos de la población y con la práctica efectiva del derecho. Finalmente, se indica, que el proceso de "descodificación", característico del siglo XX ha dejado a los códigos civiles convertidos en cascarones de muy poca relevancia, cuyo valor jurídico es apenas místico.

Todo ello ha sido objeto de discusión en otro artículo mío, al cual, el presente es una secuela que obligará a revisarlo. El fenómeno de la persistencia tiene, sin embargo, un aspecto que debe resaltarse. Los proyectos políticos de Napoleón Bonaparte, de Andrés Santa Cruz y Braulio Carrillo, hace tiempo pueden tenerse por superados y olvidados. Pero el nombre de los tres mantiene una importancia especial en el campo del pensamiento jurídico, por haber promulgado los códigos que, llevando su nombre, jugaron un importante papel en la historia de las instituciones jurídicas en sus respectivos países.

San Pedro, setiembre 1990.

(30) *Prontuario de los Juicios, su Orden, susbtenciación e incidencias.* Escrito el año de 1872 por el Dr. José Gutiérrez, Abogado de Antigua R. A. de esta capital y de los Reales Consejos del Rey de España. Reimpresso en la Imprenta fabricado en Chuquesalquanol. 1830. Hay edición del ilustre Colegio de Abogados de Lima, 1818 de Santiago de Chile, 1832 y 1846.

“E PUR SI MUOVE”

—A propósito de una sentencia judicial—

Dr. Carlos M. Gómez Rodas
Profesor de la Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

SUMARIO

- I. Introducción
- II. Análisis de la sentencia
- III. Epílogo

I. INTRODUCCION

La promulgación del Código de Comercio de 1964, y la fuerte influencia que en dicha legislación ejerce en materia cambiaria la Ley Uniforme de Ginebra de 7 de junio de 1930, viene a variar bruscamente ciertos aspectos de la regulación positiva que en materia de vencimientos (para citar solamente aquello que a este trabajo interesa) regía en el Derecho Mercantil costarricense en relación con la letra de cambio y el pagaré.

En efecto, la legislación cambiaria anterior a la vigencia del actual Código, permitía con referencia a los vencimientos de la letra de cambio y del pagaré, la modalidad de los vencimientos sucesivos, es decir, la ley expresamente autorizaba la emisión de una letra de cambio o de un pagaré sujetos, ya no a un solo vencimiento, sino que a varios, amparándose tales plazos o términos a un único documento.

Así, la Ley de Cambio de 25 de noviembre de 1902 estipulaba en su artículo 10 lo siguiente:

“La exigencia legal de que la suma pagadera en virtud de una letra de cambio debe ser cierta no obsta a que se exprese que ha de satisfacerse con intereses; o por tractos sucesivos, con o sin la condición de que por falta de pago en uno de los plazos se tenga por vencida toda ella; o a que se exprese que debe pagarse conforme a determinado tipo de cambio o de acuerdo con un tipo de cambio determinable, según lo que indique la letra.

Cuando se diga que ha de pagarse el valor de la letra con intereses, debe expresarse la fecha desde que corren. Si no se dijere, desde la presentación al librado”.

La redacción del artículo anteriormente transcrito, no deja lugar a dudas en cuanto a la posibilidad de aplicar a la letra de cambio el vencimiento sucesivo. En tal sentido, el artículo es claro y contundente. Ahora bien, en relación con el pagaré, esa modalidad de vencimiento le era igualmente aplicable, pues la Ley de Cambio, contenía la clásica remisión a las regulaciones de la letra; remisión que, dicho sea de paso, constituye principio constante en todas las legislaciones, debido creemos, al mayor desarrollo e importancia que adquirió la letra de cambio. El artículo 181, acogía tal envío en la forma siguiente:

“Artículo 181: A más de las anteriores disposiciones, estarán sujetos los vales o pagarés a las que rigen la letras de cambio, con las necesarias modificaciones. Pero no se aplicarán a los vales las disposiciones de las letras, referentes a la presentación para que sean aceptadas, a la aceptación, a la aceptación por intervención a la expedición de varios ejemplares y a las exigencias del protesto”.

De las anteriores premisas no puede derivarse otra conclusión que la evidente posibilidad en la anterior legislación cambiaria costarricense, de emitir títulos cambiarios (letras o pagarés) sujetos a varios plazos, o sea, a vencimientos sucesivos. Pero, si evidente era dicha posibilidad en la vieja Ley de Cambio, no menos obvio viene a ser el fenómeno contrario en el Código de Comercio de 1964. Este, fuertemente influenciado por la Ley Uniforme de Ginebra de 1930, altera, como se afirmó precedentemente, la regulación positiva referente a la admisibilidad de vencimientos sucesivos en los títulos cambiarios. Basta una rápida lectura de los artículos vigentes en la materia, para que pueda el interesado percatarse de la existencia de una normativa claramente opuesta a los lineamientos de la anterior regulación cambiaria.

Dos hechos resaltan incontrastablemente en la normativa vigente: la influencia de la ley ginebrina y la consiguiente imposibilidad de sujetar la letra de cambio a tratos sucesivos. Y, para respaldo de lo anterior, que sea la letra misma de la ley y la que se pronuncie:

Artículo 758, Código de Comercio de Costa Rica, 24 de abril de 1964.

Artículo 33, Ley Uniforme de Ginebra de 7 de junio de 1930.

“La letra de cambio podrá librarse:

- a) A la vista;
- b) A plazo cierto desde la vista;
- c) A plazo cierto desde su fecha;
- d) A fecha fija.

“La letra de cambio podrá librarse a la vista. A cierto plazo desde la vista. A cierto plazo desde su fecha. A fecha fija.

Las letras de cambio que indiquen otros vencimientos o vencimientos sucesivos serán nulas”.⁽²⁾

Las letras de cambio que indiquen otros vencimientos o vencimientos sucesivos serán nulas”.⁽¹⁾

(1) “El subrayado es nuestro.

(2) No subrayado en el original.

La frase, "las letras de cambio que indiquen otros vencimientos o vencimientos sucesivos serán nulas", que con idéntica redacción aparece tanto en la Ley de Ginebra, como en el Código de Comercio, no permite duda alguna sobre la imposibilidad de librar letras a tratos sucesivos. Tenemos entonces, la primera contradicción con el artículo décimo de la Ley de Cambio, que como se ha visto, autorizaba los vencimientos sucesivos en la cambial.

La situación es similar cuando examinamos la regulación del pagaré en el Código de Comercio, pues encontramos igualmente los dos hechos sobresalientes sobre los cuales habíamos llamado la atención al hablar sobre la letra de cambio, el apego a la Ley Uniforme de Ginebra, y la imposibilidad de emitir pagarés no sujetos a plazo único. Que sea la ley entonces la que corrobore la certeza de lo dicho:

Artículo 802: Serán aplicables al pagaré, mientras ello no sea incompatible con la naturaleza de este título, las disposiciones relativas a la letra de cambio y referentes:

- a) Al endoso;
- b) Al vencimiento;
- c) Al pago;
- d) A las acciones por falta de pago;
- e) Al pago por intervención;
- f) A las alteraciones;
- g) A la prescripción; y
- h) A los días festivos, cómputo de los plazos y prohibición de los días de gracia.

Serán igualmente aplicables al pagaré las disposiciones relativas a la letra de cambio pagadera en casa de cambio pagadera en casa de un tercero, o en localidad distinta a la del domicilio del librado a la estipulación de intereses, a las diferencias de enunciación relativas a la cantidad pagadera, a las consecuencias de la firma puesta en las condicio-

Artículo 77: Serán aplicables al pagaré, mientras ello no sea incompatible con la naturaleza de este título, las disposiciones relativas a la letra de cambio y referentes:

- Al endoso (Artículos 2 a 20);
 - Al vencimiento (Artículos 33 a 37);
 - Al pago (Artículos 38 a 42);
 - A las acciones por falta de pago (Artículos 43 a 50 y 52 a 54);
 - Al pago por intervención (Artículos 55 y 59 a 63);
 - A las copias (Artículos 67 y 68);
 - A las alteraciones (Artículo 69);
 - A la prescripción (Artículos 70 y 71);
 - A los días festivos, al cómputo de los plazos y a la prohibición de los días de gracia (Arts. 71 a 74);
- Serán igualmente aplicables al pagaré las disposiciones relativas a la letra de cambio pagadera en casa de un tercero o en localidad distinta a la del domicilio del librado (Artículos 4 y 27); a la estipulación de intereses (Artículo 5); a las diferen-

nes mencionadas en el artículo 734, a las de la firma de una persona que actúa sin poderes o rebasando sus poderes, a la letra de cambio en blanco.

Serán igualmente aplicables al pagaré las disposiciones relativas al aval. En el caso previsto en el artículo 756, si el aval no indicare a favor de quién se ha dado, se entenderá que lo ha sido a favor del firmante del pagaré.

No son aplicables a los pagarés las disposiciones de las letras de cambio referente a la presentación, para que sean aceptadas, a la aceptación, a la aceptación por intervención y a las exigencias del protesto.

cias de enunciación relativas a la cantidad pagadera (Artículo 6); a las consecuencias de la firma puesta en las condiciones mencionadas en el artículo 7; a las de la firma de una persona que actúe sin poderes o rebasando sus poderes (Artículo 8); a la letra de cambio en blanco (Artículo 10).

Serán igualmente aplicables al pagaré las disposiciones relativas al aval (Artículo 30 a 32).

En el caso previsto en el artículo 31, párrafo último, si el aval no indicare a favor de quién se ha dado se entenderá que lo ha sido a favor del firmante del pagaré”.

Los artículos precitados, establecen una casi íntegra remisión de la normativa del pagaré a las regulaciones de la letra. Esta práctica, consagrada en el derecho cambiario, parece sustentarse, como ya se dijo, en el mayor desarrollo e importancia que adquirió la letra, a pesar de haberse derivado la misma del pagaré.⁽³⁾

Resulta claro entonces, que el artículo 802 que pertenece a las regulaciones del pagaré, remite en su inciso b), correspondiente al vencimiento al artículo 758 que regula lo referente a la misma materia en la letra de cambio. Lógica consecuencia de esta remisión o envío, es la aplicación al pagaré de las disposiciones que norman los vencimientos de la letra de cambio. Y aún cuando se roce con la perogrullada, no podemos dejar de afirmar que como corolario de lo anterior, se tiene que aplicar igualmente al pagaré la frase final del artículo 758 que sanciona con nulidad a aquellos documentos emitidos con pluralidad de vencimientos.

De lo anterior se colige prístinamente la nulidad del pagaré sujeto a tractos en la legislación mercantil vigente, y ello, contradice diametralmente

(3) Ver Gómez Rodas Carlos y Gutiérrez Cerdas Alfonso, *El pagaré sujeto a tractos sucesivos y su nulidad en el Derecho Positivo Costarricense*. Revista de Ciencias Jurídicas N° 60, p. 100 y nota 40, San José, Costa Rica, mayo-agosto, 1988.

lo estatuido en el artículo 181 de la Ley de Cambio, que como se vio, permite la pluralidad de vencimientos en el pagaré. Sin embargo, al promulgarse el actual Código, esta situación no fue advertida por la práctica, debido quizás a lo arraigado del uso y se continúa aún hoy día, a emitirse pagarés a tractos sucesivos. Curiosamente la práctica se corrige en la letra de cambio, pero con respecto al pagaré, se omite la aplicación del inciso b), del artículo 802, que pareciera no haber jamás existido.

Inconveniente es esta práctica violatoria de la ley, pero más preocupante aún, es el intento de algunos fallos judiciales de legitimar tal situación. En vista de ello, hemos creído conveniente reafirmar posturas y aclarar conceptos del derecho cambiario que no deben ni pueden ser ignorados.

II. ANALISIS DE LA SENTENCIA

La sentencia del Tribunal Superior Primero Civil de San José, número 1143-L de las 7 horas treinta y cinco minutos del 18 de julio de 1989, en su Considerando V —que es el que verdaderamente nos interesa— refuta la tesis planteada de la nulidad del pagaré a vencimiento plúrimo y esboza conceptos que nos parece interesante comentar, en aras obviamente de la ciencia jurídica costarricense, pues ajeno es para nosotros el litigio sobre el cual versa la sentencia aludida.

Dice así el Considerando V, que motiva nuestro interés: “V. La tesis esbozada en el sentido de que en los pagarés no son posibles los vencimientos sucesivos, no resiste un análisis profundo, porque la disposición contenida en el inciso b) del artículo 802 del Código de Comercio será aplicable siempre y cuando las reglas del vencimiento en cuanto a la letra de cambio no sean incompatibles con la naturaleza del pagaré. De allí que los vencimientos sucesivos, o más claramente dicho, el pagaré pagadero en tractos, resulta en cuanto al vencimiento contradictorio con lo dicho en la norma legal citada porque si las partes contrataron en esa forma, no hay perjuicio alguno ni para las partes ni para la naturaleza del pagaré, puesto que de acuerdo con el numeral 411 párrafo 1° del Código de Comercio prevalece la voluntad de las partes en cuanto a la forma que quisieren obligarse, y en consecuencia, de no pagarse uno de esos tractos, será de aplicación el artículo 420 *ibidem*. En otras palabras, lo dicho en cuanto a vencimiento en el pagaré, y que remite a la letra de cambio, artículo 802 inciso b) antes citado, es incompatible con la naturaleza del pagaré. Es indudable que de no cumplirse con uno de esos tractos y hacerse exigible la obligación en su totalidad, en el fondo habría en ese supuesto, un solo plazo para el pago, al igual que en la letra de cambio”.

Preñado de conceptos y de deducciones legales se encuentra el ya citado Considerando V y he aquí entonces nuestro primer problema, pues tal característica nos presenta la dificultad de tener que decidir por cuál de estos o de estas, debemos comenzar.

Pero a pesar de este intríngulis jurídico, por el principio debe empezarse y este comienzo no puede ser otro que examinar la naturaleza jurídica del pagaré y la compatibilidad o incompatibilidad de éste con las normas que regulen los vencimientos en la letra de cambio.

El análisis de la naturaleza jurídica del pagaré nos lo impone la redacción del artículo 802 del Código de Comercio al estipular la aplicabilidad al pagaré de las disposiciones de la letra de cambio, mientras no contraríen la naturaleza de éste.

La letra de cambio y el pagaré son dos títulos que gozan entre sí de una estrecha afinidad, pues ambos son títulos valores a la orden, de naturaleza cambiaria, y de origen histórico común.⁽⁴⁾ Similitud sólo quebrantada por ser la letra de cambio un mandato de pago y por ser el pagaré, como su nombre lo indica, una promesa de pago. Ahora bien, de esta única y substancial diferencia —si se prescinde de los aspectos formales— se originan todas aquellas instituciones de la letra de cambio que son incompatibles con la naturaleza jurídica del pagaré.

Por ser la letra una orden de pago, supone necesariamente un sujeto hacia el cual dirigirla, el girado o librado, y si consideramos al girador y al beneficiario o tenedor, resulta que son tres los sujetos que participan de esa relación cambiaria. Pero además, tal mandato impone del librado una manifestación de voluntad que demuestre su aquiescencia de entrar en el ámbito cambiario y tal intención se expresa mediante una institución muy particular de la letra de cambio: la aceptación.⁽⁵⁾

(4) Ver Gómez Rodas y Gutiérrez Cerdas, *op. cit.*, p. 88 y sigs.

(5) "L'incompatibilità deve dipendere dalla differenza essenziale che passa tra la cambiale e il vaglio cambiario, in quanto la prima contiene una promessa di far pagare, e il secondo una promessa di pagare, e conseguentemente l'emissione della prima dà vita a rapporti che fanno capo a tre persone, traente, prenditore e trattario, mentre la emissione del secondo dà vita ad un rapporto fra due sole persone: emittente e prenditore; (...) Esclusa questa fondamentale differenza, tanto la cambiale, quanto il vaglia cambiario sono due titoli all'ordine, della stessa efficacia sostanziale e processuale, e le obbligazioni che sorgono sull'uno e sull'altra hanno le stesse caratteristiche". Angeloni, Vittorio, *La Cambiale e il Vaglia Cambiario*, Giuffrè Editore, Milano, 1964, pp. 646-647. "Bien contadas son, así en lo económico como en lo jurídico, las diferencias que separan el pagaré de la letra de cambio. Ambos ostentan en el mismo grado y con virtud idéntica los atributos de la

En la aceptación, sus efectos y consecuencias, así como en sus distintas expresiones, encontramos las instituciones de la cambial que contrarían la naturaleza del pagaré, amén de la existencia del librado que viene igualmente impuesta por la necesidad de un sujeto receptor del mandato de pago. Otra consecuencia importante que proviene también de esta diferencia entre la letra y el pagaré, se concreta en la acción de regreso contra el girador quien ha emitido la orden y en la acción directa contra el prometiende que ha formulado la promesa, cuando la obligación no ha sido honrada.

El pagaré es una promesa de pago, en el cual se plasma, la obligación de un sujeto de retribuirle a otro una determinada cantidad de dinero. Obviamente por ser una promesa de pago, el pagaré requiere de la participación de solo dos sujetos, quien gira o girador y el tenedor o beneficiario. Sobre por lo tanto en el pagaré, la institución de la aceptación, pues no existiendo mandato de pago, menos existirá sujeto a quien dirigírselo y mucho menos habrá evidentemente, declaración alguna de voluntad de quien, no existiendo, no podrá expresarla.

Ha quedado establecido con toda claridad, que las instituciones de la letra de cambio que vulneran la naturaleza jurídica del pagaré, son aquellas provenientes o relacionados con la aceptación del mandato de pago por parte

abstracción, de la autonomía, de la literalidad, de la legitimación; los dos de encuentran sometidos a la misma ley de circulación, resumida en el endoso; el pagaré debe contener los requisitos formales de la letra de cambio, con excepción de aquellos pocos que son incompatibles con la estructura del primero; las normas del vencimiento son las mismas en los dos títulos; cuanto se dice del avál y del pago, referidos a la letra de cambio, es exactamente aplicable al pagaré; lo propio cabe afirmar respecto del protesto, salvo aquellas disposiciones que, por tener en cuenta al girado o aceptante, son inaplicables al pagaré, en que tales figuras no existen, y lo mismo, en fin, hay que decir respecto de las acciones ejercitables por el tenedor del pagaré...). "En tanto que la letra de cambio debe contener la orden incondicional al girado de pagar una suma determinada de dinero" Fracción III del artículo 76), el pagaré contiene "la promesa incondicional de pagar el mismo prometiende una suma determinada de dinero Fracción II del artículo 170). He ahí la diferencia substancial de que las demás arrancan, como meras derivaciones de aquellas". Felipe de J. Tena, *Derecho Mercantil Mexicano*, 9a. ed., E. Porrúa, México, D. F., 1978, pp. 543-544. Ver en igual sentido, Gómez Rodas, Carlos y Gutiérrez Cerdas, Alfonso, *op. cit.*, p. 91; Cervantes Ahumada, Raúl, *Títulos y operaciones de crédito*, Ed. Herrero, México, D. F., 1984, p. 103, Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa, T. I, 10a. ed., México, D. F., 1974, p. 391.

del librado y por ende, diáfano es igualmente el hecho de que la materia relativa a los vencimientos, al no derivarse de la aceptación no contraría en forma alguna la naturaleza jurídica del pagaré. Pero la deducción anterior no proviene únicamente de meras elucubraciones teóricas, sino que se expresa en forma indiscutible en la letra misma de la ley. El artículo 802, tantas veces citado en este trabajo, en su párrafo final establece cuáles son las instituciones de la letra de cambio que no pueden ser aplicadas al pagaré, y dice literalmente lo siguiente: “No son aplicables al pagaré las disposiciones de las letras de cambio referentes a la presentación, para que sean aceptadas, a la aceptación, a la aceptación por intervención y a las exigencias del protesto”.⁽⁶⁾ El establecer cuáles instituciones de la letra de cambio son inaplicables al pagaré constituye una característica muy peculiar de la ley costarricense que, no se limita como las demás legislaciones⁽⁷⁾ a fijar un largo número de incisos que enumeran únicamente las instituciones que le son aplicables al pagaré por no contrariar su naturaleza. Lo que verdaderamente hace la ley costarricense es establecer en dicho artículo cuáles instituciones de la letra de cambio son aplicables al pagaré y cuáles no lo son, dejando zanjada entonces la cuestión de la determinación de la aplicabilidad de las instituciones de la cambial al pagaré. Y lo hace correctamente al estipular que son todas aquellas que se derivan del hecho de contener la letra de cambio un mandato de pago; instituciones que se reducen por ende, a la aceptación y a sus diversas expresiones. El uso entonces en el artículo 802 de la fórmula “serán aplicables al pagaré, mientras ello no sea incompatible con la naturaleza de este título, las disposiciones relativas a la letra de cambio y referentes”; que con idéntica redacción aparece en el artículo séptimo de la Ley de Ginebra, está sobrando en nuestra ley, pues dicha redacción se justifica en aquellas legislaciones en que no se hace distinción entre normas de posible o imposible aplicación al pagaré.

(6) Ver Gómez Rodas y Gutiérrez Cerdas, *op. cit.*, nota 14, p. 91.

(7) “La legge cambiaria” de Italia, R. D. de 14 de diciembre de 1933, N° 1669, establece:

Artículo 102: “In quanto non siano incompatibili con la natura del vaglia cambiario, sono applicabili ad esso le disposizioni relative alla cambiale e concernenti:

- la girata articoli 15 a 25);
- la scadenza articoli 38 a 42);
- il pagamento articoli 43 a 48);
- l'azione cambiaria art. 49), il regresso per mancato pagamento ed il protesto articoli 50 a 57, 59 a 73);
- il pagamento per intervento articoli 74, 78 a 82);
- le copie articoli 86 a 87);

Al quedar claramente deslindadas aquellas instituciones que le son incompatibles al pagaré y aquellas que le son aplicables, tenemos que situar entre las últimas a los vencimientos de la letra de cambio. Nada obsta, que se aplique esta materia al pagaré, pues la teoría permite y la ley lo ordena.

Sin embargo, en relación con los vencimientos, el que se sujeta a plazo cierto desde la vista, puede llegar a presentar dudas en cuanto a su aplicación al pagaré. Lo anterior por cuanto la letra sujeta a plazo cierto desde la vista debe ser presentada a su aceptación para efecto de que el plazo comience a correr, pues de lo contrario, el plazo no correrá y el vencimiento no podrá tener lugar. Por ello, cuando la aceptación es rechazada y no se consigna la fecha de la presentación, debe levantarse protesto, cuya fecha marcará, el inicio del correr del término. Pero pretender la no aplicación de este tipo de vencimiento al pagaré es erróneo, aunque ciertamente la presentación para la aceptación no es concebible en el pagaré. Empero, cuando este tipo de vencimiento se le aplica al pagaré, la presentación tiene

-
- le alterazioni art. 88);
 - la prescrizione articoli 94 e 95);
 - i giorni festivi, il computo dei termini, l'inammissibilità dei giorni di rispetto articoli 96, 97 e 98)

Sono egualmente applicabili al vaglia cambiario le disposizioni concernenti...

Código de Comercio de Honduras, Decreto N° 73 del 16 de febrero de 1950, artículos 507 y 594;

"Artículo 507: La letra de cambio puede ser girada:

- I. A la vista;
- II. A cierto plazo vista;
- III. A cierto plazo fecha; y
- IV. A día fijo.

Se considerará pagadera a la vista la letra de cambio cuyo vencimiento no esté indicado en el texto. La letra con otra clase de vencimientos o con vencimientos sucesivos es nula".

"Artículo 594: Son aplicables al pagaré, en lo conducente los artículos 506, 507, 508, 526 al 533, 534, 555, 557, 558 párrafo segundo, tercero y cuarto; 559 párrafo segundo y tercero; 563, 564, 566 fracciones II y III; 567 al 576 y 578 al 581...

Código de Comercio de Guatemala: Artículo 493: "Serán aplicables al pagaré en lo conducente, las disposiciones relativas a la letra de cambio".

Nótese que ninguna de las anteriores legislaciones, establece cuáles instituciones de la letra de cambio le son inaplicables al pagaré. Es indudable que tal circunstancia es una característica propia de la legislación costarricense.

lugar en el mismo instante en que se emite y sólo tiene efecto en relación con el vencimiento. Ello no puede ser de otra manera, pues solo existe un sujeto obligado, que es aquel que emite la promesa de pago. Ilógico sería pretender una presentación para la aceptación, ya que no existe librado, así que entonces, con referencia al pagaré, la presentación (si es que se trata de una verdadera presentación), sólo tiene, como se dijo anteriormente, un efecto, el de hacer correr el plazo. En la letra, el efecto es doble, la aceptación y el inicio del plazo de vencimiento.⁽⁸⁾

Situación similar tiene lugar cuando una letra se gira contra el propio librador (artículo 729 Código de Comercio). Aquí no existe un tercero librado a quien dirigirla la orden de pago y por lo tanto no existe una verdadera aceptación, pues sólo dos personas conforman la relación cambiaria. La mecánica que impera en este caso es la de la emisión y una coetánea aceptación por parte de la misma persona, o sea el librador. En el fondo, este tipo de libranza de la letra, si prescindimos de los requisitos formales, constituye una verdadera promesa de pago, es decir, un pagaré.⁽⁹⁾

Aún cuando no atinente a la materia de los vencimientos sucesivos queremos traer a colación el tema del pago parcial en la letra y por ende en el pagaré,⁽¹⁰⁾ pues puede llevar a equívocos en relación con dichos vencimientos. El artículo 763, permite el pago parcial de la letra, en su párrafo segundo al estatuir: "Cuando hubiere endosante u otros obligados, el portador no podrá rechazar un pago parcial". No se debe confundir el pago

(8) Asquini Alberto, *Titoli di Credito*, Ristampa Riveduta, CEDAM, Padova, 1966, p. 184, dice al respecto:

"La scadenza a certo tempo vista é ammissibile tanto nella tratta quanto nel pagheró; ma mentre nella tratta la presentazione a il duplice scopo de ottenere l'accettazione del trattario con la quale nasce l'obbligazione di costui e di segnare l'inizio della decorrenza del termine di scadenza, nel vaglia cambiario il primo effetto é escluso giacché l'accettazione é instituto propio soltanto della cambiale tratta; mentre l'obbligazione diretta dell'emittente é già perfeta con l'emissione", igualmente Angeloni, *op. cit.*, p. 652: "Il vaglia cambiario per il solo fatto di essere emesso contiene già la firma del emittente al quale deve essere presentato solo per il visto".

(9) Consecuente con esta situación, el artículo 509 del Código de Comercio de Honduras estipula lo siguiente: "La letra de cambio puede ser girada a la orden o a cargo del mismo girador. En este último caso, el girador quedará obligado como aceptante, y si la letra fuere girada a cierto tiempo vista, su presentación sólo tendrá el efecto de fijar la fecha de su vencimiento..." (El subrayado es nuestro).

(10) El artículo 802 inciso C, prescribe la aplicación al pagaré de las reglas que regulan el pago de la letra.

parcial de la letra y del pagaré con la sujeción de los mismos a vencimientos sucesivos. El pago parcial es el cumplimiento fraccionario de una obligación, que no se paga en su totalidad como es debido, sino que se realiza fragmentariamente.

Así, el pago parcial podría tener lugar en una obligación sujeta a un único vencimiento, al no cumplir el prometiende con la totalidad de la obligación. Igualmente puede darse en una obligación sujeta a tractos sucesivos, al incumplirse el pago completo de uno de tales tractos. Como se ha visto, el pago parcial es el cumplimiento fragmentario de una obligación, esté la misma sujeta a un único vencimiento o a vencimientos plúrimos. Mientras que la obligación pagadera en tractos, implica que ha sido convenido sujetarla a diversos plazos, que se suceden en el tiempo, venciendo en fechas determinadas. El pago completo de cada plazo, aún cuando fragmentario frente a la totalidad de la obligación, no lo es frente a cada uno de estos términos individualmente considerados y por lo tanto no es un pago parcial.

Hecha la anterior aclaración, sólo nos resta agregar, en relación con el pago parcial, que es permitido por la ley, con el afán de liberar aunque sea en parte a los demás obligados, o sea, que, se permite dicha modalidad de pago, para que en el tanto en que se cubra la obligación, en el mismo tanto se liberen las otras personas que se encuentran obligadas en esa relación jurídica.

Pues bien, luego de estas disgresiones, es menester volver a las aseveraciones de la sentencia que hemos transcrito en párrafos anteriores, ya que conllevan graves implicaciones para la disciplina jurídica del pagaré en este país, pues si la remisión que hace el inciso b) del artículo 802 es incompatible con la naturaleza del pagaré, cabe preguntarse en consecuencia ¿cuáles son entonces los tipos de vencimiento aplicables al pagaré en Costa Rica? La obligada respuesta, si nos atenemos a los razonamientos que en la sentencia se enuncian, no puede ser otra que aquella que exprese la inexistencia de vencimientos a que sujetar el pagaré y la perentoria necesidad de concebir nuevas formas que en tal caso serán lógicamente de exclusiva aplicación en el derecho costarricense.

Con esa sola conclusión basta para rechazar la tesis que en la sentencia se sostiene, pero conviene analizar las premisas que tal posición sustentan. Básicamente los argumentos son los siguientes: "... el pagaré en tractos resulta en cuanto al vencimiento contradictorio con lo dicho en la norma legal citada, porque si las partes contrataron en esa forma, no hay perjuicio alguno ni para las partes ni para la naturaleza del pagaré, puesto que de acuerdo con el numeral 411 párrafo 1° del Código de Comercio, prevalece la voluntad de las partes en cuanto a la forma que quisieron

obligarse, y en consecuencia, de no pagarse uno de esos tractos, será de aplicación el artículo 420 *ibidem*”.

La argumentación anterior no deja espacio a la duda, está fundamentada en la autonomía de la voluntad, en un prevalecer de ésta sobre cualquier otro elemento, y a nuestro juicio fundamentalmente sobre lo estatuido por la ley. Se debe tener en cuenta que el artículo 802 del Código de Comercio no es una norma supletoria sobre la cual pueda sobreponerse libremente la voluntad de las partes. Es una norma que estatuye un claro mandato de aplicar las regulaciones de la letra de cambio al pagaré, con la sola condición de que éstas, no sean incompatibles con su naturaleza jurídica. Por exhaustivo análisis hecho en páginas anteriores, se llegó a la conclusión de que la materia de los vencimientos en la letra de cambio, no era incompatible con la naturaleza jurídica del pagaré, por la lógica y sencilla razón de no derivar del mandato de pago que caracteriza a la letra. Carente desde luego de todo sustento, es el pretender cimentar una supuesta incompatibilidad de los vencimientos de la letra con la naturaleza del pagaré, basándose en el simple hecho de que las partes decidan sujetar un pagaré a vencimientos sucesivos como sostiene la sentencia aludida.

Pero, en abono a nuestra tesis, la nulidad del pagaré sujeto a tractos que prescriben los reiteradamente citados artículos 802 y 758 del Código de Comercio, no contraría la voluntad de las partes. Si éstas deciden sujetar una determinada obligación a vencimientos sucesivos, están en plena libertad de hacerlo y no los inhiben a ello las normas citadas. Lo que tales artículos sancionan con nulidad es el pagaré emitido a tractos y no la obligación que éste garantiza. Así, cualesquiera obligaciones que las partes convengan sometidas a dicha modalidad de vencimientos, podrán ser garantizadas por tantos pagarés como tractos existiesen, como sucede igualmente con la letra de cambio.

En el derecho anglosajón, es válida en los documentos cambiarios la cláusula que permite el vencimiento sucesivo, denominándosele *cláusulas de aceleración*, entre cuyas modalidades está la del vencimiento de la entera obligación por la falta de pago de una de las exhibiciones.⁽¹¹⁾ En Costa Rica, si bien nada obsta para que una obligación sujeta a varios vencimientos, pueda ser respaldada por pagarés, que deberán ser emitidos en igual número como tractos existan, no consideramos posible que a la misma se le pueda aplicar el artículo 420 del Código de Comercio en el sentido de que la falta de pago de uno de éstos, dé por vencida y exigible la entera obligación.

(11) Ver Mantilla Molina Roberto, *Títulos de Crédito Cambiarios*, Editorial Porrúa, México, D. F., 1977, p. 114, nota 43.

Aclarando lo recién afirmado, se debe decir que una vez que la obligación esté representada por el número requerido de pagarés, la falta de pago de uno de éstos, no puede dar por vencidos y exigibles los restantes títulos, pues en razón de la autonomía de las obligaciones cartularias y del carácter abstracto del documento cambiario, éstos representan títulos independientes, sujetos a un único y determinado vencimiento. Lo anterior no contradice en lo mínimo la letra del artículo 420, pues éste palmariamente establece que el efecto del no pago de un tracto depende de la voluntad de las partes al establecer que: “*salvo pacto en contrario*, la falta de un pago dará por vencida y hará exigible toda la obligación”,⁽¹²⁾ y ello no podría ser de otra forma, pues inclusive por voluntad de las partes, se podría llegar a condonar la obligación.

Nada impide por ende a las partes sujetar a tractos una obligación y representarla en pagarés, pero en esa decisión soberana de su voluntad, va implícito el pacto mediante el cual, el no pago de un solo título (que representa un tracto de la obligación subyacente) no conlleva el vencimiento y consecuente exigibilidad de los restantes.⁽¹³⁾

Debe quedar claramente establecido que la obligación, una vez incorporada en el pagaré, se rige por una normativa distinta, propia del pagaré, al cual no se le puede imponer la regulación de la relación subyacente.

Por otra parte, en relación con el reclamo que hace la sentencia del artículo 411 del Código de Comercio, se debe acotar que este numeral del Código hace referencia básicamente a la ausencia de formalidades que distingue al contrato mercantil,⁽¹⁴⁾ y no en balde, el párrafo segundo del

(12) El subrayado es nuestro.

(13) En sentido contrario y aplicando a una obligación sujeta a tractos y representada por varios pagarés, el principio de exigibilidad de la entera obligación por el no pago de uno solo de estos, la sentencia de la Corte Suprema de México: “La Corte Suprema decidió que cuando en cada pagaré de una serie-grupo, diría yo —se asienta, que en caso de no pagarse cualquiera de ellos a su vencimiento, se tendrá por vencidos anticipadamente los que sigan en número, tal cláusula es válida en las relaciones entre el suscriptor y el tomador, pues sería inequitativo que no surtiera efectos, si ambos estuvieron de acuerdo en la estipulación”. Mantilla Molina, Roberto, *op. cit.*, p. 114, nota 43.

(14) “Las exigencias de la buena fe y de la rapidez propias de la contratación mercantil, justifican la validez en nuestro derecho del principio de la libertad de forma; basta la palabra oral para crear una obligación mercantil”. Garrigues, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, T. III, 5a. ed. revisada, corregida y puesta al día por Rafael Jiménez de Parga, Imprenta Aguirre, Madrid, 1969, p. 17.

mismo artículo, prescribe que, de la referida informalidad del contrato comercial, exceptuarán aquellos convenios por los cuales la ley establece "forma y solemnidades necesarias para su eficacia".

Ciertamente el artículo en mención hace referencia a "los términos que aparezca que quisieron obligarse" las partes, pero las implicaciones del artículo 411 no pueden situarse sobre la ley, como parece inferirse de los razonamientos de la Sentencia, que hace descansar en la voluntad de las partes la incompatibilidad del artículo 802 inciso b), con la naturaleza del pagaré, amén de que esta última norma no tiene carácter supletorio alguno, como ya se afirmó con anterioridad. No es posible extraer entonces del artículo 411 las consecuencias que de éste se pretenden arrancar; no sólo por las limitaciones que el derecho contractual moderno establece a la autonomía de la voluntad de las partes, sino principalmente porque se estaría frente a una clara trasgresión de la ley, al ignorarse lo prescrito por el artículo 802. Pero además, insistimos en que la nulidad del pagaré sometido a vencimientos sucesivos, en nada coarta la voluntad de las partes, pues nada impide que éstas emitan tantos pagarés como tractos se han fijado en la relación subyacente.

La sentencia en estudio, por sustentar una tesis errada, recurre a principios de derecho contractual que no siempre son aplicables al pagaré. El pagaré, como la letra de cambio, no es un contrato en sí mismo, es un instrumento de garantía de los contratos, que posee una normativa especial que se caracteriza por una rigurosa formalidad como lo prescriben los artículos 669, 799 y 800 del Código de Comercio. En el pagaré, título valor a la orden, no se expresa una relación contractual, sino una promesa unilateral de pago. La promesa es un negocio unilateral, una declaración de voluntad mediante la cual una parte se obliga a una determinada prestación. La promesa unilateral no es fuente general de obligaciones, como sí lo es el contrato y los principios de este último se le aplican a ésta en el tanto en que le sean compatibles.⁽¹⁵⁾

(15) "Mentre il contratto costituisce una figura generale ed é consentito alle parti di concludere anche contratti non previsti dalla legge art. 1322 cod. civ.) onde la nota distinzione tra contratti tipici e atipici), un principio diverso vale alla promessa unilaterale di una prestazione. Essa non costituisce affatto una fonte generale di obbligazioni: come l'art. 1987 cod. civ. dice, la promessa unilaterale di una prestazione non produce effetti obbligatori fuori dei casi ammessi dalla legge. Le promesse unilaterali sono, per tanto figure tipiche e costituiscono un *numerus clausus*. Quelle enumerate del codice sono le seguenti: promessa di pagamento, ricognizioni di debito, promessa al pubblico, titoli di credito". Torrente, Andrea, *Manuale di Diritto Privato*, 8a. ed. ampliata e aggiornata da Piero Schlesinger, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1974, p. 595. En igual sentido ver: Trabucchi Alberto, *Istituzioni di Diritto Civile*, 22a. ed. aggiornata con le Riforme, CEDAM, Padova, p. 708, 1977.

Ahora bien, este divagar por principios de derecho contractual, era innecesario e irrelevante para determinar la validez o nulidad del pagaré sometido a vencimiento plúrimo, puesto que el pagaré, como ya se dijo, no es un contrato sino una promesa unilateral de pago. Pero ello se hubiese evitado, de no haber cometido la sentencia una gravísima omisión, al ignorar la básica distinción del derecho cambiario entre relación subyacente y relación cambiaria propiamente dicha.⁽¹⁶⁾ Al omitir esta distinción, la sentencia centra la problemática en estudio en la relación subyacente y no en la relación cambiaria, que como tal, es abstracta y por ende independiente de la relación subyacente.

-
- (16) La doctrina comercial es unánime en reconocer la distinción que tiene lugar en el derecho cambiario entre la relación subyacente o fundamental, o causal, con la relación cambiaria o cartularia. Por trascender los fines de este trabajo, baste decir al respecto que la relación subyacente es el contrato antecedente de la cual se desprende la relación cambiaria. Es decir (y prescindiendo del complicado problema de la causa), la relación subyacente vendría a ser un contrato de compra-venta con pago diferido, como garantía del cual se emite una letra o un pagaré. La obligación que se incorpora en el pagaré se independiza de la relación cambiaria o cartular. Para ilustrar el acuerdo de la doctrina sobre esta distinción elemental del derecho cambiario, citamos a continuación a varios autorizados autores. Garrigues, Joaquín, *Tratado de Derecho Mercantil*, cit. p. 34: "Influida por el estudio de los títulos valores que, como la letra de cambio y el cheque, se emiten para dar ejecución a obligaciones pecuniarias nacidas de un negocio jurídico precedente compra, depósito, mutuo, etc.), la doctrina mercantilista distingue entre *negocio fundamental* y *negocio documental*, entre *obligación subyacente* y *obligación cartácea*", Messineo Francesco, *I titoli di Credito*, Vol. I, ristampa anastatica della 2a. ed., CEDAM, Padova 1964, pp. 165 y 166: "Puó cioè tenersi fermo che: a) il *rapporto fondamentale* motivo rilevante, o presupposto indefinitamente variabile del negozio cambiario) non coincide con la causa del negozio stesso in ciò, la recente dottrina, da Wieland in qua, é in sostanza d'accordo, a parte le divergenze tra le varie formulazioni), la quale consiste nella *convenzione esecutiva*, ossia nel patto detto anche *pactum de cambiando*, o contratto preliminare di cambio) tendente a regolare o rafforzare, a mezzo di cambiale, un'obbligazione già costituita rapporto fondamentale). b) Un ulteriore stadio -distinto del rapporto fondamentale e dalla convenzione esecutiva- é dato alla dichiarazione cambiaria creazione della cambiale) per sé considerato; c) alla convenzione esecutiva causa), si connette la tradizione: atto materiale con cui il sottoscrittore cambiario si spossessa del titolo a favore del primo prenditore...); d) rapporto fondamentale e convenzione esecutiva sono entrambi *fuori della dichiarazione cartolare* é, quindi, fuori, del titolo e della obbligazione che vi

Esta confusión que recae en principios elementales del derecho cambiario, explica la razón de las argumentaciones contractualistas en que se apoya la sentencia. Dichos razonamientos puede que sean correctos con referencia a la relación subyacente (que no es otra cosa que el contrato antecedente), pero de inapropiada aplicación a la relación cambiaria que el pagaré incorpora, pues ésta, como ya se ha mencionado, se ha desligado totalmente de la relación causal, amén de la naturaleza no contractual de este título.

Pero además, cuando el artículo 802 estipula que “serán aplicables al pagaré, mientras ello no sea incompatible con la naturaleza de este título”, se refiere claramente a la posible incompatibilidad de algunos institutos de la letra de cambio con la naturaleza jurídica del pagaré. Era necesario entonces un análisis de la naturaleza jurídica de dichos títulos para poder establecer las posibles incompatibilidades existentes y así poder determinar cuáles regulaciones de la letra son aplicables o no aplicables al pagaré. La sentencia no lleva a cabo este análisis que era de obligada realización, pues lo impone el artículo mismo.

En resumen, no es válida la tesis que defiende la sentencia, ya que al soslayar la distinción entre relación subyacente y relación cambiaria, propicia una serie de errores conceptuales que culminan con la declaratoria

é incorporata”. *Asquini, op. cit.*, p. 40: “Il concetto de incorporazione del diritto nel titolo richiede anzitutto che sia chiara la nozione del diritto che se incorpora nel titolo. Questo diritto non é il diritto nascente dal rapporto giuridico causale compravendita, mutuo, deposito, ecc.) a cui normalmente l'emissione del titolo si collega rapporto fondamentale), ma é un diritto a sé stante —diritto cartolare o letterale— correlativo all'obbligazione nascente dalla creazione e dalla messa in circolazione del titolo (obbligazione cartolare), di cui vedremo poi il fondamento”. Peña Castrillón Gilberto, *De los títulos valores en general y de la letra de cambio en particular*, 2a. ed., Ed. Temis Librería, Bogotá, 1981, p. 239: “Los títulos-valores se crean y circulan como consecuencia de otras relaciones jurídicas previa o simultáneamente concluidas en las que encuentran su fundamento, origen o antecedente. Por eso corrientemente se las denomina *relaciones fundamentales, originales, causales o subyacentes* que, como resulta evidente, coexisten con el título-valor sin necesidad de que éste las mencione y sin que su existencia y eficacia dependa de la regularidad de aquellas, en principio”. En el mismo sentido ver: Broseta Pont, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1971, p. 477; Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *op. cit.*, p. 263; Graziani e Minervini, *Manuale di diritto commerciale*, Morano Editore, Napoli, 1974, p. 324. Cervantes Ahumada, Raúl, *op. cit.*, p. 33. Felipe de J. Tena, *op. cit.*, p. 335.

de incompatibilidad del inciso b) del artículo 802 y por ende del artículo 758, con la naturaleza jurídica del pagaré. Como se afirmó con anterioridad, graves consecuencias derivanse de esta pretendida incompatibilidad, puesto que impide la aplicación de los vencimientos de la letra de cambio al pagaré, lo que equivale a dejar a tan importante título valor sin vencimientos a qué sujetarse en el derecho costarricense. Huelgan mayores comentarios para demostrar lo errado de la sentencia.

III. EPILOGO

“E pur si muove”⁽¹⁷⁾ exclamó con absoluta certeza el genial toscano, luego de verse obligado a abjurar de sus convicciones científicas frente a la poco grata perspectiva de morir purificado por las santas llamas de la Inquisición. Y es que al ocurrente Galileo, metiósele en su terca testuz la tesis de que la tierra giraba alegremente alrededor del sol. En esta tesitura encontrábase, cuando fue invitado a Roma en el año 1633, a comparecer frente al Tribunal de la Santa Inquisición, so pena de trasladarlo “*carceratus et ligatus ac cum ferris*”.

Ante tan amable exitativa, trasladóse nuestro personaje a Roma, donde se le instruyó proceso que duró por entero más de cinco meses y cuyos prolijos debates fueron de largos veinte días. ¿Y cuál fue el veredicto? Pues no podía ser otro que la condena de Galileo y de sus abominables tesis, pues “*Terra autem in aeternum quia aeternum stat*”. O abjuraba Galileo o lo abrasarían las cálidas llamas de la hoguera; y Galileo prudentemente abjura, pero no sin plasmar en una única frase toda la contundencia de sus convicciones.⁽¹⁸⁾

Nosotros, mortales comunes, pese a la tajante afirmación de la sentencia comentada de que la tesis aquí defendida “no resiste un análisis profundo”, con igual convicción y vehemencia, pero sin las agallas de Galileo, pues no se ciernen sobre nos, ni el Santo Oficio, ni el inquietante fuego de sus hogueras, decimos del pagaré sujeto a tractos: ¡y sin embargo es nulo!

(17) “Y sin embargo se mueve”, Galileo Galilei.

(18) Sosio Libero, *Introduzione, Il Saggiatore*, Galileo Galilei, Feltrinelli Editore, Milano, 1965, pp. XXXIV y XL; Koyré Alexandre, *Dal mondo chiuso all'universo infinito*, Feltrinelli Editore, Milano, 1974, p. 78. De Oteysa Luis, *Frases Históricas*, Imp. Albuquerque, Madrid, 1918, p. 49 y sigs.



EL SINDICATO COMO TITULAR DEL DERECHO DE HUELGA

**Lic. Mario H. Blanco Vado
Profesor de Derecho Laboral
Universidad de Costa Rica**



I. Introducción

No cabe duda de que la huelga es uno de los temas con más extenso y profundo tratamiento dentro de la disciplina del derecho laboral colectivo. Sin embargo, como muchos otros, es de aquellos en los cuales las particulares posiciones ideológicas hacen sentir su influencia en mayor grado al momento de abordarlo. No creemos estar exentos de tal limitación, por el contrario, somos conscientes de ello, como una más de la que habremos de afrontar.

A. Justificación del tema.

Durante los años de vigencia del actual Código de Trabajo costarricense ⁽¹⁾, un sector de la doctrina nacional, cualitativamente importante, ha mostrado su interés y su preocupación por las dificultades que enfrentan los trabajadores, para el ejercicio del derecho constitucional a la huelga.⁽²⁾ No obstante, el tratamiento del tema se ha limitado al análisis de los procedimientos de conciliación judicial en materia colectiva, o de la huelga misma ⁽³⁾, y sólo circunstancialmente, se ha abordado el tema de la titularidad del derecho de huelga.⁽⁴⁾ No obstante, la huelga como derecho de los trabajadores, como una de sus armas legítimas continúa siendo tema recurrente en el derecho laboral costarricense en nada ajeno a la concepción de que huelga y libertad sindical tienen una estrecha vinculación.⁽⁵⁾ Pese

-
- (1) Ley de 27 de agosto de 1943, Editorial Porvenir S.A. Edición a cargo del Lic. Manuel Hernández Venegas, 1984.
 - (2) El artículo 61 de la Constitución Política señala: "art. 61. Se reconoce el derecho de los patronos al paro y el de los trabajadores a la huelga, salvo en los servicios públicos, de acuerdo con la determinación que de estos haga la ley, y conforme a las regulaciones que la misma establezca, las cuales deberán desautorizar todo acto de coacción o de violencia". Constitución Política de 7 de noviembre de 1949, San José, Imprenta Nacional, 1980.
 - (3) Van Der Laat Echeverría Bernardo, *La huelga en la jurisprudencia*. Revista Judicial, San José. No.. 31, Diciembre de 1984, p. 23
 - (4) Van Der Laat Echeverría Bernardo, *La Huelga y el Paro en Costa Rica*. San José, Editorial Juricentro, I Edición, 1979, p. 50 y sgts.
 - (5) Bolaños Céspedes Fernando, *La Libertad Sindical en Costa Rica*, San José, Centro de Formación Costarricense, 1985, pág. 8

entonces a que de manera general este aspecto de la titularidad del derecho de huelga, ha sido tratado con anterioridad en nuestro medio, no parece inoportuno ni irrelevante retomar el tema, pero ahora únicamente en relación a si resulta posible admitir a la organización sindical, como titular del derecho.

B. Delimitación e hipótesis

Un exámen de la doctrina en esta materia nos lleva a encontrar que distintas posiciones han sido sostenidas al respecto. Desde aquellas orgánicas, en las cuales únicamente corresponde a la asociación profesional o al sindicato la titularidad, hasta aquellas otras formulaciones que consideran únicamente a los trabajadores como sujetos activos del derecho de huelga. Posiciones intermedias no son ajenas tampoco aquí, como resulta frecuente en el derecho.⁽⁶⁾ Al respecto pareciera a oportuno señalar que el exámen de este tema, al menos en un plano teórico, requiere de la necesidad de abstenernos inicialmente de la referencia a la legislación positiva, para evitar que los planteamientos respondan a lo resuelto por el legislador, y si a lo que resulte ser la naturaleza del instituto examinado. La doctrina no siempre realiza tal ejercicio, y por el contrario, con bastante frecuencia, en este y otros temas, las consideraciones responden en gran medida a lo que la legislación nacional, en cada caso y según el autor de que se trate, establece. Por el contrario, el método propuesto para abordar la cuestión planteada⁽⁷⁾, nos parece más apropiado, lo que no excluye, en nuestro caso que una vez realizadas las consideraciones generales, pasemos al exámen de las particularidades propias de nuestro ordenamiento jurídico positivo; máxime que la hipótesis básica de este trabajo consiste en demostrar que pese a la poca claridad de las formulaciones empleadas, el legislador costarricense, desde la aprobación de las actuales disposiciones⁽⁸⁾, no fijó como único titular del derecho de huelga a la coalición temporal de trabajadores, sino que excepcionalmente, consideró como tal a la organización sindical.

(6) Veáse al respecto el análisis de Van Der Laat Bernardo, *La Huelga...* p. 45 y siguientes.

(7) Pla Rodríguez, con la maestría que le caracteriza, plantea, refiriéndose al Convenio Colectivo, que la principal dificultad para encontrar uniformidad en su definición, estriba en la imposibilidad de los autores para "sustraerse al influjo de la legislación positiva que rige en el país de su residencia...". Pla Rodríguez (Américo). La definición de los convenios colectivos, en *Veintitrés Estudios sobre Convenios Colectivos*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1988, p. 10

(8) Vid. supra, nota 1 anterior.

II. La titularidad del derecho de huelga.

Plantearse la titularidad del ejercicio del derecho de huelga puede llevarnos a muy diversas conclusiones, algunas de ellas que excluirían a cualquier otra forma asociativa que no fuera la organización sindical como titular del derecho. Sin embargo, cualquiera sea la conclusión, parece obligada la referencia al tratamiento conceptual de la huelga, y a su naturaleza de clase.

A. El concepto de huelga

Tomando en consideración que la huelga puede definirse como un acto lícito de perfección de un conflicto colectivo de trabajo, acordado por una de las partes de la relación colectiva, y que implica la suspensión temporal de determinadas relaciones laborales ⁽⁹⁾, nos parece que el exámen de tal acuerdo nos conducirá irremediamente en presencia de quien o quienes resultan legítimos representantes del interés colectivo que subyace en todo conflicto colectivo de trabajo. Si al encontrarnos ante un conflicto, admitimos que se trata de la defensa del interés colectivo ⁽¹⁰⁾, titular de la huelga serán los miembros de la categoría profesional involucrada, dada la coincidencia de intereses, y por ello la huelga será "un acto colectivo en su determinación, pero no en su ejecución...".⁽¹¹⁾ En consecuencia, la determinación de la abstención de prestar el servicio, puede ser acordada tanto por las agrupaciones formalmente establecidas, como el sindicato, como por las agrupaciones creadas únicamente para el caso, sea por la denominada coalición temporal de trabajadores, pues ambos podrían representar válidamente el interés colectivo. Tal consideración nos lleva a concluir, que no puede excluirse ni a la coalición temporal, ni al sindicato de trabajadores, como entidades del derecho de huelga, aunque entendiendo que

(9) Bayón Chacón Gaspar, *Actos de perfección de los conflictos de trabajo*. Mimeografiado. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1985, p. 193.

(10) Entendiendo que interés colectivo "es el interés de una pluralidad de personas hacia un bien apto para satisfacer una necesidad común. No es la suma de intereses individuales, sino su combinación, y es indivisible, en el sentido de que viene satisfecho no ya por varios bienes aptos para satisfacer necesidades individuales, sino por un único bien apto para satisfacer la necesidad de la colectividad". Santoro Passarelli (Francesco), *Nociones de Derecho del Trabajo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963, p. 19.

(11) Santoro Passarelli Francesco, citado por Van Der Laet, *La huelga y el paro...*, p. 49.

la simple declaratoria, no conlleva el ejercicio o la abstención a labores, pues “la titularidad corresponde a los trabajadores, individualmente considerados, si bien el derecho en sí, sólo es propiamente ejercitable por la colectividad, dando entrada así a la figura del derecho subjetivo colectivo”.⁽¹²⁾ No obstante el exámen del problema de la titularidad puede enfocarse también en función, no ya de aquel derecho individual, sino de si resulta posible admitir a la organización sindical como sujeto capaz de generar el ejercicio del derecho, a través de los procedimientos fijados por el ordenamiento jurídico, o si por el contrario, tal condición le resulta ajena y sólo corresponde a los trabajadores mismos o a las coaliciones temporales de ellos. A tal perspectiva del tema, se le ha enfocado también, válidamente, como un problema referido a la titularidad, ya no del ejercicio, pero sí del derecho mismo.

B. *El carácter de clase de la huelga.*

El razonamiento anterior, no puede hacernos prescindir de una característica esencial de la huelga, como instrumento de los trabajadores para la obtención de una mayor justicia social ⁽¹³⁾, —inmersa está en mejores condiciones de trabajo—, cuál es su carácter o naturaleza de clase. Pese a todos los intentos formulados en doctrina para tratar ascépticamente este tema, es lo cierto que no puede ocultarse que la huelga es —sin lugar a dudas— una manifestación específica de la lucha de clases, que por demás, subyace en todo conflicto de colectivo de trabajo. De ahí que cuando admitimos la presencia del interés colectivo líneas arriba, los hacemos partiendo de que el mismo no es sino una parte, un fragmento, del interés —mucho mayor y general— de la clase trabajadora, sea un interés de clase.

Que el interés de clase, sólo sea válido como motivación de la huelga parcialmente y en consecuencia no en todos los casos, no afecta en nada su presencia aquí señalada, pues ello responde a las limitaciones que cada ordenamiento jurídico le establezca al derecho de huelga. En tal sentido, cabe señalar que en la mayoría de los casos sólo se reputan y protegen como pretensiones válidas para generar el conflicto, y la huelga legal misma, aquellas referidas a cuestiones de carácter económico social e íntimamente relacionadas con la prestación del trabajo. Pero tal circunstancia, reitero,

(12) García Abellán Juan. *Derecho de Conflictos Colectivos de Trabajo*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos. 1969, pág. 97-98.

(13) Durán López Federico. *Derecho de huelga y legalización del conflicto de clases*. Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1976, p.30.

obedece a limitaciones impuestas por el legislador, que cercenan el derecho y con ello, el carácter netamente de clase que contiene ⁽¹⁴⁾, “operación ideológica” ésta a la que también con bastante frecuencia se presta la doctrina ⁽¹⁵⁾ y cómo se verá, también la jurisprudencia.

C. *El sindicato como titular del derecho de huelga*

todo lo anterior, nos lleva a plantear, que al menos en el plano teórico, parece evidente que no sólo no resulta correcta la exclusión del sindicato como titular del derecho de huelga, sino que dejar tal titularidad, exclusivamente a las coaliciones temporales de trabajadores, es una restricción del derecho, que tiene por objeto ocultar la naturaleza de clase que el mismo contiene, pues nadie mejor que la propia organización de clase ⁽¹⁶⁾ para iniciar los procedimientos que conlleven al ejercicio por parte de los trabajadores del derecho, lo que implica admitir que resulta válido que sea la organización sindical quien formule la declaratoria formal de la huelga.

El planteamiento anterior no se encuentra exento de objeciones, sobre todo aquellas que señalan que otorgando la titularidad a la organización sindical, se obligaría a trabajadores no sindicados, a aceptar “decisiones de una entidad a la que no pertenecen”⁽¹⁷⁾, objeción que de resultar válida, lo sería para todos los casos, pues habrá, o podría haber siempre, trabajadores que atendiendo a su libertad individual no se adhieran a la huelga, o no la compartan. En qué forma tal falta de adhesión implique la posibilidad de prestar el servicio objeto de la contratación laboral de tales trabajadores, dependerá de una solución específica de cada ordenamiento, y sobre todo de en qué medida el derecho individual se verá relegado por la preeminencia de

(14) Ibid. p. 38

(15) Tal tratamiento ascético del derecho se denota al buscar la definición legislativa, y evadirse –conscientemente– el tratamiento de las motivaciones que como hecho social puede tener la huelga. Por el contrario, un amplio sector de la doctrina, ha planteado el tema enfocando diversas motivaciones, de las cuales no se excluye ni la protesta, ni la solidaridad “de clase”. Véase entre otros. Alonso García Manuel. *Curso de Derecho del Trabajo*. Barcelona, Editorial Ariel S.A., 8 edición, 1982, pág. 620.

(16) No parece necesario ahondar en la idea de que el sindicato es la forma de organización natural de todos aquellos que requieren de la venta de su fuerza de trabajo para subsistir; con los ajustes que el desarrollo moderno le ha impuesto a tal concepción, pero válida aún en términos generales.

(17) Mengoni, citado por García Abellán, op. cit. pág. 95

la mayoría o de la colectividad. En tal caso resulta frecuente, independientemente de la participación sindical, que la minoría –aún en contra de su voluntad– se vea privada de la asistencia al trabajo en una clara muestra del reconocimiento de los intereses de clase, por sobre intereses individuales, que hace el ordenamiento jurídico.

III. *La titularidad del derecho de huelga en Costa Rica*

El análisis del tema en Costa Rica, debemos formularlo partiendo del análisis de las disposiciones de nuestra Constitución Política y del Código de Trabajo, para posteriormente valorar aquellas resoluciones jurisprudenciales relacionadas con el mismo. En todos los casos, la referencia resulta obligada a los planteamientos de la doctrina nacional en la materia.

A. *La constitución política*

De conformidad con nuestra Constitución Política, los trabajadores costarricenses tendrán derecho a la huelga, “salvo en los servicios públicos, de acuerdo con la determinación que de éstos haga la ley, y conforme a las regulaciones que la misma establezca, las cuales deberán desautorizar todo acto de coacción o de violencia”.⁽¹⁸⁾

Es claro que el Constituyente excluyó del ejercicio del derecho a quienes laboran en los servicios públicos, ya fueran estos prestados por el Estado, sus Instituciones o por los particulares. Sin embargo, la frase final, referida a las “regulaciones” que habría de señalar la legislación ordinaria, cuyo único y claro requisito fue la sanción de coacción o violencia, se refiere no a los servicios públicos, sino a las actividades en que la huelga se encuentra permitida, pero no se indicaron parámetros de ninguna naturaleza para su imposición, de donde la legislación vigente en dicho momento, y que es la actual, válidamente mantiene la exigencia de los procedimientos de conciliación como paso previo a la declaratoria de huelga legal ⁽¹⁹⁾, pero no

(18) Constitución Política, art. 61.

(19) De conformidad con el Código de Trabajo, para declarar una huelga legal los trabajadores deben:

- a) Abstenerse pacíficamente de prestar el servicio con el exclusivo propósito de “mejorar o defender sus intereses económicos y sociales comunes”.
- b) Agotar los procedimientos de conciliación judicial
- c) Constituir “por lo menos el sesenta por ciento de las personas que trabajen en la empresa, lugar o negocio de que se trate”.
- d) No constituir un servicio público.

Código de Trabajo, art. 364, 366, y 368

hace alusión alguna a la organización sindical. La estipulación constitucional sólo excluyó entonces del derecho de huelga a quienes laboran en los servicios públicos, de dónde pareciera válido afirmar que la legislación ordinaria no podría fijar ninguna otra exclusión al derecho, aunque sí imponer regulaciones para su ejercicio, las cuales en ningún caso podrían llevar a la imposibilidad de ejercerlo, en otras palabras, no resulta constitucional que la legislación ordinaria excluya del derecho de huelga a quienes no laboren en los servicios públicos, ni tampoco que las regulaciones para el ejercicio —en las actividades en que se permite— sean de tal dimensión que impidan su efectiva vigencia.

B. *El Código de Trabajo*

Es necesario señalar que cuando se aprobó el texto constitucional actual, ya se encontraban en vigencia las actuales regulaciones ordinarias, pues el Capítulo de Derechos y Garantías Sociales fue incorporado a la Constitución Política en 1943, días antes de la aprobación del Código de Trabajo, legislación que contiene una marcada preferencia, en materia de huelga, por la coalición temporal de trabajadores, pero que también contiene específicas disposiciones que confieren al sindicato tal titularidad.

1. *La coalición temporal de trabajadores.*

Las regulaciones de nuestra legislación ordinaria, como se ha indicado, refieren el ejercicio de la huelga, por regla general, a la participación en los procedimientos de conciliación judicial de la coalición temporal de trabajadores, y sólo excepcionalmente hacen referencia a la organización sindical. Tal forma de tratar el asunto resulta totalmente congruente con el momento histórico de aprobación de la legislación, pues en 1943 eran muy pocas las actividades en las que el movimiento sindical tenía una influencia importante, y sobre todo, hasta ese momento, las reivindicaciones en materia laboral venían siendo enfrentadas por los trabajadores coaligados para esos efectos únicamente ⁽²⁰⁾, esa nos parece una valoración que explica en esencia la concepción del legislador, a la cual puede adicionarse la poca o ninguna presencia en nuestro medio de entonces, de la Convención Colectiva de Trabajo, lo que llevó incluso a

⁽²⁰⁾ Castro Hidalgo Abel. El proceso colectivo constitutivo de trabajo en la legislación costarricense. Revista de Ciencias Jurídicas. San José. No. 32, Mayo-Agosto de 1977, págs. 101, 102.

confusiones conceptuales todo en el mismo texto constitucional, incorporado en 1943, sino también en la propuesta de legislación ordinaria.

Se ha formulado el planteamiento, de que tal concepción general, que confiere la titularidad de la huelga –por regla general– a la coalición de trabajadores obedece a la intención de no excluir de su ejercicio a los trabajadores de las empresas pequeñas ⁽²¹⁾, con menos de veinte trabajadores.⁽²²⁾ Creemos equivocado tal planteamiento porque aún si se hubiese establecido que sólo el sindicato podría promover la huelga, o ser su titular, es lo cierto que nuestro legislador previó también la existencia de sindicatos de carácter industrial, y no sólo de empresa, con lo cual tal conflicto encontraría una adecuada solución.

2. El sindicato como titular de los procedimientos de conciliación

De conformidad con el artículo 56 del Código de Trabajo, si dentro de los treinta días siguientes a la solicitud que el sindicato de trabajadores formule al patrono, no se llega a un acuerdo “pleno” sobre las estipulaciones de la Convención Colectiva, cualquiera de las partes podrá “pedir a los Tribunales de Trabajo que resuelvan el punto o puntos en discordia”.⁽²³⁾ Es claro que tratándose de un conflicto colectivo de intereses o de carácter económico social, el legislador remitió la discrepancia a los órganos encargados de su resolución, específicamente a los Tribunales de Conciliación Judicial, y así lo admite unánimemente nuestra doctrina.

Sin embargo, de la disposición citada se ha llegado a la conclusión de que por tratarse de la falta de acuerdo “pleno”, “si se han iniciado las negociaciones para la celebración de una convención colectiva, ya no será posible recurrir a la huelga...”⁽²⁴⁾, distinguiendo entre falta de acuerdo y negativa total a negociar por parte del patrono. Nuevamente nos parece equivocado el planteamiento, pues a nuestro juicio, el legislador no distingue entre acuerdo no logrado pese a las conversaciones y falta de inicio de las conversaciones, pues a los efectos que en verdad interesan en ambos casos estamos en presencia de un conflicto colectivo de carácter económico social, y la solución que el ordenamiento brinde debe ser la misma para ambos

(21) Van Der Laat Bernardo, *La Huelga y el Paro...* pág. 51

(22) De conformidad con el Código de Trabajo, veinte es el número mínimo de trabajadores exigido para la constitución de una organización sindical. Código de Trabajo, art. 343

(23) Código de Trabajo, art. 56 inciso d)

(24) Van Der Laat Bernardo. *La Huelga y el Paro...* pág. 110

casos, pues de lo contrario bastaría al patrono la negativa en algunas de las estipulaciones para lograr un tratamiento diverso, pese a que en ningún momento ha privado en el un interés de negociar efectivamente.

De todas formas, la falta de acuerdo pleno, o la negativa total a negociar, darán lugar al inicio de los procedimientos de conciliación judicial, procedimiento previo y obligatorio en nuestra legislación para obtener la declaratoria de huelga legal. Con lo anterior, y en aplicación de la norma en comentario, se ha admitido que el sindicato puede ser titular de dichos procedimientos, cuando se trate de un proyecto de Convención Colectiva de Trabajo que no ha sido suscrito, por falta de acuerdo entre las partes, en el término que la legislación confiere.⁽²⁵⁾

3. La falta de acuerdo en el procedimiento de conciliación

El artículo 56 inciso d) del Código de Trabajo, no realiza ninguna distinción en cuanto a cual de las partes, patrono o sindicato de trabajadores, debe formular la solicitud de intervención del Tribunal de Conciliación Judicial. Por el contrario, la norma clara y expresamente indica "cualquiera de las partes", con lo que difícilmente pueda llegarse a una conclusión que excluya a alguna de ellas como sujeto capaz de dar inicio, con su gestión a los procedimientos. No cabe duda de que es esta una solución un tanto particular, por cuanto podría pensarse en que el titular de los procedimientos es aquel que gestiona las pretensiones, en este caso el sindicato firmante del proyecto de Convención Colectiva de Trabajo, pues ante la falta de acuerdo, bien podría desistir de su pretensión inicial. Sin embargo, como queda señalado, expresamente nuestro legislador optó, posiblemente en consideración a la necesidad de finalización de un conflicto de interés general, por admitir a cualquiera de ellas como gestor de los procedimientos. Tal solución, de todas formas, no parece afectar la esencia de la cuestión, pues independientemente de quien accione el inicio de los procedimientos, es lo cierto que las pretensiones que generan el conflicto colectivo tienen un único gestor: la organización sindical.

El procedimiento de conciliación judicial así iniciado, en el cual una de las partes será la organización sindical que pretende la Convención Colectiva de Trabajo, puede terminar de manera normal o anormal. Terminará normalmente, cuando las partes por sí mismas, o atendiendo a las gestiones del Tribunal logran el acuerdo respecto a sus discrepancias ⁽²⁶⁾ o

(25) Vid supra, notas 23 y 24

(26) Código de Trabajo, arts. 509, 510, 512.

bien cuando el Tribunal, sin haber logrado aquel acuerdo da por finalizados los procedimientos de manera infructuosa ⁽²⁷⁾, y de manera anormal, el procedimiento terminaría por el desistimiento de la parte promovente del instrumento colectivo, o por el acuerdo extrajudicial (transacción extrajudicial) que ponga término a la discrepancia.

Sin embargo, aquí nos interesa, únicamente aquella terminación normal, sin acuerdo entre las partes respecto a las pretensiones sindicales, es decir, la denominada en nuestro medio, conciliación infructuosa, pues ella nos ubica frente a pretensiones no satisfechas, impulsadas incluso ante el Tribunal, por una organización sindical.

C. El sindicato titular del derecho de huelga

Cuando se trate de un proyecto de Convención Colectiva en una de las actividades que no constituyen servicio público, conforme a las normas de nuestra legislación ⁽²⁸⁾, podrá el sindicato solicitar la declaratoria de huelga legal, siempre y cuando reúna los requisitos porcentuales que se exigen ⁽²⁹⁾. Tal afirmación, de todas formas no ajena a nuestra doctrina ⁽³⁰⁾, encuentra fundamento en diversas disposiciones de nuestra legislación, que confirman que desde 1943 nuestro legislador dejó señalado tal posibilidad, lo cual ha sido reiterado por reformas posteriores.

(27) Código de Trabajo, art. 512. En relación a la terminación normal por acuerdo entre las partes ante el Tribunal de Conciliación, cabe plantearse el problema de si se tratará de un Convento Conciliatorio, en los términos del artículo 509 del Código, o si por el contrario se trata de una Convención Colectiva de Trabajo. Para quienes el procedimiento sólo se aplica ante discrepancias totales, o negativas totales a la negociación, se tratará de un Convenio Conciliatorio; sin embargo, pareciera correcto plantear que en todos los casos se trata de una Convención Colectiva pactada ante el Tribunal de Conciliación, ya sea en su totalidad, cuando la negativa a negociar ha sido total, o parcialmente, cuando las discrepancias no han alcanzado a la totalidad del proyecto de instrumento. Lo contrario llevaría a admitir, en este último caso, la vigencia simultánea de dos instrumentos, a saber, Convención Colectiva y Convenio Conciliatorio.

(28) Código de Trabajo, art. 369

(29) Código de Trabajo, art. 366 inciso d)

(30) Van Der Laat Bernardo. *La Huelga y el Paro...* pág. 110

1. El artículo 346 del Código de Trabajo

Conforme a esta norma, corresponderá a la Asamblea General del Sindicato, no sólo la aprobación definitiva de las Convenciones Colectivas de Trabajo ⁽³¹⁾, sino que como máxima instancia sindical, le corresponde también “declarar las huelgas...legales”⁽³²⁾. El texto de la norma, basta para sostener la procedencia de que también al sindicato corresponde la titularidad de los procedimientos que conduzcan a la huelga en nuestro país, al menos en la hipótesis que aquí se señala, y que no excluye otra u otras, pues el enunciado legislativo parece suficientemente claro ⁽³³⁾ y no admite, a nuestro juicio, una diversa interpretación.

2. El artículo 371 del Código de Trabajo

Es esta una norma de poca claridad ⁽³⁴⁾, la cual, en el aspecto que aquí tratamos ha sido bastante ignorada por la doctrina nacional ⁽³⁵⁾, la cual a lo sumo ha tratado de darle explicación a su texto sobre la base de la confusión que tuvo el legislador costarricense entre contrato colectivo de trabajo (contrato de equipo) y Convención Colectiva ⁽³⁶⁾. Pero en honor a la verdad, tal enfoque no resulta correcto por dos razones. Primero, porque la confusión que se acusa, entre dichos conceptos, no fue del legislador, sino de los proponentes de la legislación laboral, los cuales llamaron en su proyecto de Código de Trabajo contrato colectivo a la Convención Colectiva de Trabajo, situación que precisamente fue el legislador quien se encargó de corregir, tal y como bien señala el informe de la Comisión Especial

(31) Código de Trabajo, art. 346, inciso c.

(32) Ibid, inciso e

(33) En ese sentido: Van Der Laat Bernardo. La Huelga y el Paro...pág 50

(34) Establece el artículo 371. “Si los Tribunales de Trabajo declaran que los motivos de una huelga legal son imputables al patrono, por incumplimiento del contrato o contratos de trabajo, por la negativa injustificada a celebrar una convención colectiva o por maltrato o violencia contra los trabajadores, condenará a aquel al pago de los salarios correspondientes a los días en que estos hayan holgado”. Código de Trabajo, art. 371.

(35) El Prof. Castro Hidalgo, en su estudio citado (vid supra nota 20) se limita a analizar el yerro del legislador en cuanto a establecer el incumplimiento de contratos individuales de trabajo, o contratos de equipo, como motivos de la huelga, pero en relación al término Convención Colectiva, lo equipara a contrato colectivo, dado el deficiente manejo técnico que, a su juicio, tuvo el legislador, op. cit. pág. 99

(36) Ibid.

Legislativa que estudió y rindió dictamen sobre la propuesta; y en segundo lugar, porque el texto del artículo 371, fue propuesto de manera diversa al actual enunciado ⁽³⁷⁾, y fue el legislador quien expresamente acordó la inclusión de la referencia a la negativa a la suscripción de la Convención Colectiva, como causal de huelga legal, con el consecuente pago de salarios dejados de percibir como sanción al patrono.

Puede ser que la norma en comentario no se ajuste a los dictados de la doctrina respecto a que determinados conflictos jurídicos generen una huelga, pero es lo cierto que hace referencia expresa a un conflicto colectivo de carácter económico social, la negativa a la suscripción de la Convención Colectiva de Trabajo, ya no sólo como hecho que puede desencadenar la huelga legal, sino que se estableció una sanción económica para el patrono. El legislador fue, aparte de claro, consciente, pues tal aspecto no estaba contemplado en el proyecto original enviado a su conocimiento por el Poder Ejecutivo de entonces.

Conforme a lo señalado, el Tribunal de Conciliación, al momento de rendir el informe final ⁽³⁸⁾ deberá además en los casos de conciliación judicial originados en la falta de acuerdo sobre una Convención Colectiva de Trabajo, calificar si la negativa patronal resulta injustificada o no, para la correspondiente aplicación –si procede– de la sanción económica. Resulta claro que aún en estos casos, la huelga no siempre generará el pago de salarios a cargo del patrono, pues puede tratarse de una negativa a la suscripción –total o parcial– del instrumento, que el Tribunal considere justificada, pero que en todo caso generaría de acordarlo así la Asamblea General del Sindicato, y reunirse aparte de los restantes requisitos, el requerimiento porcentual, una huelga legal.

3. La huelga en servicios públicos

Aparte de lo señalado, dos normas legislativas más justifican semejantes conclusión. En primer lugar, el párrafo final del artículo 56

(37) La propuesta de artículo 371, establecía: "Si los Tribunales de Trabajo declaran que los motivos de una huelga legal son imputables al patrón, por incumplimiento del contrato o contratos de trabajo por maltrato o violencia contra los trabajadores, condenarán a áquel al pago de los salarios correspondientes a los días en que estos hayan holgado". Proyecto de Código de Trabajo. 1943. Biblioteca Nacional.

(38) Código de Trabajo, art. 512

del Código de Trabajo, que se adicionó mediante reforma legislativa de 1954 ⁽³⁹⁾, según el cual, los trabajadores de patronos sujetos de los denominados "contratos-ley", fundamentalmente de la actividad agrícola y de ferrocarriles, quienes tenían autorizado, en las disposiciones de dichos particulares contrataciones con el Estado, la posibilidad de huelga pese a tratarse de servicios públicos conforme a la ley, podrían dar inicio a los procedimientos de conciliación judicial, como medida previa a la huelga. Tal adición, de 1954, no hace sino confirmar que quienes no laboraran en una de las actividades reguladas por un "contrato ley", ni en un servicio público, si no tener vedada la posibilidad de huelga, no requerían de ser cubiertos por el párrafo adicionado, ante la falta de acuerdo sobre las estipulaciones de una Convención Colectiva.

En segundo lugar, nuestro legislador estableció un procedimiento de conciliación administrativa, para la huelga que afectara la actividad del transporte. Es este un procedimiento especialísimo dada su naturaleza de servicio público ⁽⁴⁰⁾, y de manera específica se señaló: "Vencido este plazo sin que se haya llegado a un arreglo, la huelga será permitida, pero el Sindicato respectivo no podrá llevarla a cabo sin haber dado aviso de su decisión al Ministerio de Trabajo..." ⁽⁴¹⁾

Independiente de los problemas o visos de inconstitucionalidad que afectan o afectaban a ambas normas, es lo cierto que estas reformas legislativas, posteriores a la aprobación del Código de Trabajo, confirmaron la titularidad de la organización sindical respecto a la huelga. ⁽⁴²⁾

(39) Mediante ley No. 1824 del 24 de diciembre de 1954 se adicionó un párrafo que dice: "En los casos en que los patronos hayan celebrado contratos con el Estado, aprobados por una ley de la República, en los cuales se haya estipulado que no es obligatorio el procedimiento de arbitraje para resolver los conflictos entre dicho patrono y sus trabajadores, al finalizar el término anteriormente señalado, cualquiera de las partes podrá acudir al procedimiento establecido en el Título Sexto de este Código"

(40) Código de Trabajo, art. 366, párrafo segundo. Esta norma fue declarada inconstitucional, y en consecuencia inaplicable, en Sesión de Corte Plena del 5 de julio de 1979.

(41) Ibid

(42) Cfr. Castro Hidalgo Abel y otros. *Convenciones Colectivas celebradas en Costa Rica*. Revista de Ciencias Jurídicas. San José. No. 35, Mayo-Agosto de 1978, págs. 46-49

4. El artículo 344 del Código de Trabajo

Recientemente, en 1982, fue aprobada una reforma legislativa que no ha sido valorada aún por la doctrina y la jurisprudencia nacional, en relación al tema que nos ocupa.⁽⁴³⁾ Conforme al actual texto del artículo 344 del Código de Trabajo, no debería de existir duda respecto a la titularidad que cabe al sindicato de trabajadores del derecho de huelga, tratándose de la negativa del patrono al reconocimiento de su personería, fundamentalmente para los efectos de la negociación colectiva. La referencia al artículo 366 que hace la norma, si bien resultaba innecesaria, remarca el acento respecto a la necesidad de contar con el 60% de trabajadores en apoyo de las pretensiones, tratarse de la defensa de intereses económico sociales comunes a los trabajadores, y cumplir con los procedimientos de conciliación judicial como trámite previo; pero en lo que aquí interesa, es clara la titularidad del derecho de huelga que se le concede al sindicato. Si cabe el reproche al legislador, de que por referirse la norma a una "negativa" al reconocimiento de la personería jurídica de la organización sindical, si resulta —ahora— procedente la distinción entre negativa total a negociar y falta de acuerdo, pues sólo en el primero de los supuestos se aplicaría esta regla.

D. La Jurisprudencia

En esta materia, nuestra jurisprudencia ha optado por una línea totalmente contraria a nuestros planteamientos anteriores, y a las normas jurídicas precitadas. Si bien se ha admitido al Sindicato como titular de los procedimientos, ante la falta de acuerdo pleno sobre las estipulaciones de una Convención Colectiva de Trabajo, y una vez vencido el término de un mes, se ha distinguido según quien acuda ante las Autoridades Judiciales sea el patrono o la organización de trabajadores, y se ha negado, la posibilidad

(43) Mediante ley N°. 6771 del 5 de julio de 1982, se adicionó un párrafo final al artículo 344 del Código de Trabajo, que dice: "La certificación que extienda la mencionada oficina, tendrá fe pública y los patronos están obligados, con vista de ella, a reconocer la personería del Sindicato para todos los efectos legales. La negativa patronal a reconocer la personería del sindicato, legalmente acreditada mediante la certificación referida, dará lugar, en su caso, si el sindicato lo solicitara, a que los Tribunales declaren legal una huelga; todo sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 366 de este Código". Código de Trabajo, art. 344

de huelga legal en ambos supuestos.⁽⁴⁴⁾ Tal criterio jurisprudencial, erróneo a nuestro juicio, será objeto de análisis a continuación.

1. *La gestión sindical ante la falta de acuerdo*

Según nuestra jurisprudencia, cuando el conflicto se presenta a conocimiento de los Tribunales de Trabajo, a gestión de la organización sindical, la discrepancia o discrepancias deberá ser resuelta por el Tribunal de Conciliación en su primera etapa, pero finalizada esta sin el correspondiente acuerdo, no existirá posibilidad de huelga legal, sino que procede el arbitraje obligatorio.

A pocos años de promulgado el Código de Trabajo, se afirmó: “doctrinariamente, en el proceso de formación de una Convención Colectiva de Trabajo, se manifiesta un conflicto de carácter económico social que tiende a resolverse creando normas que regulen las situaciones que lo producen; la creación de tales normas es desde luego atribución primordial de las partes, bien por arreglo directo o por medio de los Tribunales de Conciliación, y en último término función de los Tribunales de Arbitraje, pero nunca materia de conocimiento de un juez de trabajo, que solamente está llamado a la aplicación de las normas van existentes por ley, contrato o convención (artículos 56 inciso d), 395 inciso b) del Código de Trabajo...)III. Sometida a los Tribunales de Trabajo de acuerdo con lo expuesto en el considerando la resolución de los puntos en discordia, procede la instalación del Tribunal de Arbitraje que ha de dictar el pronunciamiento que corresponda...IV. El pronunciamiento acerca de la legalidad de la huelga que la delegación de los trabajadores solicita, es improcedente porque la resolución del punto o puntos en discordia debe ser obtenida en la vía arbitral, como queda expuesto, y en consecuencia, no tiene en la especie cabida una huelga”.⁽⁴⁵⁾

La resolución precitada no sólo ignora normas claras y específicas de nuestra legislación ⁽⁴⁶⁾, sino que al establecer una regla inflexible, sin distinguir entre servicios públicos y los que no lo son, crea un supuesto de

(44) Blanco Vado Mario, Hernández Venegas Manuel. *El Arbitraje, sistema de solución de conflictos colectivos de trabajo*. San José. Tesis para optar al Título de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1983. pág. 186

(45) Tribunal Superior de Trabajo de San José, No. 730 de 10:15 horas del 31 de octubre de 1950, Diligencias de Conciliación del Sindicato de Trabajadores de Artes Gráficas contra Imprenta Trejos Hermanos.

(46) Vid. supra, sección III, C.

arbitraje obligatorio en actividades en las cuales la huelga no se encuentra prohibida, lo cual resulta opuesto al expreso dictado del artículo 61 de nuestra Constitución Política.⁽⁴⁷⁾

2. *La gestión patronal ante la falta de acuerdo*

Pero aparte del señalamiento de que procederá en todos los casos el arbitraje obligatorio, nuestra jurisprudencia –varios años después– no sólo ha reiterado tan erróneo criterio, sino que ha agravado la difícil situación a enfrentar por las organizaciones sindicales en esta materia, al señalar, que cuando es el patrono quien gestiona la intervención de los Tribunales, para solucionar la falta de acuerdo, no procede siquiera la etapa de conciliación, sino que de inmediato debe darse inicio al arbitraje obligatorio.

Así se afirmó:

“...estima este Tribunal que no es aplicable al caso la jurisprudencia que cita el a quo en la resolución impugnada que contempló el caso inverso a éste, a saber, de parte de los trabajadores cuál vía deben utilizar para resolver el diferendo. En este caso es el patrono el que recurre a los Tribunales en busca de solución. Y, como bien lo apunta el apoderado de la actora, las reglas del llamado conflicto colectivo de carácter económico social que contiene el Código de Trabajo en sus artículos 500 y siguientes están dictadas teniendo en mente la acción colectiva por parte de un grupo de trabajadores y no de una persona en singular, caso de la empresa patrono accionante. Resultaría imposible aplicar esas normas procedimentales al caso presente, pero si existe, a juicio del Tribunal, una vía que se adapta a la resolución del diferendo en el sub-judice a saber, el procedimiento de arbitraje ordenado en los artículos 519 y siguientes entendiendo que el Tribunal interpreta que ese es el procedimiento aplicable a la situación de autos, ante la inexistencia de normas expresas que indiquen otro...”⁽⁴⁸⁾

Si en 1950 nuestros jueces erraron al negar la posibilidad de huelga una vez finalizada infructuosamente la conciliación, en 1982, con la resolución transcrita no sólo reiteraron su error, sino que hicieron evidente la operación ideológica de restricción del derecho constitucional a la huelga.

(47) Blanco Vado y Hernández Venegas. op. cit. pág. 188

(48) Tribunal Superior de Trabajo de San José, No. 2193 de 10:15 horas del 16 de julio de 1982. Arbitraje de Montemar Sociedad Anónima y Sindicato Unitario Nacional de Trabajadores de la Construcción y Similares (SUNTRACS). Exp. 510-82 Tribunal de Arbitraje del Circuito Primero de Trabajo de San José.

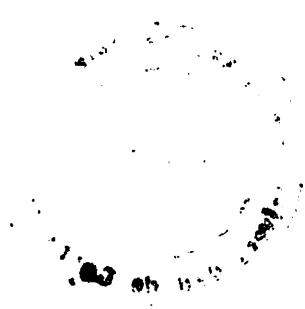
Se parte de “un supuesto equivocado, pues las normas de la conciliación judicial no se encuentran previstas sólo para el caso de que sean los trabajadores los promoventes, sino más bien, para la solución de conflictos colectivos, que son tales no por la cantidad de personas que lo promuevan, sino por la naturaleza de los intereses en juego, que en el caso en examen no han dejado de ser colectivos por la sola gestión de la empresa...”.⁽⁴⁹⁾ Es claro que, tan inaplicables resultarían los procedimientos de conciliación a la gestión del patrono, como los de arbitraje que indica el Tribunal Superior de Trabajo; aparte de que se negaría la posibilidad del paro defensivo a dos o más patronos que reciban un proyecto de Convención Colectiva de un único sindicato.

De ambas resoluciones, y fundamentalmente de la referida a la gestión patronal, resulta evidente el perjuicio que se causa a las organizaciones sindicales en materia de negociación colectiva, y sobre todo, la posibilidad que jurisprudencialmente se otorga al patrono de retrasar los procedimientos e impedir la suscripción del instrumento colectivo, pues su eventual falta de buena fe en la negociación no le resulta ni imputable, ni mucho menos sancionable en forma alguna. De todas formas, una interpretación integral de las normas jurídicas, que hubiese ya no sólo respetado las normas específicas en la materia, sino los principios generales fijados por el legislador, bien pudo conducir a los jueces a una solución muy diversa de la cuestión, pues para la interpretación de nuestra ley laboral –admitiendo que se trata de la interpretación y no de la aplicación de normas– se “tomarán en cuenta, fundamentalmente, el interés de los trabajadores y la conveniencia social”⁽⁵⁰⁾, respecto a lo primero no cabe duda, y respecto a lo segundo, evidentemente se trata de una valoración no exenta de connotaciones ideológicas.



(49) Blanco Vado y Hernández Venegas. op. cit. pág. 189.

(50) Código de Trabajo, art. 17.



LA REFORMA DEL ESTADO(*)

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez
Decano de la Facultad de Derecho
Catedrático de Derecho Público y Administrativo
Miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas

(*) Ponencia presentada a la 29a. Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados. San José, Colegio de Abogados de Costa Rica. Noviembre 22 al 26 de noviembre de 1991

SUMARIO

Siglas más usadas
Resumen / abstract

- I Introducción
- II El Mito de la Neutralidad Valorativa
- III Definición
- IV Motivación
- V Supuestos
- VI Plan integral
- VII Finalidad
- VIII Primera tarea
- IX Causas de la relocalización del Estado
- X Un Estado moderno
- XI Criterios
- XII Composición
- XIII Medios
- XIV Privatización
- XV Movilidad laboral
- XVI Transferencia de competencias de organismos nacionales a las municipalidades
- XVII A modo de conclusión
- XVIII Referencia bibliográfica

RESUMEN

La reforma del Estado está diseñada para que los países deudores del Tercer Mundo paguen sus deudas externas a sus acreedores del Mundo Desarrollado.

Privatizaciones y movilidad laboral son vías de ejecución de esa transformación estatal cuyos efectos sobre la sociedad son incalculables; pero que de por sí, ya se conocen algunos negativos en nuestro país: inflación, desempleo, pobreza, aumento de la brecha entre ricos y pobres y una desestabilización económica, social y política fuerte. Así la democracia y el Estado de Derecho están en peligro.

ABSTRACT

The State's reformation has been design so that the debtors countries of the Third World pay its external debts to their creditors of the Develop World.

To privatize public institutions and to fire people from the public sector are ways to achieve the State transformation which effects over Society are incalculable. Some of those negatives effects such as inflation, unemployment, poverty, increase of the gap among rich and poor has strike already our Country deteriorating the economic, social and political stability.

The final effect is that the State and the Democracy are in danger.

SIGLAS MAS USADAS

OFI	Organismos Financieros Internacionales
FMI	Fondo Monetario Internacional
BM	Banco Mundial
COREC	Comisión de Reforma del Estado Costarricense
RE	Reforma del Estado
BCCR	Banco Central de Costa Rica
UCR	Universidad de Costa Rica
IIE	Instituto de Investigaciones Económicas (UCR)
IIS	Instituto de Investigaciones Sociales (UCR)
CFE	Fondo de Cultura Económica (México)
RCJ	Revista de Ciencias Jurídicas (UCR)
RCS	Revista de Ciencias Sociales (UCR)
RCE	Revista de Ciencias Económicas (UCR)
RNS	Revista Nueva Sociedad (Venezuela)

El mercado debe ser controlado oportunamente por las fuerzas sociales y por el Estado, de manera que se garanticen la satisfacción de las exigencias de toda la sociedad

Juan Pablo II

Encíclica *Centesimus Annus*, 1 de mayo de 1991

I. INTRODUCCION

Lo que se conoce como *reforma del Estado* pretende diseñar un nuevo aparato estatal en base a una reducción del tamaño y de la dimensión de la Administración Pública (sector público).

Para los efectos de este trabajo haremos sinónimos los conceptos de Estado, aparato estatal, sector público y Administración Pública, sabiendo que desde otras perspectivas se pueden definir en forma diferente.

Esta reforma estatal para llegar al Estado mínimo o reducido y liquidar sus distorsiones, traslapes o yuxtaposiciones no responde a un proyecto nacional o costarricense, que responde a un proyecto nacional o costarricense, que responda a las necesidades e ideas nacionales, sino que es un proyecto impuesto por los organismos financieros internacionales, a propósito de la deuda externa y encubado en la década pérdida de los años 80's.

II. EL MITO DE LA NEUTRALIDAD VALORATIVA

En toda esta discusión sobre la reforma del Estado, vale la pena destacar *el mito de la neutralidad valorativa*.

Algunos defensores de esta reforma tratan de indicar que sus argumentos son científicos, técnicos y sin contaminación ideológica. Sin embargo, ello es falso.

Parten de una serie de prejuicios, estereotipos y creencias que nada tienen que ver con eso que llaman "ciencia". Es ideología lo que elaboran. Es decir, con sus argumentos subjetivos insisten en ocultar bajo el ropaje de lo "científico" aquellos que es una tesis argumentativa en favor de estas políticas de reforma estatal.

Así parten de estos supuestos ideológicos:

- * el Estado es pésimo administrador
- * el sector privado es buen administrador
- * la corruptela solo se da en el sector público
- * el mercado selecciona los mejores empresarios
- * el Estado distorsiona el mecanismo del mercado y daña el sistema económico
- * los empresarios privados son honestos, eficientes, muy responsables
- * los burócratas públicos son vagos, irresponsables y corruptos

Obviamente, las personas, las cosas y los procesos no son blanco y negro. Existen además, procedimientos y herramientas de la ciencia social que sirven para orientar las investigaciones de campo o empíricas con el fin de penetrar la realidad y así no poner los prejuicios y estereotipos por delante para justificar una posición muy interesada en privatizar las empresas públicas más rentables.

III. DEFINICION

La reforma del Estado puede ser definida como un proceso integral que incluye lo político, económico, social y administrativo. Este proceso tiene su base en lo jurídico y por tanto existe un compromiso de lo jurídico con lo ideológico y político (José Roberto Dromi *et al*, *Reforma del Estado y privatizaciones*, Buenos Aires, Astrea, tomo I, 1991, p. 29).

IV. MOTIVACION

La *reforma del Estado* está anclada dentro del programa estructural (los llamados PAE) impuesto por los organismos financieros internacionales (OFI) con el fin de que cada país del Tercer Mundo que debe a sus acreedores del Primer Mundo, pueda cancelar su deuda externa y mantener así los vínculos de dependencia global con respecto a los países desarrollados.

Efectivamente en nuestro país existe el criterio de que el Estado se debe reformar o transformar dentro de una óptica nacionalista; pero, jamás de acuerdo a los dictados y los intereses de los países acreedores, cuyo fin es mercantil y de dependencia económica.

Así por ejemplo, se ha indicado que la crisis del Estado costarricense se profundiza en la década de 1980 ante la conformación de un nuevo orden económico internacional y la crisis política de Centro América entre otros, factores que afectaron la organización económica del país, así como el Estado en términos de sus papeles y requerimientos para conducir a la sociedad costarricense (cf. COREC I, *Reforma del Estado en Costa Rica*, Edicosta, 1990, p. 23).

V. SUPUESTOS

Uno de los supuestos más esenciales es la existencia de consenso o aceptación mayoritaria de parte de la colectividad nacional; pero este

requisito de base no se ha cumplido, ya que los Gobiernos que desde años atrás vienen ejecutando el PAE desde las Administraciones de Luis Alberto Monge, 1982-1986; Oscar Arias 1986-1990 y la presente están llevando a cabo estos programas desde la cúpula sin consenso ni respaldo popular con el objeto de cumplir el mandato de los organismos citados (OFI).

Otro supuesto elemental es el de sujetar esos PAE al ordenamiento jurídico nacional; pero, ello no se hace ya que nuestra Constitución Política no es liberal ni neoliberal en términos económicos (no, en lo que se refiere a las corrientes filosóficas ni políticas).

Nuestra Constitución Política es intervencionista y refleja un Estado del bienestar, populista, paternalista, lo cual es lógico ya que nace en el clima de 1948-1949, el cual perfila esa clase de Estado fruto de los embates de las dos guerras mundiales y la crisis de 1929-1930 en el mercado mundial.

Pero si hay un choque frontal entre el modelo de Estado costarricense vigente en la Carta Magna y las corrientes neoliberales extranjeras que imponen los OFI, no hay duda que los PAE son inconstitucionales y no se deben aplicar por ir contra lo fundamental de nuestro ordenamiento jurídico.

La respuesta, en parte, está en el hecho de que los brazos ejecutores de los PAE y de las políticas de los OFI son los economistas neoliberales a quienes no les importa, ni a los OFI, el derecho interno de cada país subdesarrollado y deudor.

VI. PLAN INTEGRAL

Dromi y su equipo confiesan claramente que la *reforma del Estado* es un plan integral, un cambio esencial y global del Estado y la sociedad argentina. Se trata de una transformación de la estructura económica y el cambio social; pero eso no les impide reconocer que esa transformación exige consenso y de suyo participación de todos los "actores sociales" (Dromi, cit., 1991, I, pp. 30 y 31).

VII. FINALIDAD

La finalidad de la *reforma del Estado* es recuperar soberanía, autodeterminación y reintegrar a los ciudadanos la libertad y la iniciativa que les enajenó el Estado. Se pretende la revolución más formidable para nuestro tiempo (cit. Dromi, I, p. 41. Carlos Menem y Roberto Dromi. *Reforma del Estado y transformación nacional*, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1990, pp. 100 y 101).

Obviamente se trata de expresiones oficiales, dadas por la cúpula del gobierno argentino actual, siendo Dromi ex-Ministro de Obras Públicas y profesor de Derecho Administrativo, uno de los ideólogos más relevantes de este proceso extranjerizante en ese país.

Lo importante es que declaran abiertamente que la *reforma del Estado* y las privatizaciones son todo un proceso de transformación nacional y global, integral (cit. Dromi, I, p. 42).

VIII. PRIMERA TAREA DE LA REFORMA DEL ESTADO

Esa tarea es la de relocalizar el Estado desburocratizarlo. Eso consiste en situarlo en un nuevo y distinto lugar.

Relocalizar el Estado significa democratizarlo porque se aspira a un Estado social y democrático de Derecho (cf. Menem-Dromi, p. 107).

IX. CAUSAS DE LA RELOCALIZACION DEL ESTADO

Esas causas entre otras son las siguientes:

1) *Crecimiento desmedido del Estado*

Las actividades del Estado como empresario, industrial, productor y como comerciante ya no tienen vigencia.

El Estado se ha agotado como empresa estatal (Estado-empresario). Ha fracasado el paternalismo estatal, ha fracasado el empresario minusválido y el empresario especulador. Ha fracasado la empresa pública protegida y la empresa pública subsidiada (cf. Menem-Dromi, cit., pp. 108 a 111).

Efectivamente, el Estado como un espacio clave para las clases sociales hegemónicas (Nicos Poulantzas) siempre será el lugar preferido por las elites (Gaetano Mosca, Wilfredo Pareto) en su labor de dominación global; y, por ello, han disfrutado de los mecanismos de las políticas estatales para su fortalecimiento político, social y económico; así por ejemplo, los contratos industriales, la ley FODEA, los CAT's y una serie de privilegios, subsidios y exoneraciones que tienen el Estado quebrado y en una espiral de déficit fiscal galopante. Lo que no se dice es que esa clase de privilegios y beneficios se destinaban a la clase gobernante de este país y a favorecer a las compañías transnacionales.

Ahora con la tesis de la privatización dismantelan al Estado en beneficio de la empresa privada local y extranjera ya que impulsan la venta de aquellas empresas del Estado que tienen superávit; y, tienen un atractivo comercial importante para el capital nacional y extranjero.

El sector privado supranacional y local es más agresivo: quiere la propiedad de la Refinadora Costarricense de Petróleo (RECOPE), el Instituto Nacional de Seguros (INS), Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), etc. A esto le llaman privatizar, democratizar el Estado y democratizar el mercado. Y, por supuesto ayudar a *reformular el Estado*, contribuir a hacer el Estado más pequeño, un Estado mínimo.

2) *Desequilibrio de la relación Estado-individuo y Estado-sociedad*

El intervencionismo estatal ha roto la relación equilibrada de Estado-sociedad y Estado-individuo.

El Estado ahoga y asfixia al individuo y a la colectividad.

El Estado le niega al individuo el aire, el trabajo, el salario digno, la seguridad, la justicia. (cf. Menem-Dromi, cit., p. 111-112).

La pregunta clave es: ¿quienes han venido sangrando al Estado en su beneficio? ¿Quienes han convertido al Estado en reproductor del capital y del poder en su máxima expresión?

Obviamente la clase gobernante, tanto radicada en suelo nacional como las empresas megatransnacionales.

En Argentina, por ejemplo, el poder de *Bunge & Born*. Este consorcio "argentino" es el tercer comerciante en granos del mundo, uno de los más importantes en la producción de fibras del orbe y en 80 países de la Tierra, sus agentes compran y revenden toda clase de productos agrícolas. Sus explotaciones agrícolas suman más 700.000 hectáreas. Este imperio *Bunge & Born* está establecido en más de 80 países, realiza negocios por un valor de más de 10.000 millones de dólares y emplea a más de 60.000 personas en todo el mundo. (Raúl Green y Catherine Laurent. *El poder de Bunge & Born*, Buenos Aires, Legasa, 1989, pp. 9 a 12; y, 171 a 178).

Ese imperio tiene en la Argentina, entre otros países, una enorme influencia sobre el Estado. Por ello queda en nada la relación Estado-individuo; Estado-colectividad o sociedad. Pero, ocultan Menem-Dromi las verdaderas relaciones importantes: Estado-clase social gobernante; Estado-empresas supranacionales.

En este mismo sentido del poder del capital nacional y transnacional en la Argentina y sus relaciones de instrumentalización del Estado en su beneficio, pueden citarse estas obras entre otras: Eduardo Basualdo y Daniel Azpiazu. *Cara y contracara de los grupos económicos*, Buenos Aires, Cantaro, 1989; Alfredo Carcaño. *La perversa deuda*, Buenos Aires, Legasa, 1988; Eduardo Basualdo. *Deuda externa y poder económico*, Buenos Aires, Ed. Nueva América, 1987; y, Rudiger Dornbusch y Juan Carlos de Pablo. *Deuda externa e inestabilidad macroeconómica en la Argentina*, Ed. Sudamericana, 1988.

Lo que se oculta en el informe oficial de cita (Menem-Dromi) es que el peso de la deuda externa argentina (60 mil millones de dólares) contraída por la dictadura militar y su fracaso en la guerra de las Malvinas, llevó a la quiebra al país del sur y que los gobiernos posteriores a la dictadura militar no pudieron con la crisis económica.

X. UN ESTADO MODERNO

De acuerdo con la primera Comisión de Reforma del Estado (COREC I), las reformas que se proponen son, entre otras, las siguientes:

- 1.- centralismo: existe ausencia lamentable de descentralización. El proceso institucional ha favorecido la preponderancia del Presidencialismo,
- 2.- ausencia de una ley orgánica de los Ministerios,
- 3.- ausencia de una ley orgánica de los entes descentralizados,
- 4.- ausencia de una ley orgánica para las empresas públicas,
- 5.- ausencia de reglamentos para procedimientos especiales,
- 6.- insuficiencia en el uso del instrumento de la desconcentración
- 7.- la dirección política ha sido inoperante para darle al Estado una orientación adecuada,
- 8.- existe una desviación de los fines de la autoridad presupuestaria, ya que esta autoridad versa sobre pautas y directrices; pero, se ha excedido en su trabajo al imponer actos administrativos que van en detrimento del régimen descentralizado del país,
- 9.- ausencia de una ley general del empleo público, se dan una serie de regímenes diversos, contradictorios, complejos y desarticulados,
- 10.- la materia presupuestaria, de hacienda y de tributos requiere de un replanteamiento relevante (COREC I, *Reforma del Estado*, cit., pp. 47 a 50).

Lo importante en el documento de la COREC I es que hay un diagnóstico apropiado de la realidad nacional y sus propuestas van de acuerdo con el propio análisis que hace esta comisión. El documento no respondió a los intereses de los OFI ni es un proyecto extranjerizante. Al contrario, sus planteamientos reflejan conocimiento de la realidad costarricense y una preocupación importante de cómo modernizar el Estado, reformándolo, sin dañar el país y ni el Estado de Derecho ni el sistema democrático.

XI. CRITERIOS

1. *Cámara de Industrias*

La *Cámara de Industrias* ha escrito que el PAE III no puede ser una copia de proyectos aplicados a otros países, sino que tiene que partir del conocimiento de la realidad (*La Nación*, 5 de mayo de 1991).

En este sentido *los industriales* indican que la realidad nacional debe ser tomada muy en cuenta al igual que la vía del consenso y la concertación (*La Nación*, 18 de agosto de 1991, 10 de setiembre y 21 de julio de 1991).

2. *La Nación*

Por su parte *este matutino* decía en un editorial que la reforma del Estado debe ocupar un lugar preponderante en la agenda nacional. El Estado costarricense creció desmesuradamente en los últimos 50 años, hasta el punto en que muchas de sus actividades típicamente privadas están en sus manos. Pero, asimismo, no hay que perder de vista que reformar el Estado no es simplemente reducir personal y privatizar instituciones. Puntualizando, en forma llamativa que, que ese proceso de reforma estatal es más que eso: definir la clase de sociedad a que se aspira a llegar y el papel que debe desempeñar el Estado en una sociedad. Por ello, esto debe analizarse y discutirse ampliamente (*La Nación*, 24 de agosto de 1991).

Claro está que existen sectores que saben que esta tema de la reforma del Estado implica una transformación global del Estado y de la sociedad costarricense. Y, si ese proyecto viene del extranjero y bajo los criterios de los OFI, entonces hay que debatir y conocer a fondo este nuevo modelo social e institucional que nos quieren imponer desde afuera.

También, *este matutino* en otro *editorial* criticó a la COREC I, al decir que ésta se instaló en junio de 1989 y produjo un extenso informe que gozó de escasa ventura pues quedó en el ámbito de los planteamientos teóricos; y, que ahora con la integración de la COREC II (setiembre de 1991), 16 meses después de la toma el poder por este Gobierno se ha perdido tiempo en una materia que debió plantearse sin dilación (*La Nación*, 12 de octubre de 1991).

3. *La República*

Por su parte *La República* tiene un criterio diverso, en este sentido:

- * reforma del Estado no significa desmantelarlo,
- * la reforma del Estado no puede significar una movilidad laboral que asigne cuotas de despidos por ministerios o instituciones, sin ningún criterio técnico,

- * (*La República*, editorial del 17 de mayo de 1991)
- * El programa de reforma del Estado implica, por ejemplo:
 - * agilización del aparato administrativo
 - * simplificación de instituciones y trámites
 - * solución del déficit fiscal
 - * descentralización real de las municipalidades
 - * fusión de instituciones duplicadas, de servicios o de programas
 (*La República*, editorial del 25 de mayo de 1991)

Efectivamente ninguna modificación profunda, del Estado se puede hacer si al mismo tiempo no se realizan algunas reformas constitucionales a la organización política del país y a la distribución de competencias entre los diversos entes y órganos públicos. *Entre esas reformas podrían estar aquellas relativas a:*

- * régimen de la hacienda pública
- * régimen municipal, ya que es absurdo que cada cantón tenga una municipalidad
- * reforma a las instituciones descentralizadas
- * establecer mejor las relaciones entre los Poderes del Estado

Para hacer esas reformas constitucionales se requiere que una comisión legislativa las realice y luego se aprueben por el Poder Legislativo. En otras palabras, la reforma del Estado no se puede hacer sin que paralelamente se haga una reforma constitucional de la estructura del Estado (*La República*, editorial del 27 de agosto de 1991).

Se ha comentado que la COREC II será más de lo mismo respecto de la COREC I y que no se llegará a nada positivo en un tema de capital importancia para el país.

La estrategia está mal diseñada, pues se hace un trabajo de espaldas a la Asamblea Legislativa. Las conclusiones de la COREC II no tendrán viabilidad política y terminará como la COREC I con un largo dictamen, pero sin posibilidad real de que sus recomendaciones se traduzcan en realidades concretas.

El darle la espalda al Poder Legislativo no conduce a nada; pues una reforma profunda al Estado pasa necesariamente por el Poder Legislativo para efectuar reformas constitucionales y legales. Y, por otro lado, es el único Poder que le puede dar legitimidad a cualquier reforma del Estado. Estas sencillas verdades políticas fueron olvidadas por quienes negociaron el pacto para conformar la COREC II (*La República*, editorial del 3 de setiembre de 1991).

Este mismo periódico en editorial del primero de octubre de este año, ratificaba que con los antecedentes de la COREC I no se llegaría a ninguna parte. La COREC II de seguir los pasos de su antecesora (COREC I) pasará a la historia sin pena ni gloria, pues carece de la fuerza política y de la legitimación democrática para llevar adelante la reforma del Estado costarricense. Por ello se necesita que el Poder Legislativo comience rápido a reformar el Estado. Esta reforma sólo se hará realidad cuando la Asamblea Legislativa tome la iniciativa en serio (*La República*).

4.- *Jorge Monge*

La reforma del Estado se viene atrasando mucho...y esto es peligroso. Cada vez crece más el descontento del ciudadano ante la pobre respuesta que da el Estado a algunas de sus necesidades.

La reforma del Estado es un fenómeno político y no hay consenso de esta naturaleza para efectuar esa transformación. Este consenso se puede dar y es esperable que de ese modo la transformación del Estado ocurra (*La Nación*, 1 de setiembre de 1991).

5.- *Thelmo Vargas (Ministro de Hacienda)*

El Estado costarricense se nos ha hecho muy grande, demasiado caro y no tenemos garantía de que opere con eficiencia.

En 1950, 1 de cada 17 costarricenses trabajaba para el Estado; hoy, la relación es de 1 a 5.

Reformar el Estado debe significar achicarlo y hacerlo más eficiente. Es necesario reducir el déficit fiscal, profundizar la transferencia de servidores públicos al sector privado. Igualmente preciso es vender empresas públicas al sector privado y promover la competencia.

Para lograr esas reformas y otras más se requiere política y ciencia; de no hacerse esa transformación la inseguridad económica, social y quizá política nos espere a la vuelta de esquina (*La Nación*, idem).

La reforma del Estado es una de las salidas a la desigual repartición de la riqueza que prevalece entre los costarricenses (*La Nación*, 23 de agosto de 1991).

6.- *Germán Serrano (Vice-presidente de la República)*

Ha sido un problema el Estado benefactor; ese paternalismo estatal ha acostumbrado a la gente a recibir todo sin que le cueste nada. Los costos alguien los paga. Hay que racionalizar al Estado. Y parte de esto es que el Estado deje de ser el gran empleador (*La República*, 22 de setiembre de 1991).

7.- *Rodrigo Oreamuno (diputado del Partido Liberación Nacional)*

Considera que la COREC II por la débil representación legislativa que tiene (sólo el diputado de Gobierno, Rolando Laclé) se convierta en un simple órgano de ejercicio académico. Agregando que no se puede hablar de reforma del Estado si no se hacen cambios profundos en la Constitución Política (*La Nación*, 5 de octubre de 1991; y, *La República*, 5 de octubre de 1991).

Se indica que de parte del sector del Partido Liberación Nacional no existe ningún abogado y mucho menos un especialista en Derecho Público (constitucional y/o administrativo) y que además se ha dicho que están en la COREC II a título personal. Todo esto efectivamente debilita el trabajo a 12 meses plazo de la COREC II.

8.- *Burócratas públicos*

Según una encuesta hecha por Demoscopia S.A. para *La Nación* no hay consenso, entre la muestra de burócratas públicos entrevistados, acerca del tema de la privatización y existe poco apoyo a la reforma del Estado (*La Nación*, 5 de octubre de 1991).

Los encuestados no tienen idea unívoca sobre el concepto y los alcances de la reforma del Estado; el Estado tampoco la tienen; y, por ello el Gobierno está en el deber de definir con claridad ese proceso y el de la privatización de servicios de entidades públicas (*La Nación*, editorial, 7 de octubre de 1991).

XI. COMPOSICION

La COREC I

estuvo formada por las siguientes personas:

Partido Liberación Nacional

Dr. Justo Aguilar Fong
Msc. Juan Manuel Villasuso
Lic. Rodolfo Solano Orfila
(coordinador de mayo a setiembre de 1990)
Dr. Mauro Murillo Arias

Partido Unidad Social Cristiana

Msc. Carlos Esquivel Echeverría
Lic. Wilburg Jiménez Castro
Dr. Carlos Vargas Pagán
Dr. Johnny Meoño Segura
(coordinador de junio de 1989 a abril de 1990)

COREC II

Partido Liberación Nacional
(en calidad personal y no oficial)

Lic. Rodolfo Solano Orfila
Ing. Alberto Faith
Ing. Eduardo Dorian
Ing. Jorge Monge
Ing. Jorge Manuel Dengo

Representantes del Gobierno (1990-1994)

Ministro de Hacienda
Msc. Thelmo Vargas

Ministra de Justicia
Lic. Elizabeth Odio Benito

Ministro de la Presidencia
Ing. Rodolfo Méndez

Ministro de Planificación y Política
Económica
Dr. Carlos Vargas Pagán

Diputado
Lic. Rolando Laclé

XII. MEDIOS PARA LA REFORMA DEL ESTADO

Los principales mecanismos o vías para la reforma del Estado, tal y como está concebida por los OIF y los está aplicando el Gobierno, desde el PAE I con la Administración Monge Alvarez (1982-1986) y la del PAE II con la de Oscar Arias (1986-1990) y por supuesto con el PAE III en la Administración Calderón Fournier (1990-1994), son:

- 1) privatización y
- 2) movilidad laboral o despidos de trabajadores de la Administración Pública.

XIII. PRIVATIZACION

Este mecanismo implica que propiedad estatal pasa a manos del sector privado local o transnacional.

El argumento para la privatización es que:

- * hay que desburocratizar al Estado,
- * se deben eliminar las cuantiosas pérdidas que las empresas públicas le dejan a la sociedad,
- * los políticos perniciosos deben sacar las manos de las empresas públicas
- * se debe eliminar la formación de empresarios que llegan al mercado gracias a la puerta ancha del control que ejercen sobre las empresas públicas, las cuales "contribuyen" a su formación como empresarios (políticos-empresarios y empresarios-políticos)
- * las empresas públicas son ineficientes y representan una carga enorme para los contribuyentes.

1) *Obstáculos para la privatización*

- a) *teorías económicas e ideologías*: teorías del desarrollo de carácter socialista, que consideran que esas empresas deben estar dentro del ámbito de la propiedad estatal
- b) *mantenimiento del poder político*: el deseo de los grupos políticos enquistados en el Estado que argumentan en favor de la propiedad pública de esas empresas para mantener su poder político y económico
- c) *fuentes de oportunidades para enriquecerse rápidamente*: los políticos que se han enriquecido gracias al control que ejercen sobre esas empresas públicas, no aceptan la privatización porque con ella pierden ese modo fácil de enriquecerse
- d) *grupos de presión*: hay grupos de presión que también adquieren poder político y económico gracias a las empresas estatales, como sindicatos con los laudos, convenciones colectivas y otros privilegios irritantes
- e) que salgan a la luz pública errores graves en las administraciones de esas empresas públicas (cf. Erwin P. Geiger, *Privatización y política económica*, San José, LIL, 1991, pp. 61 a 65).

2) *¿Qué se espera de la privatización?*

- * reducción de los déficits estatales
- * mejora en el clima de inversiones

- * “democratización” de la propiedad del capital
- * ampliación del mercado de capitales
- * orientación del Gobierno hacia retos prioritarios para el desarrollo
- * reducción del número de empleados públicos
- * aumenta la competitividad y la eficiencia de la economía
- * reduce la pobreza pues permite un crecimiento más rápido de la economía (cf. Geiger, id., p. 71)

3) *Pérdidas en América Latina por las empresas estatales*
(% del PIB, porcentajes del producto interno bruto)

País	año: 1982	%
Argentina		5.4
Brasil		5.0
Colombia		2.4
Chile		1.6
México		8.6
Perú		4.9
Venezuela		8.3

(Fuente: cf. Geiger, ib., p. 79)

4) *Se debe romper el gremialismo*

El Estado actúa como un *Robin Hood* al revés: empobrece más a los pobres y enriquece aún más a los ricos; o, le roba a los pobres para dárselo a los ricos.

Eso se logra mediante el *gremialismo*: sectores de la población (sindicatos, taxistas, buseros, arroceros, cafetaleros, exportadores, etc.) se benefician mediante los CATS (Certificados de Abonos Tributarios), régimen de pensiones de privilegio, exoneraciones de todo tipo, ley FODEA, fondos de contingencia para la agricultura y otros campos, subsidios estatales, laudos, convenciones colectivas, precios de sustentación de los granos básicos, etc., han convertido al Estado en una fuente de privilegios y de riqueza para determinados sectores privados en perjuicio de la sociedad en general. (cf. Claudio González Vega y Edna Camacho. *Políticas económicas en Costa Rica*, T.I., 1990, Academia de Centroamérica y Ohio State University, p.3).

En este momento (1991), algunas cifras dan este panorama oscuro para Costa Rica:

¢137	\$1 (octubre 1991)
inflación	45%
deuda pública interna	¢110.000 millones
evasión de impuestos	¢20.000 millones
deuda externa	\$4.000 millones
servicio de la deuda externa	\$340 millones (1990)
tasas de interés	42%
déficit fiscal	¢65.000 millones
déficit comercial	\$800 millones
pobreza (relativa + extrema)	70% de la población total
déficit presupuestario	70.000 millones
gastos del presupuesto nacional que se paga en salarios (Estado)	90%
Población	3 millones

Se ha considerado por los sectores neoliberales y neoconservadores del país, con el apoyo de los OFI, que ante ese panorama negro una salida es la privatización: venderle al sector privado local o extranjero las empresas públicas. Ya que el Estado no debe operar en los menesteres claramente deseados por la sociedad, en que el empresario privado no pueda o no quiera actuar en razón de su baja rentabilidad privada, alto riesgo, ausencia de conocimiento u otros (cf. *Políticas económicas en Costa Rica*, Thelmo Vargas, p. 272, T.I.).

5) *Las privatizaciones: ¿a quiénes beneficiarán?*

Una de las definiciones que se han dado de la privatización es: los actos y los procesos para reducir el papel (rol) y tamaño del Estado y a la vez aumentar el rol y las funciones del sector privado (cf. E.S. Savas. *Privatización: la clave para un gobierno mejor*, Ed. Gernika, México, 1989, p. 17).

¿Estos actos y estos procesos a qué sector beneficia? Al sector privado, a la empresa privada, sin duda.

Servirá para fortalecer aún más al capital transnacional, a las megaempresas supranacionales que se reparten el mercado mundial y que tienen el capital necesario para la compra de las empresas públicas (cf. Gustavo Arce, et. al. *¿A quién sirven las privatizaciones?* Ed. Tupac Amurú, Montevideo, 1989, p. 83).

6) *Frente al Estado gigantesco, la privatización*

Se argumenta (tesis ideologizante) que el Estado es muy grande y por consiguiente hay que disminuirlo para llevarlo al Estado-mínimo.

El discurso ideológicos en favor de la privatización afirma:

- * el Estado creció patológicamente
- * hay que desburocratizar al Estado reduciendo su tamaño
- * es un Estado al servicio de los burócratas y del parasitismo de los grupos gremiales que se aprovechan de él (políticos, empresarios, exportadores, etc.)
- * la cuestión es reducir drásticamente el gasto público, por medio de la venta de empresas públicas y de la destitución del personal de la Administración pública.

7) *Gastos del Estado versus PNB*

Gastos de la Administración Central, 1985

países desarrollados	% que representan el producto interno bruto		países subdesarrollados
Holanda	56.6	35.5	Chile
Bélgica	55.9	25.6	Venezuela
Italia	55.3	24.9	México
Suecia	46.5	24.8	Uruguay
Francia	45.2	24.5	Costa Rica
Reino Unido	41.1	21.1	Brasil
Alemania Federal	30.7	18.0	Argentina
Canadá	26.6	14.5	Ecuador
USA	24.5	14.2	República Dominicana
Japón	17.8	12.9	Perú

Fuente: cf. Banco Mundial, *Informe mundial sobre el desarrollo mundial*, 1987; Bernardo Kliksberg, *¿Cómo transformar al Estado?* México, CFE, 1989, pp. 36 a 38.

La conclusión más evidente es que el porcentaje del PIB (Producto Interno Bruto) que destinan los países ricos a los gastos de la administración pública central es superior al gasto homólogo de los países subdesarrollados. Por ejemplo, Costa Rica y Estados Unidos tienen el mismo porcentaje.

Tomando los datos del Banco Mundial de 1987 (cit.) se tiene que las tendencias de crecimiento del aparato público, comparando países desarrollados con los países subdesarrollados, entre los años de 1972 a 1985 ha sido mucho más acelerado en los países ricos que en los países pobres. (cf. Kliksberg, cit., p. 41. Felipe Larrain y Marcelo Selowsky. El sector público y la crisis latinoamericana, México, CFE, 1990)

Esos son los resultados de la comparación del Gasto Público con el Producto Interno Bruto (GP/PIB) de esas naciones.

8) *Lo que NO es la privatización*

Privatización no es que se den ventas al interior del propio Estado o Administración Pública. Así, por ejemplo, cuando se señala que el Instituto Nacional de Seguros (INS) se venderá a los bancos estatales, para que el Poder Central pueda pagar la deuda que tiene con esos bancos y con ello rebajar la deuda interna de \$110.000 millones del Estado costarricense (*La Nación*, 3 de octubre de 1991).

Privatizar es el proceso de venta de empresas o de propiedad estatal al sector privado, sin duda.

9) *Límites de la privatización*

La privatización no es la panacea que resolverá todos los problemas del Estado y menos de la sociedad costarricense.

Algunos le dan a la privatización una visión simplista y mecanicista por medio de la cual se liberan recursos locales, ingresan nuevos fondos externos y los estados financieros del Estado lucirán más sanos y manejables. Se considera que así la sociedad como un todo incrementa su bienestar. (Thelmo Vargas, *La República*, 5 de octubre de 1991: la privatización liberará \$13.000 millones para atender el pago de la deuda interna). *Hay otros* que se oponen a cualquier acción de privatización, argumentando que es el Estado el que debe realizar estas tareas, tanto por motivos estratégicos como por una estricta conveniencia nacional. Por ello, las fuerzas del mercado podría no reflejar la asignación de recursos que mejor responde a las necesidades de la sociedad, por lo que al no coincidir los intereses privados con los del orden social, lo correcto es que el Estado procure ese deseable equilibrio, en aras de una sociedad más justa y solidaria.

La tesis de fondo debe ir encaminada en el sentido de considerar que los problemas que se desean solucionar van más allá de la discusión de privatizar o mantener en manos del Estado diversas actividades generadoras de bienes y servicios.

Lo crucial es tener la convicción y la conciencia de hacer bien las cosas, ya se esté en el sector privado o en el público.

Ni la privatización ni el esquema actual son en sí mismos una panacea para lograr el desarrollo económico y social, cultural y político.

Si así entendemos las cosas, con responsabilidad y conciencia del deber cumplido, puede haber un futuro prometedor para el país; lo importante es no creer en "espejismos" (*La República*, 19 de setiembre de 1991, editorial).

10) *Ajuste estructural y reforma del Estado*

Parte esencial del Ajuste Estructural (AE) es la reforma del Estado. El principal limitante para el desarrollo del país es el peso del Estado. Nuestra sociedad debe hacer un gran esfuerzo para definir el tipo de Estado que desea. Además, no se debe esperar a efectuar un análisis de los PAE I y PAE II para continuar con la ejecución del PAE III. Esto nos dejaría rezagados en la carrera por la modernización. (*La Nación*, editorial del 4 de setiembre de 1991).

No hay duda que es necesario antes de aplicar el PAE III, hacer un alto y realizar una auditoría, un análisis sobre los programas de ajuste estructural I y II.

Cabalmente ante la ausencia de un análisis sobre la década perdida de los años 80's (*La República*, editorial del 23 de setiembre de 1991), Otón Solís han manifestado que las políticas de ajuste estructural hundirán cada vez más al país en el ciclo de las importaciones, déficit en la balanza comercial, déficit fiscal, devaluación e inflación (*La República*, 3 de setiembre de 1991).

Para este economista los ajustes estructurales (PAE) han sido un fracaso económico y frente al ejemplo de los tigres del Pacífico (Taiwan, Japón, Corea) se calla el hecho de que estos exitosos experimentos lo han sido gracias al fuerte intervencionismo estatal; aquí, se clama contra ese intervencionismo (*La República*, 22 de setiembre de 1991).

Otón Solís presenta este cuadro para probar que los PAE I y II han sido un fracaso para el país.

Las consecuencias de los PAE han sido, según Solís:

- * déficit estructural de la balanza comercial
- * déficit de las finanzas públicas
- * inflación
- * caída del ingreso real de los costarricenses
(*La República*, 23 de setiembre de 1991).

EVOLUCION DE LA ECONOMIA COSTARRICENSE
-promedios anuales-

indicadores	era pre-PAE (1983-1986) %	era PAE (1987-1990) %
PIB	4.3	4.3
X exportaciones	6.9	7.0
M importaciones	6.6	15.7
M-X	\$88 millones	\$322 millones
$\frac{M-X}{PIB}$	2.5	6.2
inflación	13.6	19.8
devaluación	10.0	15.4

El afirmar que Costa Rica debe lanzarse al comercio internacional y al libre comercio para sobrevivir y modernizarse carece de sentido pues sin ciencia, ni tecnología, ni salud y capacitación laboral a la fuerza de trabajo todo habrá acabado para nuestro país. Japón, Taiwan, Corea con un fuerte intervencionismo estatal y un enorme esfuerzo en inversiones internas se lanza al mercado internacional; pero, Costa Rica no tiene nada de eso (*La República*, 23 de setiembre de 1991).

Los PAE I y II han fracasado; y, los economistas de los dos partidos mayoritarios del país, responsables de la puesta en práctica del PAE I y II se niegan se niegan rotundamente a evaluar o debatir públicamente sus resultados.

Con el PAE I y II se han ido \$280 millones en M (importaciones) y con el PAE III se irán \$300 millones en importaciones, como indica Otón Solís (*La Nación*, 20 de setiembre de 1991).

El aplauso de los OFI acerca de "nuestra" reforma del Estado y las privatizaciones nos debe llenar de susto. Tanto a las empresas transnacionales como a nuestros gobernantes no les importa la suerte de los costarricenses (Armando Alfaro, editorial *Eco Católico*, 18 de agosto de 1991; *La República* del 24 de agosto de 1991).

Algunos creen que la privatización se ha abierto paso a empellones, ya que ha existido una carga ideológica en favor de la nacionalización o del intervencionismo estatal (*La Nación*, editorial del 13 de setiembre de 1991).

Sin embargo, la razón para la reforma del Estado, la movilidad laboral y la reforma del Estado estén de "moda" y como cabeza ideológica del neoliberalismo y del neoconservadorismo gobernante y oficial es por la

simple razón de que los organismos financieros internacionales (OIF) y los gobiernos de los países ricos y la banca acreedora internacional están sobre el Tercer Mundo y, obvio, Costa Rica, incluida, para que en forma impuesta desde afuera nuestros gobiernos jueguen el triste papel de administradores de intereses foráneos por orden de esos OIF y en nuestro perjuicio, para lo cual los medios de comunicación colectiva de la empresa privada ubicada en suelo nacional orquestan toda una campaña propagandística en favor de esos interés extranjeros.

Así por ejemplo CINDE, financiada con dineros del extranjero, afirma que: la privatización se debe acelerar en Costa Rica; debiendo incluir ese proceso de privatización:

- * venta de empresas pública al exterior
- * contratación privada de los servicios públicos
- * cierre de ministerios, empresas, instituciones y programas del sector público que dupliquen actividades o que sean poco importantes porque sus servicios ya no son demandados o dejan pérdidas a los costarricenses
- * se deben romper los monopolios del Estado para que exista competencia (*La Nación*, 21 de setiembre de 1991).

XIV. MOVILIDAD LABORAL

Aproximadamente de los 180.000 empleados públicos, el proyecto de reforma del Estado (RE) propuso despedir al menos el 10% de esa cantidad. Cerca de los 18.000 burócratas del Estado.

Ya para setiembre de 1991, el Gobierno destituyó a dos Ministros conectados con esos programas: Ministerio de Reforma del Estado y el de Planificación.

El propio Gerente General del FMI, Michel Camdessus pidió firmeza al Gobierno en los despidos y una estricta disciplina salarial (*La Nación*, 17 de abril de 1991).

Parte de ese esfuerzo por recortar el gasto público, implica despedir al mayor número posible de empleados públicos. Sin embargo, ese esfuerzo, no va a la par del sacrificio que se esperaría del Estado, pues ha aumentado esos gastos estatales y para 1992 presupuesto 122 millones de colones para gastar en imagen o propaganda del Gobierno; además del monto en dólares que se destina al Presidente de la República, similar al que gasto el anterior Ejecutivo de 1986 a 1990: cerca de \$260.000 en cuatro años (gastos confidenciales, de representación, etc.).

De tal modo que no es cierto que exista austeridad en los Gobiernos durante la era del PAE desde 1982 al presente: la tónica es incremento del gasto público sin control.

1) *Proyecto de ley de democratización del sector público*

Este proyecto fue enviado al Poder Legislativo en setiembre de 1991.

El nombre trata de ser despistador, pues no se trata de democratizar el sector público. En rigor es un proyecto para seguir despidiendo burócratas del Estado.

En su versión original contiene 33 artículos distribuidos en 9 capítulos.

Los servicios afectados, entre otros, son:

- * limpieza
- * vigilancia
- * mantenimiento, jardines
- * cómputo, imprenta, fotografía
- * transporte, etc.

El artículo 10 de ese proyecto indica que: las actividades auxiliares, de apoyo o menores que no sean consustanciales al servicio público o a la actividad propia de la institución, podrán ser desarrolladas directamente por el sector privado o social, de conformidad con las reglas que aquí se establecen y en su defecto, por medio de la contratación directa.

Por su parte el artículo 1 señala lo siguiente:

los funcionarios públicos nombrados en propiedad o interinos con más de un año en el cargo, que no tengan pendiente proceso de despido por causa justa, podrán acogerse a los incentivos de la presente ley y recibir la totalidad de sus prestaciones legales en un solo pago, dentro de los tres meses siguientes a la cesación del cargo, cuando renuncien para dedicarse a actividades no asalariadas en el sector público.

Como incentivo a la empresa privada para contrate a ex-empleados públicos, el proyecto de ley las exonera del pago de cargas sociales por un año, por cuanto estos pagos correrán por cuenta del Estado (artículo 8).

Al tenor del artículo 47, inciso b) del Estatuto del Servicio Civil, se considerará reducción forzosa de servicios cuando el Estado decida contratar la prestación de las actividades o servicios descritos en el presente artículo 10, con el sector privado o social (artículo 10, parte B) del proyecto citado).

Según el actual Gobierno se espera que entre 12 mil a 15 mil empleados públicos se verán afectados por ese proyecto de ley. La estimación oficial cree que al menos 41 servicios pasarían a la empresa privada. *Este plan sustituye la movilidad laboral (La Nación, 10 de setiembre de 1991)*. Por ello el Presidente de la República anunció que el Gobierno descarta el plan de movilidad laboral forzado (*La República, 25 de octubre de 1991*).

Al respecto se comentó que la idea es excelente pues se necesita eliminar la burocracia innecesaria y poco rentable de las oficinas públicas (*La República, 10 de setiembre de 1991, editorial*).

XVI. TRANSFERENCIAS DE COMPETENCIAS DE ORGANISMOS NACIONALES A LOS GOBIERNOS LOCALES (MUNICIPALIDADES)

Se trata de un documento elaborado por la Presidencia de la República y el IFAM (Instituto de Asesoría y Fomento Municipal) en 1991 sobre un proyecto para fortalecer a las municipalidades mediante el traslado de competencias de organismos nacionales a administraciones locales.

Es un documento sencillo y que estime preliminar ya que no profundiza en el tema. Pero es un intento oficial por situarlo dentro del programa de *reforma del Estado* costarricense.

Se reconoce en el documento que el problema del financiamiento o mejor dicho lo referente a la debilidad financiera de las municipalidades es fundamental.

En este apartado se señala que se debe, entre otras medidas:

- * contar con un código tributario municipal
- * reformar el impuesto territorial, pasando su administración a las municipalidades
- * modificar el impuesto sobre las construcciones para mejorarlo
- * mediante una ley marco facultar a las municipalidades para que regular lo relativo a las patentes

¿Cómo se podrían trasladar las respectivas competencias?

Este tema del traslado de competencias de organismos nacionales a las municipalidades, se puede realizar por la vía de la firma de convenios de cooperación entre esas partes. Serían convenios inter-administrativos, indica el citado documento.

Este documento no da para un análisis en profundidad, pero sí es un intento para pensar en cómo resolver el problema de la bancarrota de las municipalidades. Este tema no es fácil de abordar ni hay soluciones cortoplacistas. Es muy probable que los intentos por *reformular al Estado* costarricense a presión y sin responder a un proyecto nacional quede frustrado; pero la necesidad de enfrentar nuestra Administración Pública global obligue a tomar medidas importantes, debido a que un Estado que gasta el 90% en salarios está condenado a colapsar.

XV. A MODO DE CONCLUSION

Frente a tantas trágicas señales, el Estado no ha salido de su moderna y los grupos de presión imponen sus condiciones. Asfixiados por los problemas reaccionamos con desesperante lentitud y nos damos cuenta que el sacrificio no es general y de que nos exponemos a que sea infructuoso (*La Nación*, editorial del 7 de julio de 1991).

La reforma del Estado como sinónimo de privatizar empresas y servicios públicos por un lado; y, por otro, entendida como recorte del gasto público referido a los empleados estatales, bajo la presión y las indicaciones de los OFI no responde a un proyecto nacional ni garantiza que el pueblo costarricense se beneficiará. Todo lo contrario.

La era del ajuste estructural (programas y préstamos) ha aumentado la pobreza, el desempleo, la inflación, las devaluaciones y la dependencia de Costa Rica con respecto al exterior.

Estos ajustes estructurales los diseñó el acreedor internacional para que el Tercer Mundo pague su deuda externa a costa del empleo, la salud, trabajo, vivienda y calidad de vida de los pueblos de los países subdesarrollados.

A pesar del fracaso del PAE I y el II, los grupos dominantes en el país y sus medios de comunicación social, tratan de imponer a la fuerza (dominación ideológica e institucional) el PAE III.

Una desarticulación tan grande del Estado y de la sociedad costarricense tiene y debe que someterse a un debate nacional en donde participen los costarricenses y no solo sus cúpulas de poder.

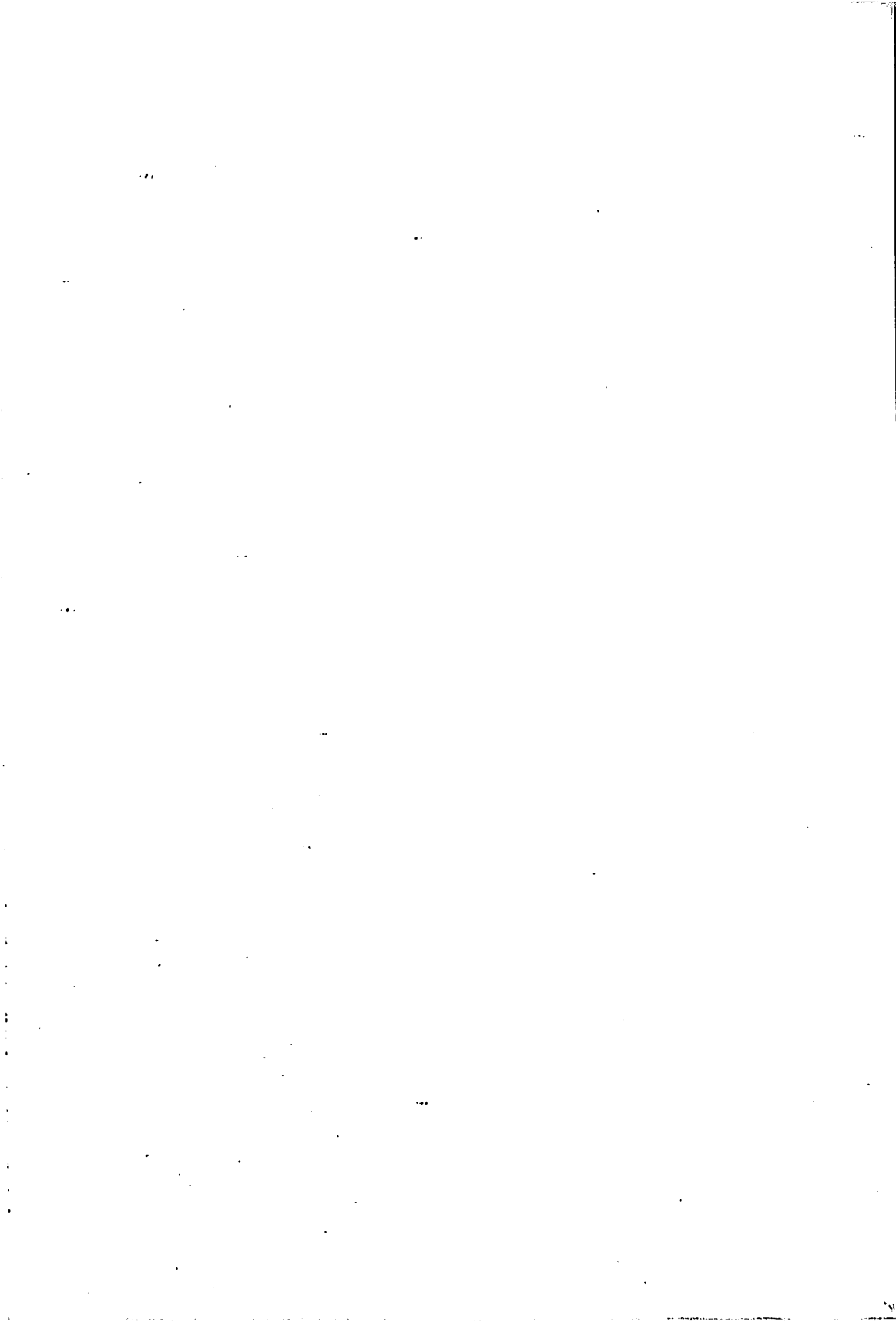
XVI. BIBLIOGRAFIA DE REFERENCIA

- ARDITO-BARLETTA, Nicolás et al. *Privatización*. (San José: revista INCAE, 2° semestre, 1988).
- ASTORI, Danilo. *Uruguay: ¿Desintegración neoliberal o proyecto nacional?*. (Caracas: Revista Nueva Sociedad N°114, 1991).
- AUSTIN, James. *La privatización de empresas estatales*. (San José: revista INCAE, 2° semestre, 1988).
- BEDJAUOUI, Mohammed. *Hacia un nuevo orden económico internacional*. (Salamanca: UNESCO-Sígueme, 1979).
- BENDFELDT, Juan. *La privatización: una oportunidad*. (San José: UACA, Acta Académica, N° 7, 1990).
- CABEZAS, Alvaro. *Neoliberalismo jurídico: relenteamiento del derecho económico tradicional*. (San José: tesis de grado para la licenciatura de Derecho, UCR, 1990).
- CASSIGOLI, A; y, VILLAGRAN, C. (comp.). *La ideología en sus textos*. (México: Ed. Marcha, 3 tomos, 1982).
- CASTILLO PERAZA, Carlos. *El litigio del Estado*. (México: Nexos, N° 145, 1990).
- CEPEDA, Fernando. *Democracia y desarrollo en América Latina*. (Buenos Aires: GEL, 1985).
- CORDERO, Allen; y GAMBOA, Nuria. *La sobrevivencia de los más pobres*. (San José: ed. Porvenir, 1990).
- CORREA, Rubén. *La reforma del Estado en el Uruguay*. (Montevideo: Presidencia de la República, 1988).
- DELGADO, Félix; y VARGAS, Juan. *Estabilidad y crecimiento*. (San José: Centro de economía aplicada, 1990). *Progreso técnico y estructura económica*. (San José: Centro de economía aplicada, 1990).
- DE SOTO, Hernando. *El otro sendero*. (México: Diana, 1987).

- DROMI, José R. et al. *La reforma del Estado y privatizaciones*. (Buenos Aires: Astrea, 3 tomos, 1991).
- FARJAT, Gérard. *Droit économique*. (Paris: P.U.F., 1971).
- FLETCHER, Sylvia. *Los incentivos a las exportaciones de productos no tradicionales en el contexto del ajuste estructural*. (Heredia: UNA, Relaciones internacionales N° 31, 1990).
- FRIEDMAN, Milton; y TOBIN, James. *Economía y sociedad*. (Washington DC: USIA, Facetas N° 90, 1990).
- GEIGER, Theodor. *Ideología y verdad*. (Buenos Aires: Amorrortu, 1968).
- GONZALEZ, Enrique. *Reforma del Estado*. (México: Nexos N° 146, 1990).
- GOULNER, Alvin. *The dialectic of ideology and technology*. (New York: Oxford University Press, 1976).
- HARRISON, Lawrence. *El subdesarrollo es un estado de la mente*. (San José: Libro Libre, 1991).
- HIRST, Paul. *On Law and Ideology*. (Great Britain: The Macmillan Press, 1979).
- JIMENEZ, Wilburg. *Préstamos y programas de ajuste estructural*. (San José: UNED, 1991).
- KAPLAN, Marcos. *Estado y sociedad en América Latina*. (México: Oasis, 1984).
- LENK, Kurt (comp.). *El concepto de ideología*. (Buenos Aires: Amorrortu, 1974).
- LEONI, Bruno. *La libertad y la ley*. (Madrid: Ed. Unión, 1974).
- LE PAGE, Henri. *Tomorrow capitalism*. (USA: Open Court, 1982).
- LINDERBERG, Marc; y RAMÍREZ, Noel. *Procesos de ajuste en países en desarrollo*. (San José: Libro Libre-CINDE, 1989).
- LIZANO, Eduardo. *Escritos cortos*. (San José: Academia de Centro América, 1991).

- MC LELLAN, David. *Ideology*. (USA: University of Minnesota Press, 1986).
- MENEM, Carlos; y DROMI, José. *Reforma del Estado y transformación nacional*. (Buenos Aires: Ed. Ciencias de la Administración, 1990).
- MOSLEY, Paul. *El ajuste estructural: una visión panorámica* (1980-1989). (San José: Revista de Ciencias Económicas Vol. X, N° 2, UCR, 1991).
- Oficina de Planificación. *Plan de reforma administrativa*. (San José: Ofiplan, 1980).
- QUESADA, Juan Rafael. *Democracia y educación en Costa Rica*. (San José: Revista de Ciencias Sociales, N° 48, 1990).
- REBOUL, Olivier. *Lenguaje e Ideología*. (México: CFE, 1986).
- REYES, Claudia. *Consecuencias jurídicas del ajuste estructural*. (San José: tesis de grado para la licenciatura de Derecho, UCR, 1991).
- ROMERO PEREZ, Jorge Enrique. *Derecho y clases medias* (San José: Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes, 1985); *Algunas notas sobre los diversos enfoques acerca de la crisis* (Costa Rica) (San José: Revista de Ciencias Jurídicas N° 46, 1982); *¿La deuda externa...o eterna?* (San José: La Nación, 24-XII-87, p. 16-A); *El aporte de la CEPAL y las perspectivas del Estado costarricense* (San José: Revista Judicial N° 22, 1982); *Derecho Administrativo y Estado Costarricense* (San José: UCR, 1984); *La deuda externa: otra cara de la crisis* (San José: RCJ N° 59, 1988); *Coyuntura y proyecto nacional* (San José, inédito, 1988); *Estado social y democrático de derecho ante la crisis* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 60, 1986); *Derecho y deuda externa* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 62, 1989); *Deuda externa y derechos humanos* (San José: inédito, 1989); *Los supuestos del neoliberalismo económico y la deuda externa* (ensayo de derecho económico internacional) (San José: RCJ, N° 66, 1990); *El derecho internacional como instrumento de solución al problema de la deuda externa* (San José: UCR, N° 67, 1990). *Aspectos jurídicos, iniciativa de las Américas y deuda externa*. (San José: RCJ, N° 68, 1991). *El servicio público*. (San José: UCR, 1983).

- RUBINSTEIN, Juan. *El Estado periférico latinoamericano*. (Buenos Aires: Edudeba, 1989).
- SALINAS, Carlos. *Reforma del Estado*. (México: Nexos, Nº 148, 1990).
- SOJO, Ana. *El Estado empresario y lucha política en Costa Rica*. (San José: Educa, 1984).
- SOLIS, Otton. *PAE: Crisis*. (San José: UNED, 1991).
- SORMAN, Guy. *La solución liberal*. (Madrid: Espasa-Calpe, 1985).
- UTT, Ronald. *Privatización: un cambio en favor del crecimiento*. (Washington DC: USIA, Perspectivas Económicas, Nº 4, 1989).
- TAYLOR-DORMOND, Marvin. *El Estado y la pobreza en Costa Rica*. (Santiago de Chile: Revista de la CEPAL Nº 43, 1991).
- TORRES, Oscar. *Desarrollo y actores sociales en Costa Rica: del pacto neocolonial a los programas del ajuste estructural*. (San José: Revista de Ciencias Económicas, Vol. X, Nº 2, 1990).
- VALADEZ, Diego; Massieu, Mario (coord.). *La transformación del Estado mexicano*. (México: Diana, 1989).
- VARGAS, Thelmo. *¿Estado empresario?: el caso CODESA* (San José: UACA, Acta Académica, Nº 4, 1989).
- VEGA, Mylena. *El Estado costarricense de 1974 a 1978: CODESA y la fracción industrial*. (San José: UCR, tesis de grado en Sociología, 1980). y Fernández, Oscar. *La creación de CODESA*. (San José: UCR, IIE, 1982).
- VEGA, José Luis. *Internalización y privatización*. (San José: Revista de Ciencias Sociales, UCR, Nº 49-50, 1990).
- VON MISES, Ludwing. *El mercado*. (San José: ANFE, 1972). *El socialismo*. (México: Hermes, 1961). *Burocracia*. (Madrid: Unión Ed. 1974). *La acción humana*. (Madrid: s.p.i., 1968).



**LOS ORGANOS DEL ESTADO EN SUS RELACIONES
INTERNACIONALES**

Luis A. Varela Quirós
**Profesor Asociado de Derecho
Internacional Público,
Universidad de Costa Rica**

A: Maribel con amor

INTRODUCCION

Con el desarrollo del presente trabajo pretendemos hacer un análisis detallado y sistemático sobre los Organos del Estado a los que les compete, la conducción de las Relaciones Internacionales del Estado.

En el desarrollo de este estudio se tendrá como base la subdivisión adoptada por distintos tratadistas de Derecho Internacional, en órganos centrales o primarios y órganos descentralizados o secundarios. También se tocarán aspectos tales como el concepto, función, inmunidades, privilegios y otros aspectos relevantes de los Organos del Estado y los sujetos que los conforman.

Como miembros de la comunidad internacional, los Estados mantienen entre sí relaciones de índole pacífica. Para ellos necesitan órganos adecuados que los representen, que hablen o discutan por ellos, que expongan sus puntos de vista, negocien y celebren acuerdos, defiendan los intereses respectivos y protejan a sus nacionales.

Al ser en sí, el Estado, una abstracción jurídica, para actuar en el ámbito internacional lo hace por intermedio de una persona o grupo de personas físicas, o por medio de un órgano que lo represente. "El órgano — en derecho internacional— es el instrumento por cuyo conducto se realiza una determinada función. Tanto, puede verse constituido por una, como por más personas, por una reunión de personas o por un elemento material. Depende de su forma de estructuración. Ella, ellas o ellos, corporizan, pues, en su caso, la personalidad del Estado o de los Estados".⁽¹⁾

ORGANOS CENTRALES

Los órganos centrales del Estado que se encargan de las Relaciones Internacionales son: el Jefe de Estado y el Ministro de Relaciones Exteriores.

(1) Moreno Quintana, Lucio M. *Tratado de Derecho Internacional*. (Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1963), Tomo I, pág. 447.

I. JEFE DE ESTADO

Es el órgano supremo del Estado en materia de Relaciones Internacionales. "Es Jefe de Estado la persona que ejerce y representa con carácter supremo el poder público que rige en un Estado. Durante mucho tiempo se ha usado a este respecto el calificativo de "soberano", proveniente del carácter absoluto con que se ejercía el poder".⁽²⁾ En el lenguaje internacional los soberanos se equiparan a los jefes de Estado, cualquiera que sea la forma de Gobierno.

En algunos países, —los menos— la jefatura del Estado no se confía a un solo individuo. Como manifiesta Korovin "...el poder supremo de la representación en los Estados modernos recae en el jefe del Estado, tanto a título individual (Rey, Presidente) como colectivamente (El Presidium del Soviet Supremo de la URSS, los Presidiums de las asambleas nacionales en la mayoría de los Estados socialistas, el Consejo Federal Suizo)".⁽³⁾

Al derecho interno de cada Estado es al único que le incumbe determinar dentro de ese Estado, cuál es el órgano supremo, el tipo de Jefe de Estado que debe tener, su denominación y los límites de sus atribuciones. Hay que tener muy en claro que los jefes de Estado actúan como representación del Estado y no a título personal, tomando en cuenta que el verdadero sujeto de derecho internacional es el Estado y no el individuo como persona física.

Si bien hasta ahora no ha habido ocasión para discutir los alcances del inciso 10) del artículo 140 constitucional en discusiones académicas a nivel del Ministerio de Relaciones Exteriores y de la Universidad de Costa Rica, hemos escuchado el argumento de algunos constitucionalistas en el sentido de que dicha disposición obliga al Presidente a actuar, siempre que firme un tratado internacional, junto con el Ministro de Relaciones Exteriores, como obligado colaborador, y que en consecuencia aquellos tratados en que actúe individualmente serían nulos, por inconstitucionales.

Tal interpretación, aunque no ausente de cierta dosis de validez, nos parece contraria a los principios esenciales del derecho internacional, y a la práctica local y universal en ese sentido, pues el Jefe de Estado, que entre nosotros es también Jefe de Gobierno, tiene por su investidura la representación de la Nación en sus actos internacionales. Si es cierto que para que pueda válidamente sancionar y promulgar las leyes es necesaria su

(2) Podesta Costa, L. A. *Derecho Internacional Público*. (Editorial TEA, Quinta edición 1a. actualizada, Buenos Aires, 1979), pág. 588.

(3) Korovin, Y. A. *Derecho Internacional Público*. (Editorial Grijalbo, Primera edición, México, D. F., 1963), pág. 290.

firma junto con la del Ministro de la respectiva cartera, ello es así porque el efecto del acto es puramente interno, pero el derecho internacional, en lo que se refiere a su ámbito de aplicación no puede ser modificado por el derecho interno, incluso por el derecho constitucional.

Aceptar la tesis contraria, sería no sólo negarle validez a los actos del Presidente cuando actúa como órgano del Estado en sus relaciones internacionales, sino también a la del respectivo Ministro quien no podría actuar tampoco solo, como corrientemente lo hace. Eso no sólo sería absurdo, sino contrario a la práctica del propio Estado costarricense, y dejaría totalmente falseadas las relaciones exteriores del país, al dejar sin efecto todos los actos en que uno u otro hubieran actuado solos, dejando a los Embajadores como únicos plenipotenciarios capaces de actuar individualmente en el plano internacional, a falta de limitación constitucional, y por autorizarlo así el derecho internacional respecto de los tratados suscritos con los Estados y Organismos Internacionales ante los que estén acreditados.

De allí que aunque la tesis no haya sido discutida abiertamente en el ámbito legislativo o judicial, conviene asumir posiciones claras al respecto, pues la interpretación a que nos referimos no es sólo demasiado literal, sino contraria a los más elementales principios del derecho internacional, como lo consagra el artículo 7 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, al disponer que en razón de sus funciones, y sin necesidad de presentar plenos poderes, se considerará que representan a su Estado: a) Los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores, para la ejecución de todos los actos relativos a la celebración de un tratado.

Además, a pesar de que el artículo 140 de la Constitución Política vigente se refiere a atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro, el 139 del mismo texto constitucional establece como atribución exclusiva de quien ejerza la Presidencia de la República, representar a la Nación en los actos de carácter oficial, y ninguno de más importancia que representarla en la firma de un Tratado.

Por otra parte los actos del Presidente o del Ministro de Relaciones Exteriores en esta materia, están siempre sujetos a la aprobación legislativa, salvo en los casos de aplicación del procedimiento abreviado para su entrada en vigor, que en nuestro país no sólo están expresamente previstos por la Constitución (artículo 121, inciso 4), sino que además tienen el control previo legislativo al tratarse tan solo de los denominados protocolos de menor rango derivados de tratados aprobados por la Asamblea Legislativa, y siempre que dichos instrumentos autoricen expresamente tal derivación.

A. *Funciones*

“El Jefe de Estado representa al país en sus relaciones con otros Estados; él es quien dirige la política exterior, asistido por un Ministro o Secretario. La representación del Jefe de Estado se diferencia de la del agente diplomático: aquél representa al Estado con respecto a todos los demás Estados, mientras que el agente diplomático solo lo representa ante el Estado en que desempeña sus funciones”.⁽⁴⁾

Nuestra Constitución Política en su artículo 140, inciso 12, dentro de las diferentes atribuciones y deberes que otorga al Presidente de la República, establece que éste es el encargado de dirigir las relaciones internacionales junto con el Ministro del ramo.

Manuel Díez de Velasco, nos dice respecto de las funciones de los jefes de Estado que “Es el derecho interno de cada Estado quien nos dirá cuáles son las facultades concretas del Jefe de Estado; pero en el plano internacional, y en líneas generales, le corresponde el llamado *ius representationis omnimoda*, que consiste en la alta dirección de la política exterior, la ratificación o la adhesión a los Tratados, el poder de declarar la guerra y de concluir la paz, la facultad de enviar y recibir agentes diplomáticos y nombrar los consulares, así como el conceder el exequatur a los cónsules extranjeros. Tiene en general la competencia de declarar la voluntad del Estado respecto de los otros Estados. La competencia para formar la referida voluntad le es atribuida generalmente por los ordenamientos internos en colaboración con otros órganos del Estado, como el Gobierno y las Cortes, Cámaras o Senado”.⁽⁵⁾

B. *Reconocimiento*

Un nuevo Jefe de Estado necesita ser reconocido por los demás, a quienes haya notificado la asunción al mando. El reconocimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se hace por medio de una comunicación especial. Es tácito si resulta del envío de una embajada especial o de un agente diplomático o del recibimiento del mismo con carácter público. Es expreso cuando se acreditan Misiones Especiales a la Ceremonia de asunción del mando, o Traspaso del Poder Ejecutivo como se le denomina entre nosotros.

(4) Antokoletz, Daniel. *Tratado de Derecho Internacional Público*. Tomo II, (Librería y Editorial La Facultad, 5a. edición, Buenos Aires, 1951), pág. 528.

(5) Díez de Velasco, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Tomo I, (TECNOS, 6a. edición, 1a. reimpresión, Madrid, 1983), pág. 432.

“Los Estados monárquicos, cuyos jefes se hallan muchas veces unidos por vínculos de familia, suelen dar al hecho importancia notoria. Y, para celebrarlo dignamente, envían embajadas que destacan gran ceremonial en oportunidad del advenimiento de un nuevo monarca. A la inversa, en función de una solidaridad democrática, las repúblicas americanas destacan entre ellas embajadas especiales cada vez que un nuevo presidente asume el poder. En cuanto a los gobiernos de facto, deben ser éstos previamente reconocidos para iniciar relaciones con los gobiernos de los demás Estados”.⁽⁶⁾

“Al producirse un cambio de gobierno irregular, es corriente en la práctica internacional reconocer el nuevo gobierno. Pero este reconocimiento ha de distinguirse del reconocimiento de un nuevo Estado. Sólo al surgir un nuevo Estado coincide el reconocimiento del Estado con el de su primer gobierno. Muchas veces, el nuevo gobierno sólo se reconoce de facto, hasta que su dominio en el país sea indiscutible”.⁽⁷⁾

También se puede dar el caso de que, el gobierno de un país, se encuentra refugiado en el extranjero a raíz de un conflicto bélico, éste sigue teniendo el carácter de gobierno legal del país ocupado hasta que terminada la guerra, se haya impuesto un nuevo gobierno o haya desaparecido el Estado.

Tales situaciones se dan en particular en el presente siglo y, han tenido una mayor o menor importancia según sea el número de países que mantengan el reconocimiento de tal gobierno en el exilio. Así el gobierno Republicano español, fue reconocido como Gobierno en el exilio y permaneció durante casi cincuenta años en México, cuyo gobierno sólo reconoció el Gobierno constituido en Madrid, después de la muerte del General Francisco Franco.

Con un carácter más transitorio, algunos de los soberanos europeos cuyos países habían sido ocupados por Alemania durante la Segunda Guerra Mundial, fueron reconocidos como Gobiernos en el exilio por los aliados e incluso, suscribieron actos como la Declaración Interaliada y la Declaración de las Naciones Unidas, junto a representantes de otros gobiernos.

Los ejemplos más recientes han sido el del reconocimiento del Gobierno del controvertido líder camboyano Pol Pot, que incluso ha seguido ocupando el asiento de dicho país ante las Naciones Unidas y, el del recientemente depuesto gobierno de Kuwait, que, aunque desalojado de su territorio, tras la invasión iraquí del 2 de agosto de 1990, siguió siendo reconocido por la mayoría de los miembros de la Comunidad Internacional

(6) Moreno Quintana, Lucio. *Op. cit.*, págs. 452-453.

(7) Verdross, Alfred. *Derecho Internacional Público*. (Editorial Aguilar S. A., Madrid, 1955), pág. 244.

como el único Gobierno legítimo de ese país, hasta el desalojo por parte de la fuerzas aliadas, en que volvió a reasumir el mando efectivo dentro del territorio.

C. *Privilegios e inmunidades*

El Jefe de Estado, como órgano supremo del mismo, goza de ciertas inmunidades y privilegios de pura cortesía, explicables por la preocupación de no menoscabar, ni aún indirectamente, la independencia del Estado al que representa.

El tratamiento del Jefe de Estado en su propio país se rige por el Derecho Público interno. Durante su permanencia en el extranjero, goza de prerrogativas e inmunidades que, en sustancia, son las mismas que las que se acuerdan a los Agentes Diplomáticos, a saber: inviolabilidad, independencia y prerrogativas de cortesía.

- “1. La inviolabilidad de la persona, consistente en una protección especial, garantizada por el Derecho Penal del Estado de residencia, que determina una particular represión:
 - a) De los atentados contra los jefes de Estado extranjeros, y
 - b) De las ofensas e injurias que se les dirijan, especialmente cuando ello se hace por medio de la prensa.

- “2. La inmunidad de jurisdicción, que pese a la controversia doctrinal a que ha dado origen, se extiende:
 - a) A los actos realizados en su calidad de persona privada (por ejemplo, en calidad de heredero, de legatario, o de autor de un daño), y
 - b) A los actos realizados como representante del Estado, es decir, en el ejercicio de sus funciones públicas“.⁽⁸⁾

“Igual protección que, para su persona, debe también brindar el Estado del territorio al domicilio del Jefe de Estado extranjero. Se halla este domicilio amparado por una inmunidad de carácter real, que descarta la antigua ficción de extraterritorialidad. Tal inviolabilidad de domicilio se

(8) Rousseau, Charles. *Derecho Internacional Público*. (Ediciones Ariel, 3a. edición, Barcelona, 1966), pág. 332.

extiende también a los de los bienes y efectos que tuviese en él, dicho Jefe de Estado".⁽⁹⁾

El Jefe de Estado tiene derecho a tener libre comunicación con el exterior en forma ilimitada, toda su correspondencia está salvaguardada de cualquier forma de censura.

"Goza, por último, el Jefe de Estado extranjero, de exención impositiva. Esta obra en general para toda clase de impuestos, directos como indirectos, salvo, para los primeros, los que recaigan sobre bienes inmuebles o sucesiones".⁽¹⁰⁾

Los privilegios del Jefe de Estado duran mientras permanecen en el cargo, no obstante, por razones de cortesía, se le aplican determinadas ventajas después de su cese, sin que haya ninguna norma jurídica que las ampare.

II. MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES

Dada la multiplicidad de funciones que le incumben al Jefe de Estado, éste no puede atender personalmente la dirección de los servicios referentes a las relaciones internacionales del país. Tales servicios están reunidos en un organismo político administrativo con ramificaciones en el extranjero y tienen al frente a un Ministro o Secretario de Estado.

El Ministro de Relaciones Exteriores o de Asuntos Extranjeros, es el órgano competente encargado por el Estado de la conducción de las relaciones internacionales en función de los intereses políticos de la nación".⁽¹¹⁾

A. *Funciones*

"Las funciones generales de un Ministerio de Relaciones Exteriores son: cultivar las relaciones con los Estados extranjeros; recibir a sus Agentes diplomáticos y conceder el exequatur a sus cónsules; intervenir en la designación de los agentes diplomáticos y consulares acreditados en el exterior; mantener la correspondencia con el cuerpo diplomático extranjero; dirigir la labor del cuerpo diplomático y consular nacional; negociar tratados y velar por su cumplimiento; favorecer en el exterior los intereses políticos,

(9) Moreno Quintana, Lucio M. *Op. cit.*, pág. 456.

(10) *Ibidem*, pág. 457.

(11) Antokoletz, Daniel. *Op. cit.*, pág. 534.

económicos y comerciales del Estado; proteger a los connacionales residentes en país extranjero; tramitar los asuntos relativos a Estados extranjeros en cuanto afecten el país".⁽¹²⁾

Es muy importante hacer notar que, a igual que los jefes de Estado, el Ministro de Relaciones Exteriores, tiene autoridad para hablar y comprometer a su Estado internacionalmente. Además, las comunicaciones de representantes extranjeros, salvo casos de excepción, deben ser dirigidas al Ministro de Relaciones Exteriores.

B. *Organización*

"La organización del Ministerio de Asuntos Exteriores no es la misma en todos los países, aunque sus funciones sean más o menos idénticas y los puntos de semejanza sean muchos. Los servicios externos, dependientes del organismo central (que en el Brasil, por ejemplo, tienen la denominación de Secretaría de Estado de Relaciones Exteriores), comprenden misiones diplomáticas y secciones consulares. Hoy es frecuente que los funcionarios de éstas y de aquéllas formen cuadro único, aunque con denominaciones diversas, según están el servicio de las misiones diplomáticas o de las secciones consulares".⁽¹³⁾

Por lo general, los Ministerios de Relaciones Exteriores están compuestos por una serie de entidades administrativas coordinadas y centralizadas en función de su tarea específica; casi siempre se subdividen en direcciones divisiones, secciones y oficinas, así como también en subsecretarías o secretarías auxiliares, las que tienen diferentes cometidos. Frecuente es que existan bajo la dependencia de la dirección o división encargada de la política internacional, distintas áreas, regiones o zonas que agrupan con criterio geográfico, sus países integrantes y en las que funcionarios y empleados especializados se ocupan de sus problemas específicos.

C. *Privilegios e inmunidades*

Es práctica generalizada que los Ministros de Relaciones Exteriores gozen de los mismos privilegios e inmunidades que disfrutaban los jefes de Estado.

(12) Accioly, Hildebrando. *Tratado de Derecho Internacional Público*. (Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958), pág. 468.

(13) Podesta Costa, L. *Op. cit.*, pág. 592.

En cuanto a sus inmunidades, cuando viaja al extranjero, es indudable que debe gozar de la inviolabilidad de cualquier medida coercitiva, particularmente de inmunidad penal; aunque es éste, un tema que la doctrina no había estudiado en detalle, hasta que el artículo 28, inciso 2°, de la Convención sobre Misiones Especiales dispuso: "El jefe del Estado, el ministro de Relaciones Exteriores y demás personalidades de rango elevado, gozarán en el Estado receptor o en tercer Estado, además de lo que otorga la presente convención de las facilidades y de los privilegios e inmunidades reconocidos por el Derecho Internacional".⁽¹⁴⁾

ORGANOS DESCENTRALIZADOS

Al referirnos en este título a la categoría de órganos descentralizados, lo hacemos para diferenciar más claramente a los funcionarios que, en virtud del cargo que ostentan, representan al país en el extranjero.

Los diplomáticos son agentes que un Estado envía ante otro Estado para desarrollar las relaciones cordiales entre ambos. Aunque la diplomacia en general es tan antigua como las relaciones entre los pueblos, la institucionalización de la misma a base de la creación de legaciones permanentes se inicia, según la común afirmación de la doctrina, en la República de Venecia durante la segunda mitad del siglo XV. Dicha práctica es seguida por los demás Estados italianos y, Fernando V de Aragón lo introduce en sus reinos. Para el siglo XVI este uso se generaliza por toda Europa.

"La facultad de enviar o recibir Agentes Diplomáticos es el derecho de legación; se dice "activo" el de enviar y "pasivo" el de recibir. Es un derecho que tiene todo Estado soberano; los semi-soberanos lo poseen o no, según el grado de sujeción en que se encuentran con respecto a otros Estados. En un Estado Federal, las provincias carecen de él, en una Confederación cada Estado lo conserva para sus asuntos locales y la Confederación para los negocios generales".⁽¹⁵⁾

"Agente diplomático es la persona que acredita el gobierno de un Estado ante el gobierno de otro para ejercer su representación ante él de modo permanente".⁽¹⁶⁾

(14) Barros Jarpa, Ernesto. *Derecho Internacional Público*. (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1955), pág. 466.

(15) Moreno Quintana, Lucio M. *Op. cit.*, pág. 466.

(16) Seara Vázquez, Modesto. *Manual de Derecho Internacional Público*. (Editorial Porrúa S. A., 1a. edición, México, D. F., 1964), pág. 95.

A. *Funciones*

“Las funciones de los agentes diplomáticos son muy numerosas, pero las principales pueden reducirse a los siguientes grupos:

- a) Representación del Estado acreditante en el Estado receptor;
- b) Protección de los nacionales y de los intereses del Estado acreditante en el Estado receptor;
- c) Negociación con el Estado receptor;
- d) Recoger, utilizando todos los medios legales, información sobre la situación en el Estado receptor y enviarla al Estado acreditante;
- e) Promover las relaciones de amistad entre ambos Estados y desarrollar sus relaciones económicas, culturales y científicas”.⁽¹⁷⁾

La Convención de Viena de 1961, establece en el inciso 2° del artículo 3, que las misiones diplomáticas también pueden ejercer funciones consulares.

Respecto del embajador, el profesor Angel Ossorio nos dice: “Las funciones de estos diplomáticos son: ostentar la personalidad oficial de su país, negociar todas las cuestiones políticas y administrativas, y llevar la misma representación para lo económico, lo cultural, lo militar y naval, lo judicial y los tratos de recíproca cortesía”.⁽¹⁸⁾

B. *Clasificación*

En un tiempo no había más que una categoría de agentes diplomáticos, los embajadores, que también eran llamados Procuradores. Posteriormente, ante el incremento de las actividades de las diferentes misiones diplomáticas, se empezó a acreditar un diplomático de menor jerarquía llamado Ministro Residente. Más tarde apareció otro tipo de diplomático denominado Enviado, así como el Ministro Plenipotenciario, Ministro Residente y el Encargado de Negocios.

“Los agentes diplomáticos difieren entre sí, ora en cuanto a la índole de sumisión, ora en cuanto a las categorías respectivas. En el primer caso, divídense en ordinarios y extraordinarios, según sea la misión, permanente o temporal. Estos últimos suelen ser enviados para fines protocolarios, en

(17) Ossorio, Angel. *Nociones de Derecho Internacional Público*. (Editorial Atlántida, 1a. edición, Buenos Aires, 1984), pág. 67.

(18) Accioly, Hildebrando. *Op. cit.*, pág. 471.

circunstancias especiales, tales como: toma de posesión presidencial, coronaciones, matrimonios, conmemoraciones, etc.; o para congresos o conferencias“.⁽¹⁹⁾

La clasificación que establece las diferentes categorías de agentes diplomáticos, fue creada mediante el Acuerdo de Viena, del 19 de marzo de 1815. “La clasificación establecía las siguientes categorías:

- 1^a Embajadores y Nuncios —(estos últimos tienen precedencia sobre los demás, por lo menos en los países católicos o de mayoría católica);
- 2^a Enviados Extraordinarios, Ministros Plenipotenciarios e Internuncios;
- 3^a Ministros Residentes (creados por el Protocolo de 1818 y en la actualidad suprimidos por el artículo 14 del Convenio de Viena de 1961); y
- 4^a Encargados de Negocios permanentes o temporales, que, frecuentemente, ocupan con carácter interino el cargo de diplomático vacante por muerte, dimisión o traslado del titular. Los agentes de las tres primeras categorías (hoy, dos) están acreditados cerca del Jefe de Estado, mientras que los Encargados de Negocios sólo están acreditados cerca del Ministro de Asuntos Exteriores”.⁽²⁰⁾

La Convención de Viena sobre las Relaciones Diplomáticas, establece hoy únicamente las siguientes categorías de Jefes de Misión:

- a) Embajador o Nuncio, acreditados ante los Jefes de Estado y otros Jefes de Misión con rango equivalente, dentro de los que puede incluirse a los Altos Comisionados enviados por la Corona Inglesa en algunas de sus ex colonias, o los representantes de la Comunidades Europeas, siempre y cuando sean acreditados ante el Jefe de Estado;
- b) Enviados, Ministros o Internuncios; y
- c) Encargados de Negocios, pero solamente si se tratan de los debidamente acreditados ante los Ministros de Relaciones Exteriores, como Jefe de la Misión Diplomática de un país y no de los Encargados de Negocios a.i., que sustituyen a los Embajadores o Encargados de Negocios en sus ausencias temporales.

(19) Rousseau, Charles. *Op. cit.*, pág. 335.

(20) Sepúlveda, César. *Derecho Internacional*. (Editorial Porrúa S. A., 8a. edición, México, D. F., 1977), pág. 161.

C. *Inicio y fin de la función diplomática*

Tanto el establecimiento de relaciones diplomáticas, como el de misiones permanentes, tiene lugar por mutuo consentimiento. Cuando un Estado desea enviar determinada persona como Jefe de su Misión, debe solicitar previamente del Estado receptor su *placet* o beneplácito, es decir, comunicar de antemano su nombre para asegurarse de que es persona grata. Si el *placet* no es concedido, debe procederse al nombramiento de otra persona.

Las cartas credenciales, es el documento en que el jefe del Estado acredita la personalidad de un Jefe de Misión ante un Estado extranjero. En el caso de los Encargados de Negocios, quien firma las cartas credenciales es el Ministro de Asuntos Exteriores.

Cada Estado establece, por medio de su derecho interno, la manera en que se deben nombrar sus representantes diplomáticos y determina, en cada caso, su número, requisitos de nombramiento y rango.

La misión del diplomático termina por diversas causas, entre ellas las siguientes:

- a) Ser llamado el Agente por el Estado acreditante, ya sea por jubilación, traslado a otro destino, destitución, para manifestar su descontento ante el Estado receptor, ya sea por razones de las relaciones bilaterales o en cumplimiento de decisiones de un Organismo Internacional con capacidad para ordenar el retiro de los Jefes de Misión, como el Organismo de Consulta del TIAR;
- b) Por ser declarado el Agente persona non grata; para lo que el Estado receptor no necesita explicar los motivos; y
- c) Por ruptura de las relaciones diplomáticas, caso en el cual no sólo se retira el Jefe de la Misión, sino a los demás miembros de ella.

“La extinción de la personalidad internacional del Estado acarrea también el término de la misión. Finalmente, la guerra entre el país del diplomático y el de residencia ocasiona que la misión finalice“.⁽²¹⁾

CH. *Privilegios e inmunidades*

Desde época remota estuvieron los enviados diplomáticos rodeados de respeto y consideraciones. Estos usos y preceptos se transmitieron, en

(21) *Ibidem*, pág. 161.

cierto modo, a la Edad Media y a la época moderna, hasta ser consagrados en su forma actual por el derecho internacional contemporáneo, en que siguen siendo respetados en la actualidad, ya como derecho consuetudinario, ya como derecho escrito por los Estados partes en la Convención de Viena sobre las Relaciones Diplomáticas del 18 de abril de 1961.

“Un representante diplomático no puede cumplir funciones responsablemente, si él y los miembros de su familia y el personal que le rodea no están protegidos contra toda clase de presiones y violaciones por parte de la población y autoridades del Estado en que reside”.⁽²²⁾

Los agentes diplomáticos gozan, al igual que los Jefes de Estado y los Ministros de Relaciones Exteriores, de los mismos privilegios e inmunidades, a saber:

- i. Inviolabilidad o inmunidad personal;
- ii. Inmunidad de jurisdicción;
- iii. Inmunidades dictadas por razones de cortesía.

i. *Inviolabilidad o inmunidad personal*

La inviolabilidad se aplica al personal diplomático; también respecto de la correspondencia, implica la protección de los correos que llevan valija diplomática, así como la posibilidad de usar el sistema de cifra para enviar y recibir telegramas oficiales; el edificio diplomático también goza de ciertos privilegios.

La inmunidad personal no cubre al agente diplomático, al realizar cuestiones ajenas a su cargo, tales como la actividad profesional o comercial con fines de lucro.

ii. *Inmunidad de jurisdicción*

Es una protección contra las posibles acciones civiles o penales que pudieron entablarse en contra de ellos. “Este principio se completa con algunos más:

- a) En primer lugar, el agente diplomático no puede ser citado como testigo; sólo se le puede pedir que extienda su testimonio por escrito;
- b) Está prohibido citar directamente un agente diplomático para que comparezca ante la justicia;

(22) Korovin, Y. A. *Op. cit.*, pág. 303.

- c) Añádase a todo ello que los bienes del agente no pueden ser embargados (efectos personales, sede de la embajada, automóvil, papeles, equipaje, etc.), pero esta inmunidad no se extiende a los inmuebles —situados en el Estado de residencia— de los que el agente sea personalmente propietario”.⁽²³⁾

iii. *Inmunidades dictadas por motivos de cortesía*

Entre las principales, se encuentra:

- a) *Exención de impuestos*: Cabe hacer la salvedad que, en lo referente a los impuestos indirectos y los que recaen sobre los bienes inmuebles que posea a título personal, la inmunidad fiscal no lo ampara;
- b) *Derecho de capilla*: “El derecho de capilla o de culto, de singular importancia antes de la instauración de la libertad religiosa, constituye una excepción de la supremacía eclesiástica del Estado que recibe al agente diplomático, puesto que da facultad a éste para tener un clérigo adscrito a la embajada y organizar en una capilla sita en su residencia algún culto no autorizado por las leyes del país, pero que no se oponga a las buenas costumbres, al que pueden asistir los miembros de la misión diplomática, sus familiares y personas a su servicio”.⁽²⁴⁾

II. DIPLOMACIA “AD HOC”

Al lado de las misiones diplomáticas permanentes, los Estados utilizan también la llamada diplomacia “ad hoc”, en la que deben incluirse los enviados itinerantes, las delegaciones a conferencias y las misiones especiales enviadas a un Estado con fines restringidos.

Otra forma de diplomacia “ad hoc”, que en la actualidad es muy usada sobre todo para discutir cuestiones técnicas y en especial económicas, es la realizada por medio de funcionarios de la Administración del Estado, distintos a los diplomáticos, que se desplazan a otros países para indicar contactos, negociar préstamos, discutir con sus colegas asuntos de interés común incluso para prestar asesoramiento en materias determinadas sin constituir una misión especial. Algunas de ellas, en particular las que se ocupan de la renegociación de la deuda son de especial importancia para

(23) Rosseau, Charles. *Op. cit.*, pág. 342.

(24) Accioly, Hildebrando. *Op. cit.*, pág. 537.

países como los nuestros. Estos representantes gozan, en principio, de los privilegios e inmunidades propios de la misión diplomática y a ellos se refiere la Convención sobre Misiones Especiales de las Naciones Unidas.

III. CONSULES

Los cónsules son funcionarios administrativos o agentes oficiales, sin carácter diplomático o representativo, que un Estado nombra para que sirvan en ciudades o puertos de otros Estados, con la misión de velar por sus intereses comerciales, prestar ayuda y protección a sus nacionales, legalizar documentos pertenecientes a éstos o destinados a surtir efectos en su país, ejercer la policía de la navegación con los puertos nacionales, suministrar informaciones de naturaleza económica y comercial referentes al país o distrito donde sirvan.

Los funcionarios consulares pueden ser Cónsules, Generales, Cónsules y Vicecónsules y se dividen en Cónsules de carrera y honorarios. Los cónsules honorarios, llamados también cónsules elegidos porque en un principio eran elegidos por las representaciones comerciales en el extranjero (Cónsules Electi), son hoy escogidos por el Estado que los acredita, generalmente de entre los habitantes del país en que están acreditados, aunque nada impide que lo haga también de entre sus ciudadanos y tienen funciones muy limitadas.

Los Cónsules de carrera (o Cónsules Missi), son nacionales del país que los envía y tienen la plenitud de funciones.

Los funcionarios consulares, cualquiera que sea su tipo no tienen carácter representativo, de allí que su nombramiento o aceptación no implican reconocimiento de ninguna clase, y que dos Estados puedan romper sus relaciones diplomáticas, manteniendo sin embargo, las consulares.

Entre las principales inmunidades se que gozan los Cónsules se pueden citar las siguientes:

a) *Respecto de las cosas*

- i) Inviolabilidad de los locales del Consulado;
- ii) Exención de impuestos sobre los locales del consulado;
- iii) Inviolabilidad de los archivos y documentos.

b) *Respecto de las personas*

- i) Inviolabilidad personal;
- ii) Inmunidad de jurisdicción. Esta inmunidad es gozada sólo respecto de los actos ejecutados en virtud de su cargo;
- iii) Exención de impuestos.

La Convención de Viena sobre las Relaciones Consulares del 24 de abril de 1963, regula entre otras cosas, lo referente a inmunidades y privilegios de los Cónsules en sus artículos 40 al 57.

Desde luego, que cuando el Cónsul, como es usual entre nosotros, también está acreditado como funcionario diplomático ante el Estado en que desempeña sus funciones, le serán aplicables las inmunidades y privilegios correspondientes a dicha función, que son mayores que las que tiene como funcionario consular.

Entre las funciones principales de los agentes consulares, según sea la doctrina y la Convención de Viena, están las siguientes:

1. Proteger los intereses de sus connacionales, individuos o personas morales dentro del territorio del Estado receptor, y de acuerdo con lo que permite el derecho internacional.
2. Promover el comercio y el desarrollo de las relaciones económicas culturales y científicas entre el Estado receptor y el acreditante.
3. Informar a su gobierno y a las personas interesadas, acerca de las condiciones y la evolución económica, cultural, comercial y científica del Estado receptor.
4. Facilitar pasaportes y documentos de viaje a los nacionales de su propio Estado, y los visados necesarios o los documentos apropiados a las personas que deseen visitar el Estado acreditante.
5. Proteger las personas de sus connacionales.
6. Actuar como notario y funcionario del registro civil, y realizar ciertas funciones de carácter administrativo.
7. Representar, en determinadas condiciones a sus nacionales ante los tribunales y otras autoridades del Estado receptor.
8. Facilitar documentos judiciales o ejecutar cartas rogatorias de acuerdo con las convenciones en vigor o, en ausencia de tales convenciones, de cualquier otra manera compatible con las leyes del Estado receptor.
9. Ejercer los derechos de supervisión e inspección previstos en las leyes del Estado acreditante, sobre los barcos de la nacionalidad del Estado acreditante, de las aeronaves registradas en él, y de sus tripulaciones.
10. Asistir a los navíos y aeronaves mencionados, y a sus tripulaciones en toda clase de tramitaciones administrativas, hacer investigaciones

(25) Quien tenga interés en profundizar en el tema pueden consultar el “Manual Consular” preparado por Ana Lucía Nassar Soto, Ministerio de Relaciones Exteriores. San José, Costa Rica, 1988.

respecto a los incidentes que hubieran ocurrido durante el viaje, resolver disputas que hubieran podido surgir entre los oficiales y las tripulaciones.⁽²⁵⁾

El derecho Consular, en contraposición con el derecho diplomático deriva de varias fuentes, algunas internacionales como los tratados, la costumbre y la reciprocidad y otras de derecho interno, sobre todo en lo que se refiere al valor de sus actos comerciales, judiciales o notariales, así como las normas que fijan el límite de sus atribuciones.

CONCLUSIONES

Los órganos del Estado en sus Relaciones Internacionales, así como los privilegios que a cada uno corresponden no son siempre los mismos según el Derecho Internacional Público. Todos, sin embargo e independientemente de su jerarquía, realizan una labor esencial para el Estado y para la seguridad de las relaciones internacionales.

La interdependencia existente entre los miembros de la Comunidad Internacional hoy día, hace indispensable que esos órganos actúen con agilidad y que los distintos actores sepan los límites y potencialidades de éstos.

Para ello el Derecho Internacional ofrece una regulación general, que otorga seguridad jurídica a los Estados en sus relaciones, pero es el derecho interno, y en particular el Constitucional el que fija los límites de dichas competencias. En nuestro criterio tales límites pueden ser ampliados, mas no disminuidos por el derecho interno en contravención a lo que el derecho internacional, tanto particular como general, disponen.

El caso de Costa Rica, y aunque el asunto no haya sido planteado como cuestión esencial a estas alturas de nuestro desarrollo constitucional, pareciera que la norma del inciso 10, del artículo 140, como lo discutimos antes, no admite otra respuesta que la de que el Presidente de la República, por su función de órgano supremo de las relaciones internacionales, puede firmar tratados internacionales, y con su sola firma obligar al Estado costarricense en el ámbito internacional.

Aceptar otra solución nos llevaría no sólo a disminuir la condición del órgano principal, sino también el de los órganos derivados, y en último término a incurrir en una práctica absurda, contraria al derecho internacional y totalmente ajena a la práctica, no sólo universal sino también local, pues lo cierto es que el Presidente representa tanto en sus actos internos como internacionales, a la Nación.

LA ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD ANONIMA

I

COMPOSICION Y FUNCIONAMIENTO DEL ORGANO GESTOR

Prof. Dr. Gastón Certad M.
**Catedrático de la Universidad de Costa Rica y
de la Universidad Autónoma de Centro América**

SUMARIO

Introducción

1. La relación administradores–asamblea.
 - A. La administración de la sociedad, ¿es competencia exclusiva de los administradores?
 - B. Las directrices de la asamblea de accionistas en materia de gestión no son vinculantes para los administradores.
 - C. Relevancia de los acuerdos de asamblea en materia de administración.
2. Administrador único y consejo de administración o junta directiva. El principio de “colegiatura” y los poderes “individuales” de los miembros del consejo.
3. Impugnación de acuerdos del consejo de administración.
4. La delegación de funciones del consejo de administración y de quienes ejercen la representación social.



INTRODUCCION

La función administrativa en cuanto tal, es esencial en la vida de una sociedad; sin embargo, no se puede decir lo mismo, bajo el ámbito de la lógica, del órgano administrativo, es decir, de aquel órgano cuya competencia específica es, precisamente, administrar la sociedad: y en realidad de verdad, la función administrativa podría atribuírsele íntegramente a la asamblea de socios o a cada uno de ellos aisladamente, sin necesidad de recurrir a la creación de un órgano específico, pues, desde el punto de vista estrictamente teórico, ninguna dificultad impediría semejante solución.

Pero la cada vez más compleja organización de las sociedades, y, por ende, evidentes razones de oportunidad práctica, llevaron al hombre, desde hace tiempo —el mérito se le atribuye a los holandeses—, a efectuar una más neta distinción entre asamblea de socios y *gubernadores* y, por lo tanto, a la atribución —con carácter exclusivo— de las funciones administrativas a un restringido grupo de sujetos, según un proceso histórico en constante desarrollo que ve crecer con ímpetu las funciones y los poderes de los administradores, fenómeno correspondiente a aquel siempre más evidente de la separación entre el riesgo y el control de la riqueza.⁽¹⁾

Y en verdad, la gestión de la sociedad, especialmente cuando la empresa es de notables dimensiones, debe serle confiada a sujetos con particular experiencia y ser ejercida según criterios de celeridad, elasticidad y tecnicismo, lo que mal se concilia con la atribución de esa actividad a la colectividad de los socios, frecuentemente muy numerosos, ayunos de los conocimientos necesarios y que casi siempre operan en base a normas que necesitan un notable período de tiempo antes de que se logre cualquier acuerdo.

Por eso, en la vida de las sociedades podemos individualizar funciones deliberativas, de particular importancia, asignadas a la

(1) Sobre la evolución del concepto de propiedad operada por la sociedad anónima, ver Certad M., Gastón, *La influencia de la sociedad anónima en la evolución del derecho de propiedad*, y Gómez R., Carlos-Gutiérrez C., Alfonso, *Un nuevo concepto de propiedad en el derecho societario*, ambos en "La propiedad. Ensayos", Ed. Juricentro, San José, Costa Rica, 1983, pp. 505-522 y 421-433, respectivamente.

competencia colectiva de los socios (tales como las modificaciones al pacto constitutivo, la aprobación del balance, la distribución de las utilidades y de las pérdidas, el nombramiento de los administradores y fiscales, etc.), que se distinguen netamente de la función de gestión o administración de la sociedad en sentido propio, dirigida a la consecución y logro del objeto social.

Esta distinción apenas efectuada entre función deliberativa y función administrativa, no está siempre claramente delineada en el derecho positivo, ni exige siempre la constitución de órganos distintos en el ámbito de la sociedad.

La función administrativa constituye siempre, para quien la ostente, socio o tercero, un deber conexo al ejercicio de aquellos especiales poderes propios de toda actividad jurídica idónea a determinar efectos en una esfera de intereses distinta, total o parcialmente, a la del sujeto agente.

En lo tocante a estas relaciones entre los administradores y la sociedad, se discute si a los primeros corresponde la condición de órganos, o bien la de mandatarios de la sociedad. Se ha dudado últimamente que los administradores sean mandatarios sociales sobre todo con fundamento en dos razones: en las sociedades de personas, caso de que los administradores sean socios (y especialmente, socios nombrados en el pacto constitutivo); y en las sociedades de capital, en las cuales parece que el calificativo de mandatarios resulta absorbido por la noción de órganos del ente.

La verdad es que hoy, la teoría orgánica prevalece tanto en la doctrina como en la jurisprudencia; y aun aquellos que de ella discienden, no siempre recurren a la figura del mandatario, sino que prefieren más bien considerar a los administradores como figuras autónomas e independientes. Ahora bien; dentro de los seguidores de la teoría del órgano, hay quienes sostienen que la relación administradores-sociedad no es de naturaleza estrictamente contractual, pues tiene origen en un acto unilateral de preposición.

La principal consecuencia de la adopción de una u otra de las teorías suscitadas se da en materia de responsabilidad extra-contractual de la sociedad: quienes atribuyen a los administradores la naturaleza de órgano, sostienen que la responsabilidad de la sociedad por actos ilícitos de sus administradores es directa, mientras que, en estricto rigor, la responsabilidad de la sociedad por los actos efectuados por sus mandatarios debería ser tan solo indirecta.

Otro problema de carácter general frecuentemente debatido es si existe o no una relación de subordinación de los administradores ante la asamblea, problema que, como se verá, nos parece que debe resolverse en sentido negativo (salvo, naturalmente, el poder de la asamblea de socios de revocar sus nombramientos, o de limitar sus poderes, eventualmente mediante una modificación al pacto constitutivo).

La función administrativa en sentido lato ha sido distinguida en deliberativa, ejecutiva y representativa: la primera comprende el poder, dentro de ciertos límites discrecionales, de decidir sobre el cumplimiento de los negocios sociales; la segunda, está dirigida a ejecutar las decisiones de los socios en asamblea y de los propios administradores en el consejo; y la tercera, está destinada a realizar, frente a terceros, actos estipulados a nombre y por cuenta de la sociedad, y como tales, directamente productores de efectos que inciden en su esfera jurídica y patrimonial.

1. *La relación administradores-sociedad.*

A. *La administración de la sociedad, ¿es competencia exclusiva de los administradores?*

Los administradores son el órgano al que, institucional y legalmente, compete la administración de la sociedad; con dicho objetivo, se les atribuyen los siguientes poderes:

- a) De decisión y de representación, cuyo ámbito exacto examinaremos más adelante;
- b) De iniciativa, correspondiéndoles las convocatorias de las asambleas de accionistas cuando en el pacto constitutivo no se hubiere designado otro órgano o funcionario social (art. 158, párrafo primero del Código de Comercio)^{(2) (3)} y en las hipótesis contempladas en los artículos 159 y 160; la correlativa determinación del orden del día (art. 163 in fine); y, además, la redacción del proyecto de balance que

(2) Somos de la opinión, frente a lo dispuesto por esta norma, que la circunstancia de que el pacto social no indique el órgano o funcionario encargado de convocar a los socios es suficiente, registralmente hablando, para no autorizar la inscripción de la sociedad; cosa distinta sucede si lo que se omite en el pacto es la forma de la convocatoria, porque aquí la ley sí suple el silencio de los socios ("por aviso publicado en La Gaceta"). Ahora bien; caso de que se inscribiera una compañía con la primera omisión apuntada, lo lógico y lícito es que la convocatoria a los socios corresponda al órgano gestor, a la junta directiva, pues se trata de una función típicamente administrativa.

(3) De ahora en adelante, cuando citemos un artículo sin indicar el Código de procedencia, se entenderá que pertenece al Código de Comercio.

deben someter a la aprobación de la asamblea de socios (art. 155, inc. a); y

- c) De ejecución, pues deben ejecutar los acuerdos de las asambleas de socios.⁽⁴⁾

Nos parece necesario detenernos sobre esta última afirmación. Muy generalizada entre nuestros operadores del derecho es la tesis de que la asamblea de accionistas es un órgano *totopoderoso y omnímodo*; tal vez esta errónea conclusión se origine en la supremacía de este órgano pregonada (pero malinterpretada) por el párrafo primero del artículo 152; pero decir que la asamblea es “el órgano supremo” no significa, ni puede significar, que ella pueda tomar cualquier tipo de acuerdo, aun irrespetando el principio de las competencias de los órganos sociales. No hay duda que, de un ligero examen del código se desprende que nuestra sociedad anónima está compuesta por órganos (la asamblea de accionistas en la Sección V; la junta directiva en la en la Sección IV; y el fiscal o fiscales en la Sección VII, todas del Capítulo VII del Título I del Libro I), los cuales no otra cosa son que esferas de competencia y, en ese sentido, todo órgano es soberano *en materias de su competencia*. Es importante también recordar que el sistema de la sociedad anónima en el Código está estructurado confiriéndole determinadas facultades ex lege al órgano gestor, otras distintas, también ex lege, al órgano contralor y estableciendo, para el órgano deliberativo, una *competencia residual*, de donde, todas aquellas materias o asuntos que la ley o la escritura social⁽⁵⁾ no hayan atribuido a los otros dos órganos, son competencia de la asamblea de accionistas (art. 152 in fine). Desde este punto de vista y en estricto respeto a este principio inderogable, a un órgano

(4) En este sentido, Bonelli, Franco, *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè Ed., Milano, 1985, p. 2; Ferri, Giuseppe, *Le società*, en “Trattato di Diritto Civile italiano”, dirigido por Giorgio Vassalli, UTET, Torino, 1971, . 509; Galgano, Francesco, *Diritto Commerciale. II. Le società*, Zanichelli Ed., Bologna, 1984, p. 320, nota 1 e infra notas 7 y 23; en el derecho español, muy genéricamente; Garríguez, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa S. A., México, 1977, p. 496 s. Esta facultad se desprende, implícitamente, de cuanto establece el artículo 157.

(5) No somos partidarios de la tesis del legislador del ‘64 de dejar “en manos de los socios” la distribución de los asuntos que competen o puedan competir a los distintos órganos sociales. Por razones lógicas y de orden consideramos ésta una labor propia y exclusiva del legislador, quien debe velar, a través de las normas jurídicas, por el buen comportamiento y desempeño de la sociedad a través de sus órganos.

le está vedado inmiscuirse en asuntos o materias propias de otro órgano, salvo que la propia ley o la escritura social lo faculte. Hecha esta aclaración, debemos decir que la doctrina no sólo somete a duda que los administradores estén obligados a ejecutar acuerdos de asamblea en tema de gestión, sino que, más generalmente, ha dudado que la asamblea tenga cualquier tipo de competencia administrativa:⁽⁶⁾ semejante competencia, se ha dicho, contrasta con la autonomía que la ley reconoce a los administradores, y terminaría con irresponsabilizar la gestión de las sociedades (no olvidemos que la asamblea de socios es un órgano irresponsable, de modo que, en caso de decisiones que puedan exponer a los administradores a algún tipo de responsabilidad civil —social o individual—, bastaría, para excluirla, hacer que la asamblea tome el acuerdo respectivo).⁽⁷⁾

La tesis, en los términos absolutos en que está planteada, no puede ser acogida. Para nosotros es indudable que la asamblea de accionistas tiene competencia en materia de administración. Veamos:

- a) Preliminarmente debemos hacer notar que —aunque si bien esto sucede fuera de la *oficialidad* de la asamblea—, en el seno de la sociedad frecuentemente se instauran relaciones, más o menos estrechas, entre socios y administradores, y más propiamente entre los socios titulares del capital que gobierna y los administradores.⁽⁸⁾ Claro que esto es aún mucho más frecuente y evidente en las llamadas

(6) Entre las contribuciones más importantes a tan debatido tema, podemos señalar las de Abbadessa, Pietro, *La gestione dell'impresa nella società per azioni. profili organizzativi*, Giuffrè Ed., Milano, 1975, pp. 45-70 y 80-90; Cagnasso, Oreste, *Gli organi delegati nelle società per azioni*, UTET, Torino, 1976, pp. 125-132 y 170-177; Calandra Buonauro, *Gestione della impresa e competenza dell'assemblea nella società per azioni*, Modena, 1984. En general, sobre la importancia que ha venido adquiriendo el órgano gestor dentro de la sociedad anónima y la llamada "revolución gerencial", no deben dejar de consultarse los trabajos de Mason, Edward S., *La sociedad anónima en la sociedad moderna. Introducción* y de Rostow, Eugene V., *Ante quiénes y con qué fines son responsables las gerencias de las sociedades anónimas?*, ambos en *La sociedad anónima en la sociedad moderna*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1967, pp. 16-40 y 69-105, respectivamente.

(7) Weigman, Renato, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, UTET, Torino, 1974, pp. 214 ss.

(8) En el ámbito de tales relaciones confidenciales, los socios pueden hacerle a los administradores indicaciones o sugerencias y darles hasta verdaderas y propias directrices o instrucciones de gestión.

sociedades anónimas a estructura familiar o cerradas, que constituyen, hasta ahora, el prototipo de la sociedad anónima costarricense.⁽⁹⁾

- b) Además, verdaderos vínculos jurídicos pueden derivarse para los administradores de una delimitación del objeto social; sin embargo, los socios, aun cuando estén facultados para limitar el objeto social, no pueden llegar a imponerle a los administradores actos específicos de gestión; de donde la escogencia de actos de gestión idóneos al logro del objeto social (por más limitado que éste sea), no puede ser predeterminada en una cláusula del pacto constitutivo, y el acto o actos administrativos señalados permanecerán siempre de exclusiva competencia de los administradores.
- c) En determinados supuestos, excepcional y específicamente señalados por la ley, la asamblea está investida de la competencia de deliberar sobre determinados actos de administración; piénsese, vgr., en la proposición y renuncia (y, análogicamente, en el desistimiento y en la transacción) de la acción social de responsabilidad contra sus administradores (arts. 191 inc. b y 192); en la solicitud de quiebra de la propia sociedad (art. 855); no sin excluir algunas otras decisiones muy relevantes en torno a la gestión financiera de la sociedad, tales como la aprobación o improbación del informe sobre los resultados del ejercicio anual que presenten los administradores (art. 155 inc. a); el destino que deba dársele a los dividendos —y a las pérdidas— (art. 155 inc. b); la emisión de obligaciones (arts. 156 inc. b y 155 de la Ley Reguladora); el aumento y la disminución del capital social (art. 156 inc. a); y la fusión con otra u otras sociedades (art. 221).
- ch) Una competencia de la asamblea en materia de administración está prevista, sobre todo, en el inciso d) del artículo 155, según el cual la asamblea general ordinaria podrá ocuparse de “los demás (asuntos) de carácter ordinario que determine la escritura social”.⁽¹⁰⁾

(9) Ahora, la Ley Reguladora del Mercado de Valores y Reformas al Código de Comercio N° 7201 del 10 de octubre de 1990 (en adelante la “Ley Reguladora”) ha venido a crear, en su capítulo VIII, las denominadas sociedades anónimas de capital abierto, que se rigen por la normativa allí expuesta y, supletoriamente, por las normas de las sociedades anónimas del Código del ‘64 las que, por exclusión, deben ser consideradas como sociedades anónimas de capital cerrado, esto es, de estructura familiar.

(10) En las sociedades anónimas de pequeñas dimensiones es frecuente que sus pactos constitutivos reserven a la asamblea determinadas decisiones, generalmente relativas a la llamada “extraordinaria administración”, con el fin de permitirle a los socios ejercer un control sobre los más importantes actos de gestión.

Más adelante veremos si los acuerdos tomados por la asamblea sobre actos de gestión específicos son o no vinculantes para los administradores. Por el momento sólo nos interesa resaltar que reconocer la existencia de una competencia de la asamblea en materia de administración, no afecta la afirmación de que la ejecución de sus decisiones sobre gestión le corresponde, inderogable y exclusivamente, a los administradores.⁽¹¹⁾

Se reintroduce de esta manera, en el momento ejecutivo de los acuerdos de las asambleas, el control y la apreciación de los administradores, esto es, del órgano responsable. Según algunos, por el contrario, no sólo la ejecución, sino también la iniciativa —o poder propulsor— de los acuerdos de asamblea, sería competencia exclusiva de los administradores, porque es a ellos a quienes corresponde llevar los asuntos a conocimiento de la asamblea, en la medida en que a ellos toca —como órgano o en forma individual—, generalmente, convocar la asamblea y establecer el orden del día.

En conclusión: si bien ciertas decisiones relativas a la administración de la sociedad, como hemos visto, pueden ser tomadas por la asamblea de accionistas, la ejecución (y, además, la iniciativa) de cada uno de los específicos actos de gestión corresponde siempre y exclusivamente a los administradores. En este sentido podemos afirmar que a los administradores, y sólo a ellos, corresponde la *exclusiva e inderogable competencia de administrar la sociedad*, principio que se desprende, con meridiana claridad, del artículo 181; esto en armonía con la evolución doctrinaria —y en algunos países, como en Italia, hasta legislativa—, que ha visto a los administradores transformarse de simples “mandatarios” de los socios en verdaderos “órganos” de la sociedad, cuyos poderes se derivan directamente de la ley, en primer término (art. 181), y de la escritura social in fine (art. 152 párrafo segundo).⁽¹²⁾

(11) Abbadessa (op. cit. en nota 6, pp. 63 ss, nota 3) distingue netamente entre actividad decisoria y actividad ejecutiva, indicando que sólo respecto a esta última existe una competencia inderogable (y exclusiva) de los administradores. En igual sentido Weigmarn, *op. cit.*, en nota 7, pp. 71 ss., nota 3; véase también Broseta Pont, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1977, pp. 242 s.

(12) Esta última afirmación nos conduce necesariamente a considerar a los administradores, ya no obligados; sino libres de ejecutar o no los acuerdos que la asamblea haya tomado en tema de administración

B. *Las directrices de la asamblea en materia de gestión no son vinculantes para los administradores*

Nos corresponde ahora delimitar cuál es, en concreto, la posición que deben asumir los administradores cuando la asamblea de socios —de conformidad con el inciso d) del artículo 155— tome acuerdos en relación a uno o más actos de gestión:

- a) Evidentemente ningún problema surge cuando, ante un acuerdo válido del que no pueda derivarse ningún daño para la sociedad, los administradores, condivdiéndolo, lo ejecuten.
- b) Tampoco surgen problemas cuando, ante determinado acuerdo, los administradores se hallan en conflicto de intereses con la sociedad,⁽¹³⁾ pues en este caso ellos dejan de ser, automáticamente, los necesarios ejecutores del acuerdo. El ejemplo más claro y frecuente es el del acuerdo sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra todos, algunos o algún administrador, pues aunque el administrador o administradores endilgados no hayan sido revocados, no pudiendo él o ellos actuar contra sí mismo(s) en representación de la sociedad, la acción debe ser ejercida, de conformidad con la ley, por la persona designada al efecto por la misma asamblea (art. 192).⁽¹⁴⁾
- (c) Muy delicado es, por el contrario, el caso en que los administradores, estando de acuerdo con una decisión de la asamblea, o simplemente estando conformes en ejecutarla, de ella se derive (o pueda derivarse)

(13) Inexplicablemente nuestro Código no contempla (ni la Ley Reguladora tampoco) esta figura al interno del órgano deliberativo, ni del órgano gestor, aunque sí lo hace en relación al órgano contralor (art. 200), que es tal vez en donde es menos relevante.

En general se presenta este instituto cuando un socio, un administrador (o el fiscal) se hallan, frente a un determinado acuerdo de asamblea o del propio consejo, o frente a un determinado negocio social, por cuenta propia o ajena, en conflicto con el interés de la sociedad.

(14) Ferri, *op. cit.* en nota 4, p. 528, nota 1; Galgano, *op. cit.* en nota 4, p. 320, nota 1. En caso de que la asamblea haya acordado la perfección de un contrato con respecto al cual los administradores con representación estén en conflicto con el interés social, a la asamblea no le queda otra vía que designar uno o más ejecutores especiales de dicho acuerdo, a tenor del artículo 157, norma que, como se verá más adelante (nota 24), es únicamente en estos casos que se aplica.

un daño para la sociedad (como, por ej., un acuerdo que favorece al socio mayoritario o a un socio o varios pertenecientes al "grupo de control"). En esta hipótesis, si los administradores ejecutaran el acuerdo, no serían responsables ante la propia sociedad (porque la voluntad de los socios expresada en asamblea los exonera de toda responsabilidad, de conformidad con el inciso c) del artículo 191), pero sí responden penal —si su conducta calificara como delictiva— y civilmente, frente a los acreedores sociales, los socios individualmente considerados o terceros (artículo 1045 del Código Civil.⁽¹⁵⁾

- ch) Aún más delicado es el caso en que los administradores no quieren ejecutar las instrucciones o acuerdos de la asamblea en materia de gestión, bien porque consideren que el acuerdo está viciado de invalidez, o porque, al estar en conflicto con el interés social, temen resultar responsables en la medida en que lo ejecuten, o simplemente porque no convalidan, en el mérito, la operación deliberada por la asamblea. La opinión que aquí prevalece en doctrina es contraria a las dos posibles soluciones extremas: por una parte, se excluye que los administradores estén obligados a ejecutar las instrucciones o acuerdos de la asamblea en materia administrativa, en cuanto ellos no pueden estar constreñidos a ejecutar acuerdos no queridos o no convalidados y, contemporáneamente, resultar responsables por haberlos ejecutado;⁽¹⁶⁾ por otra parte, se excluye también que los administradores estén, en todo caso, liberados de no aplicar discrecionalmente los acuerdos de la asamblea en materia de administración.⁽¹⁷⁾

Desechadas las dos posiciones radicales suscitadamente expuestas, la orientación prevaleciente considera que la posibilidad (se trataría, más bien, de una obligación) de desaplicar los acuerdos de asamblea en tema de gestión por parte de los administradores, sólo se daría en los casos en que tales acuerdos sean nulos,⁽¹⁸⁾ o bien cuando, al momento de la ejecución,

(15) Bonelli, *op. cit.* en nota 4, p. 7.

(16) Abbadessa, *op. cit.* en nota 6, p. 63, nota 3; Weigmann, *op. cit.* en nota 7, p. 71, nota 3.

(17) Abbadessa, *op. cit.* en nota 6, p. 61 ss.

(18) Abbadessa, *op. cit.* en nota 6, pp. 80-90; Minervini, Gustavo, *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè Ed., Milano, 1956, pp. 186 ss.

hubieren sobrevenido nuevas circunstancias que la desaconsejen,⁽¹⁹⁾ o cuando la asamblea hubiere deliberado sin conocer toda la información necesaria,⁽²⁰⁾ o cuando la ejecución del acuerdo pueda exponer a los administradores a algún tipo de responsabilidad.⁽²¹⁾

Pero la verdad es que esta posición no nos parece convincente. Ella, permitiéndole a los administradores desaplicar los acuerdos de asamblea de socios en tema de gestión aun en ausencia de una formal suspensión de su ejecución, termina en realidad con *someter a la apreciación de los mismos administradores la decisión de ejecutar o no el acuerdo mismo*. Es cierto que la tesis bajo examen insiste en que los administradores no pueden ejecutar ciertos acuerdos sólo en presencia de determinadas situaciones (invalidez del acuerdo, riesgo de responsabilidad en caso de ejecución, etc.), pero dejando de lado la variabilidad y lo genérico de tales situaciones, resulta claro que, si existiera la obligación para los directores de ejecutar los acuerdos de las asambleas en tema de gestión, tal obligación desaparecería sólo porque los administradores crean que el acuerdo es nulo⁽²²⁾ o que, eventualmente, podría generarles algún tipo de responsabilidad, etc. En síntesis, el hecho de que el acuerdo sea inválido o generador de responsabilidad para los consejeros, etc., no son elementos que pueden degradar la ejecución de los acuerdos de asamblea en materia administrativa —si es que fuera obligatoria para ellos— a meramente facultativa. Por último, podemos agregar que la constatación de la existencia de las situaciones contempladas por la tesis arriba expuesta, es sumamente complicada y terminaríamos imponiéndole a los administradores el riesgo de eventuales e inculpables errores relativos a arduas valoraciones jurídicas: si los administradores consideraran, vgr., que un acuerdo es nulo y no lo ejecutan, ellos resultarían responsables ante la sociedad si el proceso por ésta promovido contra ellos concluyera que el acuerdo era válido y, por lo tanto, —según la tesis en examen— vinculante para ellos; por el contrario, si los administradores creyeran que un acuerdo es válido y lo ejecutan, ellos resultarían responsables frente a la sociedad, si en juicio se demostrara la invalidez del acuerdo.

(19) Abbadessa, *op. cit.* en nota 6, p. 62, nota 123; Weigmann, *op. cit.* en nota 7, pp. 83 ss.; Minervini, *op. cit.* en nota anterior, pp. 184 s.

(20) Abbadessa, *op. loc.* últ. cit.

(21) Cagnasso, *op. cit.* en nota 6, pp. 125 ss., 131 ss.; Weigmann, *op. cit.* en nota 7, pp. 83 ss.

(22) Lo cierto es que el acuerdo hasta que no haya sido anulado por la autoridad judicial competente (art. 179), expresa siempre la voluntad y el interés social.

Por todas estas razones, debemos reconocer, en asocio a una gran parte de la doctrina, que las *decisiones administrativas que la asamblea pueda tomar, de conformidad con el inciso d) del artículo 155, no vinculan a los administradores, y no pueden incidir jamás directamente sobre la actuación de quien administra.*⁽²³⁾

Semejante conclusión queda confirmada:

- a) Por la circunstancia, ya apuntada, de que los administradores no pueden estar obligados a ejecutar las instrucciones de la asamblea sobre administración y, contemporáneamente, resultar responsables, civil y/o penalmente, por haberlas ejecutado;⁽²⁴⁾
- b) De la práctica inexistencia de medios jurídicos eficaces con los cuales la asamblea pueda constreñir a los administradores a cumplir o a emprender ciertas operaciones;⁽²⁵⁾ y
- c) Del principio hoy unánimemente convalidado, según el cual los administradores se han transformado de simples *mandatarios* de los socios en *órganos autónomos* de la sociedad, que reciben sus facultades directamente de la ley o de la escritura social (art. 152 in fine) (de modo que no pueden estar vinculados a seguir las instrucciones de los socios).⁽²⁶⁾

(23) Bonelli, *op. cit.* en nota 4, p. 10; Calandra Buonauro, *op. cit.* en nota 6, p. 89; Galgano, *op. cit.* en nota 4, p. 199.

(24) El hecho de que los administradores sean los únicos sujetos responsables de la gestión social justifica además la afirmación, prácticamente pacífica en doctrina, de que la asamblea no pueda ejecutar directamente sus propios acuerdos nombrando un representante especial (excepto en caso de conflicto de intereses en los administradores), pues los verdaderos administradores quedarían desautorizados y se encontrarían en la injusta situación de tener que responder objetivamente de las actuaciones de semejante mandatario. Esta afirmación resulta interesante a la luz de nuestro artículo 157 que, frente a lo dispuesto en el numeral 189, debe ser interpretado en sentido restrictivo, esto es, que el nombramiento de ejecutores especiales para uno o más acuerdos de asamblea, por el propio órgano deliberativo, no es discrecional y sólo es posible ante conflicto de intereses de los administradores de la sociedad.

(25) Se nos ocurre pensar en las amenazas de revocar sus nombramientos o de ejercer contra ellos la acción social de responsabilidad.

(26) V. *supra*, nota 12.

C. *Relevancia de los acuerdos de asamblea en materia de administración*

El hecho de que hayamos concluido de que no existe una obligación de los administradores de ejecutar las instrucciones ni los acuerdos de la asamblea de socios en materia de gestión, nos conlleva, irremediabilmente, a una pérdida de significado del inciso d) del artículo 155 (norma que prevé la posibilidad para la asamblea de incursionar en asuntos administrativos).

Lo cierto es que, caso de que la asamblea tome un acuerdo en materia administrativa y los administradores lo ejecuten, *la voluntad de los socios sirve para exonerarlos de responsabilidad ante la propia sociedad* (art. 191 inc. c), efecto éste cuya importancia no puede ser minimizada.

En conclusión, ante el supuesto de que la asamblea tome un acuerdo ex. artículo 155 inciso d), en relación a una específica operación administrativa, los administradores pueden:

- a) Ejecutar el acuerdo, en cuyo caso no serían responsables ante la propia sociedad de los daños y perjuicios que para ella se derivaren como consecuencia de la ejecución de ese acuerdo; y
- b) No ejecutar el acuerdo, en cuyo caso la asamblea no podría, ni imponerles la obligación de ejecutarlo, ni darle directamente ejecución ella misma nombrando uno o más ejecutores especiales (salvo conflicto de intereses de los propios administradores). Pero como debe permanecer una relación fiduciaria entre socios y administradores, la asamblea podrá valorar si esa conducta de los administradores integra los extremos de una justa causa de revocación del nombramiento; y es en tal caso que puede asumir relevancia valorar si el comportamiento contrastante asumido por los administradores frente al acuerdo no ejecutado, era o no razonable, esto es, si se justificaba por una eventual invalidez del acuerdo mismo, por el surgimiento de nuevas circunstancias sobrevenidas, o por la necesidad de evitarse para sí responsabilidades personales o porque la asamblea lo tomó sin conocer toda la información sobre el tema.

2. *Administrador único o consejo de administración o junta directiva. El principio de colegiatura y los poderes "individuales" de los miembros del consejo*

Algunas legislaciones permiten que el órgano administrativo de la sociedad anónima esté integrado por una sola persona (administrador único) o por varias que componen un consejo de administración o junta directiva.⁽²⁷⁾ Nuestro Código sólo contempla la hipótesis del órgano gestor plurimembre, que denomina junta directiva o consejo de administración⁽²⁸⁾, fijando en tres el número mínimo de integrantes (art. 181), número que no puede ser disminuido por los socios en el pacto social; no indica nuestra ley un número máximo, que bien podría ser señalado en los estatutos (art. 18, inc. 19).

La ley prevé expresamente las figuras del *presidente* (arts. 182, 184 y 168), del *secretario* (arts. 182, 168 y 253) y del *tesorero* (art. 253) de la junta directiva, atribuyéndole al primero las funciones de representar judicial y extrajudicialmente a la sociedad frente a terceros (función ésta que bien pueden los socios extender, en el pacto social, a otros consejeros, para que actúen conjunta o separadamente —art. 182—); de ejercer, en las sesiones del Consejo, el voto de calidad en caso de empate (art. 184, párrafo segundo); de presidir las asambleas de accionistas (art. 168); de firmar las actas de las asambleas de socios (art. 172) y las del propio Consejo (art. 260 in fine); y de nombrar funcionarios administrativos, apoderados o agentes para atender los negocios sociales o aspectos especiales de estos (art. 187). Pero aparte de esas funciones, el Código no le señala al presidente otras atribuciones específicas; sin embargo, generalmente se considera que a él corresponde, además, convocar al Consejo a sesiones y dirigir sus reuniones.⁽²⁹⁾ Al secretario se le endilgan las funciones de servir como tal en las asambleas de socios (art. 168); de firmar las actas de las asambleas (art. 172) y las del propio Consejo (art. 260 in fine) y de ser depositario de los libros de actas de Asamblea y del Consejo y del registro de socios (art. 253);

(27) Es el caso de Italia (art. 2380 del Codice Civile); de Honduras (art. 201 del Código de Comercio); de El Salvador (art. 254 del Código de Comercio); de Guatemala (art. 162 del Código de Comercio), entre muchas otras.

(28) Siempre nos ha parecido hartamente criticable, por alejada de la realidad, la intransigente posición de nuestro Código que se olvida así, tanto de la sociedad cerrada o familiar, como de la unimembre (art. 202), sociedades anónimas que, en nuestro medio, son las más difundidas.

(29) No sin reconocer que la jurisprudencia que existe en nuestro país en materia de órgano gestor es paupérrima, nos parece importante destacar que la Sección Primera del Tribunal Superior Contencioso Administrativo (sent. N° 6321 de las 17:05 hrs del 10 de agosto de 1983, en Rev. Jud. N° 36, pág. 1646) ha dicho que no puede haber en una misma sociedad anónima dos presidentes.

y al tesorero se le atribuye la obligación de ser el depositario de los libros contables y del registro de obligacionistas (art. 253).

La circunstancia que de nuestra ley disponga en el (nuevo) artículo 182, que es el presidente quien deberá ejercer la representación social, significa, a nuestro criterio, que los poderes representativos han sido trasladados, ex lege, del Consejo —al que por competencia generalmente corresponden— al presidente.⁽³⁰⁾

Si bien es opinión importante y prácticamente pacífica que el Consejo de Administración actúa colegiadamente,⁽³¹⁾ se discute entre los autores cuál es la función del método colegiado, su esencialidad y obligatoriedad en el funcionamiento del Consejo, y sobre las conveniencias prácticas que pueden derivarse.

En relación a *función del método colegiado* se admite, generalmente, que no ha sido previsto para tutelar a las minorías (ni para componer ni mediar los intereses de la mayoría y la minoría)⁽³²⁾ y esto porque en el

(30) Nótese que de conformidad al viejo texto del número 182 esta conclusión no era, ni podía ser la misma, pues para que el presidente pudiera delegar sus facultades representativas, no sólo se lo debía permitir expresamente la escritura social, sino que lo debía autorizar el propio consejo (ex párrafo segundo), como titular que era de ese poder, de conformidad con el párrafo tercero de esa misma ex norma (“la delegación de *funciones* no priva al consejo de sus *facultades*, ni lo exime de sus obligaciones y responsabilidades”).

La situación después de la reforma del '90 es tal que nos lleva a preguntarnos ¿no será el presidente un nuevo *órgano* de la sociedad anónima cuya esfera de competencia es, precisa y limitadamente, la representación judicial y extrajudicial de la sociedad?

(31) Ferri, *op. cit.* en nota 4, p. 504; Fré, Gian Carlo, *Società per azioni*, (artt. 2325-2461), en Commentario del Codice Civile dirigido por Scialoja y Branca, Bologna-Roma, 1982, p. 431; Galgano, *op. cit.* en nota 4, p. 326; Garríguez, *op. cit.* en nota 4, p. 477; Graziani, Alessandro, *Diritto delle società*, Morano Ed., Napoli, 1963, p. 377; Mantilla Molina, Roberto L., *Derecho mercantil*, Ed. Porrúa S. A., México, 1979, p. 401; Minervini, *op. cit.* en nota 18, pp. 385 ss. Algunas dudas presenta, en relación a la colegiatura, la deliberación hecha con votación por medio de carta, telegrama, telefax o télex, o bien por medio de conferencia telefónica, como se acostumbra y permite en el Estado de Delaware, E. U. A

(32) Abbadessa, *op. cit.* en nota 6, pp. 100-108; Allegri, Vincenzo, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Giuffrè Ed., Milano, 1979, pp. 198-204; Weigmann, *op. cit.* en nota 7, pp. 87 ss.

Consejo generalmente no hay administradores que representen a las minorías⁽³³⁾ y porque dicho órgano, mediante acuerdo tomado por simple mayoría, puede delegar sus atribuciones —no obstante la reciente reforma al número 182, como se verá— en uno solo de sus miembros.⁽³⁴⁾

Mucha incertidumbre subsiste entre los autores al establecer cuál es, positivamente, la función del método colegiado, considerándose, a veces, que sirve para mejorar la ponderación y meditación de las decisiones,⁽³⁵⁾ particularmente para permitir la colaboración de las distintas competencias de los distintos consejeros,⁽³⁶⁾ o bien para determinar, de manera unitaria y no contradictoria, la voluntad del órgano administrativo,⁽³⁷⁾ o para determinar una administración más responsabilizada y, por ende, mejor.⁽³⁸⁾

Alguna incertidumbre existe en relación a la *obligatoriedad del método colegiado*, pues mientras algunos afirman su inderogabilidad, aun si la justifican y limitan de distintas maneras,⁽³⁹⁾ otros sostienen lo contrario.⁽⁴⁰⁾

La afirmación del carácter obligatorio e inderogable del método colegiado en el funcionamiento del Consejo de Administración, ha sido

(33) El nuevo texto del artículo 181, con el fin de darle a la minoría representatividad en el órgano gestor, fijó, como sistema de votación en la elección del directorio, el voto acumulativo, sistema que resulta *obligatorio* para las sociedades anónimas de capital abierto (art. 155 de la Ley Reguladora), pero que es derogable en la escritura social para las que no lo son. Ello no obstante, la afirmación del texto sigue siendo válida para la gran mayoría de las sociedades anónimas en nuestro país.

(34) Bonelli, *op. cit.* en nota 4, p. 25.

(35) Abbadessa, *op. cit.* en nota 6, pp. 100-108; Allegri, *op. cit.* en nota 32, p. 204; Minervini, *op. cit.* en nota 18, p. 402; Weigmann, *op. cit.* en nota 7, p. 87 ss.

(36) Allegri, *op. loc.* ult. cit.

(37) Bonelli, *op. cit.* en nota 4, p. 25.

(38) Allegri, *op. cit.* en nota 32, pp. ss. y 205 ss.

(39) Para Calandra Buonauro (*op. cit.* en nota 6, pp. 105 ss.) falta “un interés, jurídicamente tutelable, tendiente a la modificación de las formas típicas de organización previstas por la ley”; en otras palabras, este autor sostiene esa posición porque, caso de pluralidad de administradores, considera que con una delegación disyuntiva a favor de todos ellos —delegación pacíficamente admitida por la doctrina— se puede llegar al mismo resultado que se conseguiría con un sistema de administración disyuntiva, que él considera inadmisibile.

También la jurisprudencia italiana está mayoritariamente orientada hacia la tesis de la *obligatoriedad del método colegiado* en la administración pluripersonal de la sociedad por acciones.

(40) Allegri, *op. cit.* en nota 32, p. 194; Bonelli, *op. cit.* en nota 4, p. 27.

utilizada por muchos autores para resolver problemas concretos y muy importantes, tales como:

- a) Afirmar la nulidad de cláusulas estatutarias que predispongan un sistema de administración pluripersonal no colegiado, es decir, para negar la admisibilidad de un sistema de administración plurimembre disyuntiva o conjuntiva;⁽⁴¹⁾
- b) Negar la existencia de poderes "individuales" de los consejeros;⁽⁴²⁾

(41) Jurisprudencia reiterada del Tribunal de Milán, con fundamento en esta posición, ha considerado inadmisibile un sistema de administración disyuntiva.

Con argumentos análogos, ese mismo Tribunal declaró nulos aquellos acuerdos de asamblea mediante los cuales se nombraban apoderados generalísimos (o directores generales) que tuvieran en realidad idénticos poderes y posición que los administradores de la sociedad; pero la verdad es que, en esta última hipótesis, la invalidez deriva de la imposibilidad de "vaciarle" el contenido al poder de los administradores, más que de la contemporánea subsistencia de varios sujetos dotados de autónomos poderes de administración; argumento este interesante si lo enfrentamos a cuanto dispone nuestro artículo 187, que bien podría considerarse limitativo a lo estipulado en esa norma.

Por su parte, también se ha negado la admisibilidad de un sistema de administración conjuntiva fundado en la unanimidad de los administradores, pues contrastaría con el principio, también considerado inderogable, de la "facilidad en la deliberación" (Calandra Buonauro, *op. cit* en nota 6, pp. 49 ss.); posición ésta que parece contrastar con lo dispuesto en el párrafo segundo de nuestro artículo 184, que implícitamente admite la derogabilidad estatutaria *in plus* de los quórum de constitución y votación del órgano gestor allí establecidos.

Por último, también se ha rechazado la admisibilidad de un sistema de administración conjuntiva fundado en la *mayoría* de los administradores, pues semejante especie violaría la necesidad de "asegurar una extensión general de la responsabilidad a todos los miembros del órgano gestor, que descende de la aplicación del principio de la solidaridad en la gestión colegiada", pues con una administración de este tipo no podría considerarse responsables a los administradores "disidentes o que no han sido ni siquiera consultados" (Calandra Buonauro, *op. cit* en nota 6, p. 51), argumento éste totalmente inaplicable en nuestro medio, en donde la circunstancia apuntada es claramente eximente de responsabilidad (art. 190)

(42) Sólo muy recientemente la doctrina italiana ha puesto su atención al problema de ver si y cuáles poderes (de control, de información, de vigilancia, etc.), les corresponden singularmente a los consejeros, y, en caso positivo, cuáles sean las modalidades de ejercicio de esos poderes. Niegan la existencia de dichos poderes, entre otros, Chiomenti, De Vescovi y Minervini; admite un limitado poder individual de vigilancia, Grassetti; reconocen, por el contrario, la existencia de amplios poderes individuales, Abbadessa, Cagnasso, Dalmartello-Portale, Galgano y Libonati.

- c) Negar que los administradores puedan, individualmente, convocar la asamblea, cuando la convocatoria corresponda (porque así lo estableció el pacto social, o en los casos de los artículos 159 y 160) al Consejo de Administración,⁽⁴³⁾ o impugnar acuerdos sociales o del Consejo de Administración considerados inválidos;⁽⁴⁴⁾
- ch) Negarle legitimidad a aquellos acuerdos del Consejo de Administración tomados por la mayoría de los administradores sin que algunos de ellos hayan sido convocados,⁽⁴⁵⁾ o bien tomados por todos los administradores pero sin haberse reunido;⁽⁴⁶⁾ y
- d) Afirmar que ni siquiera todos los administradores pueden renunciar al método colegiado y subdividirse internamente las funciones del Consejo.⁽⁴⁷⁾

Nos parece preferible, después de haber analizado todas las tesis expuestas, acoger la opinión de la derogabilidad del método colegiado, no sólo porque —como se verá y no obstante la reciente reforma del artículo 182— es posible delegar los poderes de gestión en un consejero delegado (quien evidentemente actuaría sin respetar el método colegiado), sino porque y sobre todo, como veremos más adelante, determinados poderes y deberes les corresponden a los administradores individual y no colegiadamente.

(43) La jurisprudencia y la doctrina italiana más recientes se han orientado en este sentido, salvo en hipótesis de urgencia. Es importante hacer notar que los acuerdos tomados por una asamblea inválidamente convocada, son considerados inválidos por los tribunales italianos.

(44) Esto en caso de anulabilidad, en donde los tribunales italianos han dicho que la impugnación corresponde al consejo como un todo (salvo cuando el acuerdo afecte intereses personales del administrador y cuando pretende introducir en el pacto social la cláusula "simul stabunt, simul cadent"), no así en caso de nulidad, pues aquí resulta legitimado cualquier interesado.

Autores como Frè, Minervini, Oppo y Trimarchi consideran que, de previo a impugnar un acuerdo de asamblea, los administradores deben señalarle el vicio a la asamblea para que ésta lo sustituya o lo revoque.

Por su parte, Cagnasso considera que la facultad que tienen los administradores de impugnar los acuerdos de asamblea es delegable.

(45) Grippo, *Deliberazione e collegialità nelle società per azioni*, en Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, 25, Milano, 1979, pp. 150 ss., cit. por Bonelli, *op. cit.* en nota 4, p. 31, nota 56.

(46) Grippo, *op. cit.* en nota anterior, pp. 160 ss.

(47) Grippo, *op. cit.* en nota 45, pp. 154 ss.

3. *Impugnación de acuerdos del Consejo de Administración*

Nuestro Código no regula satisfactoriamente el *iter* procedimental para la formación de los acuerdos del Consejo de Administración. Particularmente poco dice en cuanto a la *convocatoria* y al *lugar de reunión*, limitándose a expresar que “la escritura social o los estratos determinarán la forma de convocatoria del Consejo, el lugar de reunión, ...” (art. 184, penúltimo párrafo). Debido a que la ley hace uso de la forma imperativa (“determinarán”) y nada estipula en caso de silencio sobre el particular en la escritura social, opinamos que, caso de presentarse dichas omisiones, el documento no debe ser homologado por el registrador mercantil hasta tanto no se colmen esas lagunas. Ahora bien y limitadamente a la *convocatoria*, en el supuesto de que el documento se inscribiera no obstante la omisión, hay autores que le atribuyen esa facultad únicamente al presidente, y otros quienes, por el contrario, se la extienden a cualquier otro consejero, en caso de que el presidente no la efectúe.⁽⁴⁸⁾ Si la omisión fuere en lo tocante al lugar de reunión, opinamos que el Consejo deberá reunirse, al igual que la asamblea de accionistas (art. 162), en el domicilio social.⁽⁴⁹⁾ Cosa distinta sucede si lo que se omite en la escritura social es “la forma en que se llevarán las actas” del Consejo, pues aquí la ley sí suple el silencio del instrumento (art. 260).⁽⁵⁰⁾

(48) En el primer sentido, Minervini, *op. cit.* en nota 18, p. 400 y Salanito, Niccolò, *L'invalidità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società per azioni*, Giuffrè Ed., Milano, 1965, p. 194; en el segundo sentido, Fré, *op. cit.* en nota 31, p. 478.

(49) La Ley Reguladora, al reformar el artículo 182 del Código de Comercio, derogó el párrafo in fine de esa norma que establecía que “el consejo de administración se reuniría en el domicilio social pero la escritura podrá estipular otro sitio de reunión, dentro o fuera del país”. Con esa norma, el silencio de los socios en cuanto a este tema era colmado por el legislador, de donde la no indicación del lugar de reunión del Consejo no afectaba la inscripción del documento.

(50) La jurisprudencia italiana, mayoritariamente, considera que el acta tiene una función meramente certificatoria, y no constituye requisito de validez del acuerdo, posición compartida por Azzone, *La forme delle deliberazioni del consiglio di amministrazione delle società per azioni*, en *Giustizia Civile*, 1958, I, pp. 1765 ss., cit. por Bonelli, *op. cit.* en nota 4, p. 34, nota 63.

Por el contrario, la mayoría de los autores se inclina por la tesis jurisprudencial de minoría: Mignoli, Ariberto-Nobili, Raffaele, *Amministratori di società*, voce, en *Enciclopedia del Diritto*, II, Giuffrè Ed., Milano, 1958, p. 139; Minervini, *op. cit.* en nota 18, p. 193; Miserochi, *La verbalizzazione nelle società per azioni*, CEDAM, Padova, 1969, pp. 257; Salanito, *op. cit.* en nota 48, pp. 222 ss. y 235 ss.

La junta directiva se constituye válidamente con la presencia de la mayoría de los consejeros. Los acuerdos del Consejo —de los cuales se excluye el voto por representación (art. 183)— deben ser tomados por mayoría absoluta de los directores presentes (art. 184, párrafo segundo).⁽⁵¹⁾

De conformidad con el inciso g) del artículo 197, el fiscal o fiscales deben o pueden (?) asistir a las sesiones del Consejo con motivo de la presentación y discusión de sus informes (?), con voz pero sin voto. Consideramos que la asistencia del contralor o contralores a las reuniones de la junta debe ser obligatoria porque, caso contrario, ¿cómo puede ejercerse eficientemente la función de vigilancia?

La impugnación de los acuerdos del Consejo de Administración no está prevista en el Código, que se limita a decir que “las irregularidades en el funcionamiento del Consejo, no perjudicarán a terceros de buena fe, sin perjuicio de la responsabilidad de los consejeros ante la sociedad” (art. 184 in fine). La jurisprudencia italiana prevaeciente y una parte de la doctrina (el Codice Civile, en este tema es igual a nuestro) se orientan en el sentido de que los acuerdos del Consejo son inimpugnables —salvo en caso de conflicto de intereses de los administradores, situación ésta que el Codice Civile sí regula expresamente en el artículo 2391—, tesis que se basa, esencialmente, en la inexistencia de una norma que autorice la impugnación —en otros casos distintos al conflicto de intereses— y sobre la inaplicabilidad, a esta materia, de las normas que regulan la invalidez de los acuerdos de asambleas de socios. La justificación de semejante posición la encontramos en la necesidad de evitar la paralización de la actividad social que podría ser provocada por impugnaciones infundadas con el solo fin de disturbar, y con fundamento en el interés a la certeza de las relaciones jurídicas, aun si concluidas como consecuencia de un acuerdo viciado. En conclusión y siempre de conformidad con esta tesis, las violaciones a normas legales o estatutarias (tales como composiciones irregulares del Consejo, irregularidad en la convocatoria, fecha y lugar falso en el acta, falta de quórum constitutivo o de votación, exceso de poder o ilicitud del acuerdo, error en la formación de la voluntad del órgano, etc.) no conllevan a una invalidez de los acuerdos del Consejo, y sólo podrían determinar —si se

(51) Estos quórum se consideran en doctrina mínimos legales y la mayoría admite que pueden ser *aumentados* en el pacto social.

Nótese, sin embargo, que el quórum de constitución o formación es requerido por la ley “para que el consejo funcione legalmente”, de modo que la mayoría de los directores es requerida no sólo para iniciar válidamente la reunión, sino también al momento de la votación, según lo expone con gran agudeza Minervini (*op. cit.* en nota 18, p. 389).

dieran los supuestos— una responsabilidad de los administradores por los daños actuales o potenciales eventualmente derivados a la sociedad (acción social de responsabilidad ex. art. 192); una justa causa de remoción de los administradores; o bien motivo de simple denuncia ante el órgano contralor, a tenor del inciso j) del artículo 197.⁽⁵²⁾

Contrariamente, algunas sentencias de los tribunales italianos y una parte de la doctrina han sostenido que una norma (como la del párrafo segundo de nuestro art. 184) que pone como condición, para que el Consejo *funcione legalmente*, la presencia de determinados *quórum constitutivos y de votación*, no tendría ningún significado si la invalidez del acuerdo no pudiese hacerse valer. Más bien, según esta otra orientación, de conformidad con el artículo 189, se hace obligatoria para los administradores la impugnación de los acuerdos del Consejo viciados de invalidez, siendo éste el medio más eficaz y rápido para evitarle daños y perjuicios a la sociedad. Ahora bien; como la ley no indica cuáles son los medios para impugnar los acuerdos viciados del Consejo, debe recurrirse, forzosamente a los principios dictados en tema de impugnación de acuerdos de asamblea (arts. 176 a 179), normas que no serían así excepcionales y que constituirían la disciplina especial de impugnación de todos los acuerdos viciados tomados por los órganos colegiados en materia de sociedades de capital (colocándose a la par, y no como antítesis, de los remedios previstos en tema de invalidez de los negocios jurídicos en general).⁽⁵³⁾ También para los seguidores de esta corriente el acto ejecutado como consecuencia del acuerdo nulo es *eficaz* frente a terceros de buena fe. Por ello, cualquiera que sea la tesis que se siga, y cualquiera que sea el motivo de impugnación, la anulación del acuerdo del Consejo no determina, frente a terceros de buena fe, la invalidez del acto ejecutado con fundamento en el acuerdo viciado.

La impugnación y la anulación de los acuerdos de la junta directiva no es, sin embargo, inútil, ni está privada de interés: ante todo, en algunos casos puede ser posible para la sociedad demostrar que el tercero, en cuanto conocedor de la invalidez del acuerdo, no era de buena fe (y así la sociedad podría invalidar el acto efectuado en ejecución del acuerdo viciado); aparte del hecho de que existen acuerdos de la junta denominados “self-executing”, que inciden *directamente* sobre un socio, un administrador o un tercero

(52) Allegri, *op. cit.* en nota 32, pp. 198 ss.; Weigmann, *op. cit.* en nota 7, pp. 87 ss.

(53) Cottino, Gastone, *Diritto commerciale*, I, CEDAM, Padova, 1976, p. 670; Ferri, *op. cit.* en nota 4, pp. 508 ss.; Mignoli-Nobili, *op. cit.* en nota 50, pp. 149 ss.; Minervini, *op. cit.* en nota 18, p. 423 s. Posiciones particulares han asumido al respecto autores como Greco, Grippo y Salanitro.

(como, p. ej., las denegatorias del agrado en la transmisión de acciones —art. 138— y de la inscripción del endosatario de acción nominativa en el libro de registro de socios que debe llevar la sociedad —arts. 137 inciso c) y 261—; los nombramientos internos ex art. 187, etc.); en estos casos, en donde los acuerdos del Consejo no son el presupuesto de un sucesivo acto externo, sino que por sí solos producen directamente el efecto buscado, la nulidad de esos acuerdos del Consejo les remueve inmediatamente sus efectos, permitiendo la obtención de resultados concretos imposibles de lograr de otra manera.⁽⁵⁴⁾

Nosotros creemos que la tesis más acorde con nuestra legislación es, precisamente, esta última, sobre todo ante lo dispuesto por el inciso a) del artículo 984, norma que establece un plazo de prescripción (extraordinaria) —aunque más bien se trata de una caducidad— de un año para *“las acciones de nulidad de los acuerdos tomados por (los) ... Consejos de Administración de sociedades comerciales...”*.

4. *La delegación de funciones del Consejo de Administración y de quienes ejercen la representación social*

En la medida en que la ley no lo prohíbe, la junta directiva puede delegar sus propias atribuciones (administrativas y ejecutivas) en algunos de sus miembros (comité ejecutivo) o en uno solo o varios de ellos (consejero o consejeros delegados), *siempre que el pacto constitutivo expresamente la faculte*. En cuanto al poder representativo, también el presidente, y quienes además de él lo ostenten, pueden delegarlo, si así lo prevé el estatuto.

Es cierto que el artículo 182 fue modificado por la Ley Reguladora del '90, consistiendo esa modificación en la derogación de sus tres últimos párrafos, precisamente en donde se hablaba de la delegación de funciones del Consejo (párrafo tercero) y de la facultad representativa (párrafo segundo). Pero dicha derogatoria —a nuestro modo de ver inconscientemente operada por el legislador del '90— no debe interpretarse como una prohibición, para el Consejo y para quienes ejercen la representación social, de delegar sus facultades, siempre que la escritura constitutiva así lo determine: en cuanto a las funciones propias del Consejo de Administración (administrar y ejecutar), la delegación de las mismas nos parece factible si aplicamos un claro principio de nuestra legislación mercantil en materia de mandato (no representativo), que establece que el

(54) Véase en este sentido a Abbadessa, *op. cit.* en nota 6, pp. 70 ss.

mandatario (“comisionista”) no podrá sustituir el mandato “si para ello no está expresamente autorizado” (art. 277). A mayor abundamiento y limitadamente a la función representativa, resultan de aplicación a la especie los artículos 1264, 1265 y 1266 del Código Civil, normas que, concebidas para el mandato representativo civil, resultan aplicables, vía artículo 2, al mandato representativo mercantil, en cuanto no aparece excluida expresamente su aplicación en el Código de Comercio (no olvidemos que el mandato representativo mercantil aparece regulado en este Código en las normas que disciplinan la actividad del factor). En apoyo de semejante interpretación acudimos a la letra del nuevo 189, que establece, en su primer párrafo, que “los consejeros... deben cumplir los deberes que les imponen la ley y los estatutos con la diligencia del *mandatario*...”: más clara no puede ser la remisión que nuestro legislador hace a las normas del mandato.

Y es que por medio de la delegación el Consejo se *desvincula del principio de colegiatura* —que, como vimos, no parece obligatorio—, y adopta, en las materias delegadas, un sistema administrativo que satisface el interés a una más rápida ejecutividad.⁽⁵⁵⁾ Sin embargo, la junta directiva *no pierde sus poderes* —no obstante la delegación— y conserva una concurrente competencia para administrar y/o ejecutar, competencia que permanece íntegra y más bien superpuesta (jerárquicamente) a la de los órganos delegados, a los que puede sustituir en el cumplimiento de actos inherentes a las funciones delegadas; atribución que se desprende de la letra del segundo párrafo del artículo 189, cuando afirma que los consejeros deben hacer lo posible por impedir la realización de actos (administrativos) perjudiciales para la sociedad y eliminar o atenuar sus consecuencias, norma que presupone también, indirectamente, la facultad de instruir a los delegados.⁽⁵⁶⁾ Pero la verdad es que en la práctica, con frecuencia el órgano delegado, y muy especialmente si es plurimembre (comité ejecutivo), está

(55) Abbadessa, *op. cit.* en nota 6, pp. 100 ss.; Cagnasso (*op. cit.* en nota 6, pp. 7 ss., 26 ss. y 30 ss), luego de un exhaustivo análisis histórico, concluye que, con la disciplina de la delegación, el legislador ha querido satisfacer el interés a la racionalización del poder administrativo, permitiendo sectorizaciones y especializaciones; Mantilla Molina, *op. cit.* en nota 31, p. 410. Un trabajo monográfico importante en la doctrina mercantilista española sobre este tema es el de Iglesias Prada, Juan Luis, *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, Ed. Tecnos, Madrid, 1971.

(56) Cagnasso, *op. cit.* en nota 6, pp. 120 ss. y 131 ss.; Cottino, *op. cit.* en nota 53, p. 662; Fanelli, Giuseppe, *La delega di potere amministrativo nella società per azioni*, Giuffrè Ed. Milano, 1952, p. 18; Ferrara Jr., Francesco, *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè Ed., Milano, 1975, p. 436; Galgano, *op. cit.* en nota 4, p. 330; Graziani, *op. cit.* en nota 31, p. 383; Minervini, *op. cit.* en nota 18, pp. 40 ss.

compuesto por las personas más calificadas del grupo o grupos que controlan la sociedad, de modo que es muy extraño que el Consejo de Administración haga subalterno suyo al órgano delegado.

La delegación *excluye la responsabilidad solidaria* de los consejeros delegantes por la inobservancia de los deberes relativos al ejercicio de las atribuciones delegadas (doctrina del párrafo primero del art. 189). En consecuencia, aparte de la responsabilidad —que evidentemente permanece— respecto a las funciones no delegadas, los delegantes responden sólo por la falta de vigilancia sobre el andamio general de la gestión delegada, y por no haber hecho lo posible por impedir el cumplimiento de actos u omisiones perjudiciales.⁽⁵⁷⁾ La diferencia entre la hipótesis del *Comité Ejecutivo* y la de la *pluralidad de consejeros delegados* está en que el primero es, a su vez, un órgano colegiado,⁽⁵⁸⁾ que funciona de acuerdo a las reglas establecidas por los socios en el pacto constitutivo⁽⁵⁹⁾ o, caso de silencio aplicando analógicamente las normas reguladoras del funcionamiento del Consejo de Administración;⁽⁶⁰⁾ los otros están, por el contrario, desvinculados del método colegiado y actúan, según que se haya establecido en el pacto social o en el acto de nombramiento, disyuntiva o conjuntivamente.⁽⁶¹⁾

(57) Allegri, *op. cit.* en nota 32, pp. 196 ss. y 230 ss; Bonelli, *op. cit.* en nota 4, p. 43; Iglesias Prada, *op. cit.* en nota 55, pp. 345 ss.

(58) Cagnasso, *op. cit.* en nota 6, pp. 63 ss., 70 ss. y 78 ss.; Cottino, *op. cit.* en nota 53, p. 663; Fré, *op. cit.* en nota 31, p. 444; Galgano, *op. cit.* en nota 4, p. 323; para Greco (Paolo, *Le società nel sistema legislativo italiano*, UTET, Torino, 1959, p. 301) la delegación al comité ejecutivo puede ser también conjuntiva y no necesariamente colegiada; Minervini, *op. cit.* en nota 18, p. 456.

(59) Algunos autores consideran que para los acuerdos del comité ejecutivo el *iter* procedimental y el principio de colegiatura no son tan rígidos como en el consejo de administración, admitiendo la validez de cláusulas estatutarias que autoricen al comité ejecutivo a votar sin reunión y mediante voto epistolar, telegráfico y hasta telefónico; entre ellos Ferri, *op. cit.* en nota 4, p. 501; Pesce, *Amministrazione e delega dei poteri amministrativi delle società per azioni*, Giuffrè Ed., Milano, 1969, pp. 125 ss.

(60) Cagnasso, *op. cit.* en nota 6, pp. 103 ss.

(61) No dudan sobre la procedencia de una delegación disyuntiva, Calandra Buonauro, *op. cit.* en nota 6, p. 84 ss.; Cagnasso, *op. cit.* en nota 6, p. 6 ss. y 76 ss.; Fanelli, *op. cit.* en nota 56, pp. 42 ss.; Galgano, *op. cit.* en nota 4, p. 329.

Admiten la delegación conjuntiva, Cagnasso, *op. cit.* en nota 6, p. 70 ss. y 76.; y Minervini, *op. cit.* en nota 18, p. 454, aunque si bien con algunas dudas; la excluyen, Mignoli-Nobili, *op. cit.* en nota 50, p. 141.

Generalmente se admite la posible coexistencia, en el ámbito de una misma sociedad, de un comité ejecutivo y de uno o más administradores delegados,⁽⁶²⁾ pero excluyendo una superposición del comité ejecutivo sobre los consejeros delegados, por tratarse de órganos paritarios que derivan sus poderes de una misma fuente, el Consejo de Administración.⁽⁶³⁾

Según la opinión prevaleciente, la delegación da origen a un nuevo órgano social, ligado a la compañía por una relación de naturaleza orgánica y al Consejo de Administración por una relación inter-orgánica.⁽⁶⁴⁾

El nombramiento (y, obviamente, la revocación del mismo) de los integrantes del comité ejecutivo y del consejero o consejeros delegados, y la determinación de los *límites de la delegación*, son competencia del Consejo de Administración; sin embargo, muy controversial es el tema sobre la exclusividad o no de la competencia del Consejo: la incertidumbre subsiste no tanto en relación a las cláusulas estatutarias que establecen (o le atribuyen a la asamblea de accionistas la fijación del) el tipo de órgano delegado (comité ejecutivo o consejero o consejeros delegados), el número de integrantes y los poderes delegables, dejando en libertad al Consejo de darle o no curso a la delegación, sino más bien en relación a la validez de aquellas cláusulas estatutarias que consideran obligatoria la delegación⁽⁶⁵⁾ o le

Si el pacto social o los estatutos prevén la delegación a favor de varios administradores pero sin precisar el tipo de órgano que se pretende instituir, Cagnasso (*op. cit.* en nota 6, pp. 73 ss.) sostiene que debe presumirse una delegación a favor de un comité ejecutivo y, si esto debiera excluirse, de una delegación disyuntiva.

- (62) Cagnasso, *op. cit.* en nota 6, pp. 18 y 72 ss.; Iglesias Prada, *op. cit.* en nota 55, pp. 149 ss.
- (63) Por esta misma razón, el comité ejecutivo no tiene poderes de intervención sobre los administradores delegados, ni mucho menos facultades para nombrarlos, ni para revocar sus nombramientos, Cagnasso, *op. cit.* en nota 6, pp. 136 ss. y 177 ss.
- (64) Calandra Buonaura, *op. cit.* en nota 6, pp. 96 ss.; Cagnasso, *op. cit.* en nota 6, pp. 29 ss.; Cottino, *op. cit.* en nota 53, p. 663; Fanelli, *op. cit.* en nota 56, pp. 20 ss.; Ferri, *op. cit.* en nota 4, p. 501; Galgano, *op. cit.* en nota 4, p. 329; Pesce, *op. cit.* en nota 59, pp. 91 ss.
- (65) Nosotros creemos que puede perfectamente sostenerse en nuestro país la validez de semejante cláusula, porque toca a los socios establecer el tipo de estructura administrativa que consideren más adecuado (art. 18, inc. 11) — vgr., un sistema de decisiones más rápidas, en lugar de uno menos expedito como es el colegiado—; además, por más obligatoria que sea la delegación para la junta directiva, siempre conservaría la facultad de nombrar y remover a los delegados, así como la de intervenir en la gestión con competencia concurrente y jerárquica; en este mismo sentido, Bonelli, *op. cit.* en nota 4, p.

reservan a la asamblea el nombramiento de los delegados y la fijación de sus poderes.⁽⁶⁶⁾

Si en el pacto constitutivo o en el acto de nombramiento no aparece ninguna limitación, la *delegación debe considerarse comprensiva de todos los poderes del Consejo*,⁽⁶⁷⁾ salvo, según la doctrina, la facultad atribuida por la Asamblea al Consejo de Administración de efectuar aumentos y/o disminuciones al capital social hasta el límite por ella misma fijado (el llamado capital autorizado) a tenor del párrafo segundo del artículo 106⁽⁶⁸⁾ y cualquier otra función que la propia ley haya declarado indelegable. Por lo tanto, toda la gestión social *normal* quedaría dentro de la competencia del órgano delegado, que se constituiría así en el órgano que verdaderamente cuenta dentro de la sociedad (aun si, como hemos dicho, existe una competencia concurrente y jerárquica del propio Consejo).

El Consejo puede, en cualquier momento y por cualquier razón, *revocar tanto la delegación como a los delegados*,⁽⁶⁹⁾ esta facultad puede también ser ejercida por la asamblea de accionistas, no sólo en la hipótesis, hartamente discutida —como se vió—, de que el nombramiento y la revocación del delegado le hayan sido endilgadas en el pacto social, sino además —cuando el nombramiento y la revocación corresponden al Consejo— mediante la eliminación expresa del consentimiento de los socios a la

47, nota 89; Calandra Buonauro, *op. cit.* en nota 6, pp. 91 ss. y 98 ss.; Iglesias Prada, *op. cit.* en nota 55, pp. 165 ss.; en contra, Cagnasso, *op. cit.* en nota 6, pp. 160 ss.

- (66) Propugnan por la validez de semejantes cláusulas, Calandra Buonauro, *op. loc. ult. cit.* e Iglesias Prada, *op. loc. ult. cit.*; en contra, Cagnasso, *op. cit.* en nota 6, pp. 162 ss., 165 ss. y 172 ss. En nuestro país, la letra del art. 187 en relación con el número 152 in fine, pone en duda la validez de esta cláusula por falta de competencia de la asamblea.
- (67) Para Cagnasso (*op. cit.* en nota 6, pp. 58-61) si no se establece plazo para la delegación al momento del nombramiento, éste será igual al de la relación administrativa (pp. 115 ss.); Cottino, *op. cit.* en nota 53, p. 662; Galgano, *op. cit.* en nota 4, p. 329; Graziani, *op. cit.* en nota 31, p. 382; Minervini, *op. cit.* en nota 18, p. 461; Iglesias Prada, *op. cit.* en nota 55, pp. 193 ss.
- (68) La indelegabilidad de funciones es considerada en doctrina como una excepción, Cagnasso, *op. cit.* en nota 6, p. 40 ss. Sobre las limitaciones legales y voluntarias, véase ampliamente, Iglesias Prada, *op. cit.* en nota 55, pp. 198 ss.
- (69) Facultad que le corresponde como corolario de su competencia (exclusiva) de delegar y de nombrar a los delegados, Cagnasso, *op. cit.* en nota 6, pp. 112 ss.; Iglesias Prada, *op. cit.* en nota 55, pp. 238 ss.

delegación (reformando el pacto social) o, en forma indirecta, revocando el nombramiento del miembro del Consejo investido de las atribuciones delegadas.⁽⁷⁰⁾

Es dudoso si la *modificación de la integración del Consejo* afecte la delegación; la jurisprudencia italiana se ha orientado en el sentido de que el cambio de un cierto número —cuantitativamente indeterminado— de administradores (delegantes) determina la desaparición de la delegación; la doctrina prevaeciente por el contrario, reconoce este efecto sólo a la cesación del entero Consejo.⁽⁷¹⁾

Se considera que la revocación de la delegación es un acto de organización no sindicable y, por lo tanto, a diferencia de cuanto sucede en la revocación de los administradores, como se verá, la revocación sin justa causa de la delegación no da derecho al delegado removido al resarcimiento de daños.⁽⁷²⁾

Por último es importante destacar que nuestra legislación contempla dos procedimientos distintos para articular el órgano gestor: indirectamente al no prohibirla y siempre que el pacto social la faculte, la *delegación* y, además, el *apoderamiento* (art. 187). Con fundamento en el primero, como hemos visto, se pueden crear las figuras del comité ejecutivo y del consejero o consejeros delegados, mientras que con base en el segundo es posible dar vida a una amplia gama de figuras que abarca desde el director o gerente general hasta el simple apoderado singular para un negocio concreto. En síntesis, ambos procedimientos consisten en atribuir a determinadas personas una esfera de competencia integrada por funciones que en principio corresponden al órgano administrativo en sentido estricto (administrativa y ejecutiva)⁽⁷³⁾ o a quienes ejercen la representación social (representativa). Así

(70) Es pacífico en doctrina el punto de que si el administrador delegado es cesado en el ejercicio de sus funciones, desaparece también la relación de delegación; Cottino, *op. cit.* en nota 53, p. 663; Ferri, *op. cit.* en nota 4, p. 503; Fré, *op. cit.* en nota 31, p. 439; Iglesias Prada, *op. cit.* en nota 55, pp. 259 s.; Minervini, *op. cit.* en nota 18, p. 257; Pesce, *op. cit.* en nota 59, pp. 123 ss.

(71) Ferri, *op. cit.* ult. cit.; Iglesias Prada, *op. cit.* en nota 55, pp. 264 ss.; Minervini, *op. cit.* ult. cit.

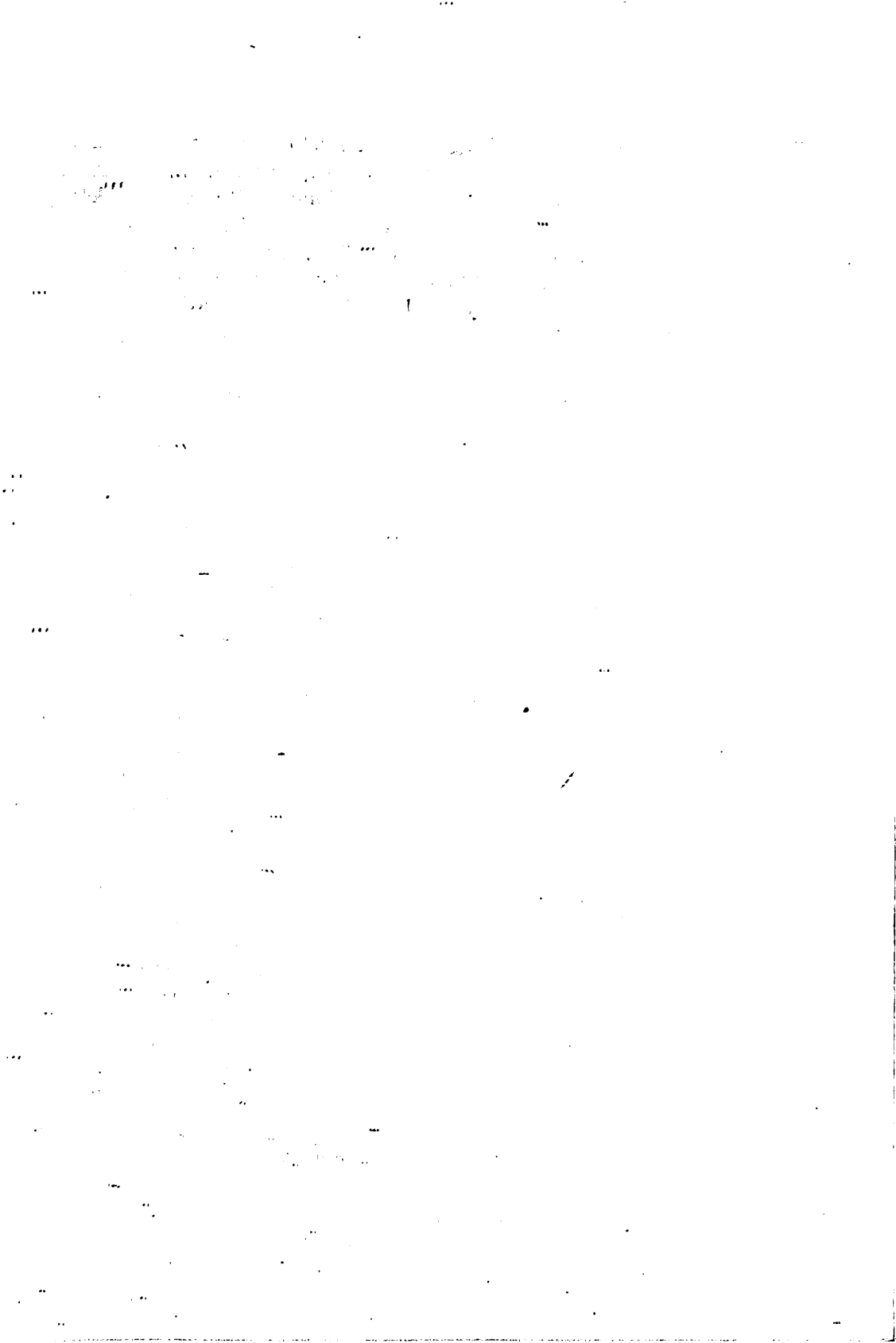
(72) En este sentido la jurisprudencia mayoritaria italiana y Cottino, *op. cit.* en nota 53, p. 663; Ferri, *op. cit.* en nota 4, p. 504; en contra, Cagnasso, *op. cit.* en nota 6, pp. 115 ss.

(73) Iglesias Prada, *op. cit.* en nota 55, pp. 126 ss.; Rodríguez Artigas, Fernando, *Notas sobre el régimen jurídico del director general de la sociedad anónima*, en "Estudios Jurídicos en homenaje a Joaquín Garríguez", III. Ed. Tecnos,

las cosas, el instituto de la delegación, en virtud del cual se designa un comité ejecutivo o un consejero o consejeros delegados, *quiénes deben ser necesariamente miembros del Consejo de Administración*, es típico del derecho de sociedades anónimas; por el contrario, la posibilidad de conferir apoderamientos, no es sino la confirmación, para la sociedad anónima, de la facultad que tienen todos los empresarios —tanto personas físicas como personas jurídicas individuales y sociales— de servirse de auxiliares en el ejercicio de su actividad.⁽⁷⁴⁾

Madrid, 1971, 118; Rubio, *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1964, p. 237.

(74) Rodríguez Artigas, *op. cit.* en nota anterior, p. 119.



INDICE

	Pág.
<i>Presentación</i>	8
<i>Ensayos:</i>	
El control judicial del poder legislativo en el sistema constitucional de los Estados Unidos	
<i>Dr. Robert S. Barker</i>	9
Santa Cruz y Carrillo. Opinión sobre una vieja polémica	
<i>Dr. Carlos José Gutiérrez</i>	21
“E pur si muove”	
<i>Dr. Carlos M. Gómez Rodas</i>	51
El sindicato como titular del derecho de huelga	
<i>Lic. Mario A. Blanco Vado</i>	71
La reforma del Estado	
<i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i>	91
Los órganos del Estado en sus relaciones internacionales	
<i>Prof. Luis A. Varela Quirós</i>	123
La administración de la sociedad anónima (I)	
<i>Dr. Gastón Certad Maroto</i>	143

Impreso por
Litografía e Imprenta LIL, S.A.
Apartado 75-1100
San José, Costa Rica
362482