

DIRECTOR

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez



29470

17 NOV. 1982

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS

No. 45



SAN JOSE, COSTA RICA
SETIEMBRE — DICIEMBRE

1981



JUNTA DIRECTIVA DEL
COLEGIO DE ABOGADOS

1982

Presidente:

Lic. Rodrigo Oreamuno Blanco

Vice-Presidente:

Lic. José Miguel Corrales Bolaños

Secretario:

Lic. José Miguel Fonseca Saborío

Prosecretario:

Dr. Luis Paulino Mora Mora

Tesorero:

Lic. Hernán Vega Miranda

Fiscal:

Dr. Mario Houed Vega

Vocal 1º:

Licda. Mercedes Valverde Kopper

Vocal 2º:

Lic. Carlos Corrales Solano

Vocal 3º:

Lic. Eduardo Sancho González

Vocal 4º:

Lic. Antonio Bastida de Paz

Vocal 5º:

Lic. Eduardo Aguilar Bloise

AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Presidente Consejo Universitario:

Dr. Luis Garita

Rector:

Dr. Fernando Durán

Vice-Rectora de Docencia:

Licda. Jiannina Del Vecchio

Vice-Rector de Investigación:

Dr. Gabriel Macaya

Vice-Rectora de Acción Social:

Licda. Mireya Hernández

Vice-Rector de Vida Estudiantil:

M. Sc. Alvaro Montoya

Vice-Rector de Administración:

Lic. Wallace Cover

Decana Facultad de Derecho:

Licda. Sonia Picado

Vice-Decano Facultad de Derecho:

Lic. Luis Fernando Solano

Director Instituto de Investigaciones Jurídicas:

Dr. Diego Baudrit Carrillo

Decano del Sistema de Estudios de
Posgrado:

Dr. Oscar Fernández

Coordinador de la Comisión Editorial:

Dr. Jézer González

PRESENTACION

En este número de la revista se imprimen estudios en las ramas del derecho agrario, mercantil, sociología criminal, derecho administrativo y un dictamen de derecho público, complementado con reseñas bibliográficas de dos libros de la filosofía del derecho.

Esperamos que este nuevo número de la revista cumpla con su objetivo de enriquecer la cultura jurídica del país.

Agradecemos a los estimables colaboradores, sus valiosos trabajos.

i. e. romero p.



ASPECTOS FUNDAMENTALES QUE SE DEBEN INCORPORAR
EN LA LEGISLACION COSTARRICENSE PARA UNA
MODERNA REGULACION DE LOS CONTRATOS AGRARIOS*

Dr. Rodrigo Barahona Israel
Profesor de la Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

* Conferencia dictada por el autor en el Congreso de Derecho Agrario denominado "Veinte años de legislación y política agraria. Perspectivas", celebrada en el Colegio de Abogados de Costa Rica para celebrar su centenario (Agosto, 1981).

REV 15 59 35

De previo a manifestar algunas reflexiones sobre la regulación que debe hacerse en Costa Rica de los contratos agrarios, considero que es conveniente hacer referencia a criterios de conceptualización de los contratos agrarios, a fin de determinar el ámbito y el objeto de la materia.

En el derecho agrario comparado y en la doctrina de diversos países europeos y latinoamericanos, se definen los contratos agrarios en relación a la empresa agraria, integrada ésta por la tierra y los bienes necesarios para la actividad productiva agraria, con la presencia de un empresario quien es su titular y cuenta con la colaboración de los trabajadores de la empresa.

La clasificación fundamental en este sentido se hace entre contratos que son:

- a. Contratos para la constitución de la empresa agraria, cuya causa genética y social es la constitución de una empresa agraria, y
- b. Contratos para el ejercicio de la empresa agraria.

Los contratos para la constitución de la empresa agraria, son fundamentalmente contratos para la obtención de tierras, y demás recursos necesarios para el establecimiento de la empresa agraria. Dentro de éstos se incluye normalmente el arrendamiento, la aparcería, el esquilmé y el gratuito —para la obtención de la tierra— que son contratos que establecen formas indirectas de tenencia de tierras. También son contratos agrarios de constitución de empresa agraria los de crédito agrícola que llevan esa finalidad, mientras que los contratos de crédito dirigidos a obtener financiamiento para el ejercicio y desarrollo de la empresa agraria, entran en esta segunda categoría.

Contratos de ejercicio de la empresa agraria son, sobre todo, los contratos celebrados para la transformación y la venta de productos agrícolas, que incluyen los llamados contratos agroindustriales, aunque también es contrato de la empresa agraria, el de seguro de las cosechas o de los bienes que integran la "azienda" o base material de la empresa.

En Costa Rica, el principal problema de conceptualización de los contratos agrarios reside en la falta de regulación de un régimen general de empresa agraria, a la que puedan remitirse los distintos tipos de contratos agrarios. Si existe desde luego regulación de algunos de los tipos de empresa agraria; por ejemplo, está bastante regulada la empresa agraria del adjudicatario de tierras de los programas del ITCO. Existe una tutela de la tierra, del establecimiento agrario, y del ejercicio empresarial de la actividad agraria. Sin embargo, no está regulada adecuadamente la empresa asociativa originada en la adjudicación múltiple de tierras. También existe regulación de la cooperativa agrícola como empresa agraria,

aunque en sus aspectos generales la regulación de la cooperativa agrícola no difiere de la de otros tipos de cooperativas.

La aplicación del método de referencia a la empresa agraria como sujeto determinante de la contratación agraria para definir esta categoría jurídica, se complica en Costa Rica debido a que gran parte de la actividad agraria en este país se ejerce bajo formas de sociedades comerciales. Según el Código de Comercio costarricense, se consideran que son sujetos comerciales y que son comerciales sus actos y contratos, todas las sociedades constituidas de acuerdo a alguna de las cuatro formas societarias establecidas en el Código: sociedad en comandita; sociedad en forma colectiva; sociedad de responsabilidad limitada; y sociedad anónima. Independientemente de las actividades que realizan, de su objeto, estas sociedades son sujetos del derecho comercial; por consiguiente, tenemos una gran cantidad de empresas que son sustancialmente empresas agrarias, pero formalmente empresas comerciales. La Corte Suprema de Justicia, en acertado fallo, ha sustraído de la quiebra al empresario agrícola, siempre y cuando no sea sujeto comercial, o sea, mientras no ejerza sus actividades bajo de las formas societarias reguladas por el Código de Comercio. En conclusión, una primera normativa que debe dictarse en Costa Rica, no dirigida específicamente a la contratación agraria pero íntimamente ligada con ésta, es la normativa de la empresa agraria, como unidad de capital y trabajo dedicada a la agricultura (incluyendo la silvicultura), y a la cría de animales, y cuyas actividades incluyen la transformación y la venta de los productos agrarios.

Por cuanto se refiere a la contratación agraria específicamente, en Costa Rica existen formas típicas y atípicas de ambos tipos de contratos, o sea, de contratos de constitución y de contratos de ejercicio de la empresa agraria.

En cuanto a contratos de constitución de empresa agraria, por ejemplo, el arrendamiento y la aparcería, no obstante su deficiente regulación, sí están previstos en el derecho positivo; el arrendamiento en el Código Civil y la Ley de esquilmes de 1944, y la aparcería en el Código Civil, que hace una remisión a las normas de la sociedad civil del mismo Código, y en la Constitución Política; sin embargo, el esquilme y el gratuito son formas atípicas desde el punto de vista del derecho positivo, aunque gozan de tipicidad social.

En cuanto a los contratos para el ejercicio de la empresa agraria, existe regulación del crédito agrícola, del seguro agrícola, y de la transformación y venta de algunos productos agrícolas en algunos casos. Por ejemplo, en cuanto al café existe una regulación muy amplia pues la legislación cafetalera regula los contratos entre productores y beneficiadores de café, y entre éstos y los exportadores, así como entre exportadores y compradores del exterior, además de las disposiciones sobre la venta de café de consumo nacional. En otros productos agrícolas, sin embargo, la regulación es inexistente o insuficiente, como son los casos por ejemplo del cacao y el banano; por consiguiente, la contratación agraria debe ser regulada en Costa Rica en dos direcciones:

- a. Para dar regulación a las formas atípicas que existen tanto de contratos de constitución como de ejercicio de la empresa agraria, y
- b. Para mejorar y complementar en algunos casos las regulaciones existentes.

Contratos para la constitución de empresa agraria

La mayor parte de estos contratos generan formas indirectas de tenencia de tierras, pero no todos necesariamente, como en los casos del mencionado contrato de adjudicación de tierras a los beneficiarios del Instituto de Tierras y Colonización, (se llama ahora Instituto de Desarrollo Agrario —IDA— por ley N° 6735 de 29 de marzo de 1982) y el contrato de cuentas en participación con objeto agrario. Un primer principio de la regulación de estos tipos de contratos es que cuando exista un régimen de tenencia indirecta —o sea, cuando el empresario no es el propietario de la tierra—, debe tenderse a la protección del empresario no propietario, frente al propietario no empresario. Esta regulación es un desarrollo en el campo de los contratos agrarios, del principio de función social de la propiedad agraria. Por otra parte, en cuanto estos contratos contribuyen a que la tierra no permanezca ociosa, las regulaciones que se promulguen no deben contener normas que por demasiado onerosas para el propietario, impidan el uso difundido de estas formas de contratación.

En cuanto a estos contratos, debe hacerse en primer lugar una decisión sobre la diversidad y cantidad de contratos de constitución de empresa agraria que se considere debe existir en Costa Rica. Así por ejemplo, en la experiencia de algunos países se ha introducido el régimen único de contratos agrarios, (generalmente el arrendamiento) operándose la conversión legal de todos los demás contratos, en el régimen único establecido en la legislación. Yo personalmente considero que en Costa Rica es más conveniente la regulación de los tipos de contratos agrarios de más frecuente uso en el país. Regulándolos con vista del interés nacional y la protección del empresario agrícola, no creo necesario suprimir ninguna de las formas usuales.

Refiriéndonos en particular sobre la regulación que debe darse en Costa Rica a estos contratos, puede decirse lo siguiente:

A. Arrendamiento de fundos rústicos

En cuanto al contrato de arrendamiento de fundos rústicos:

1. Deben establecerse normas sobre el arrendamiento de fundos rústicos que garanticen el destino productivo del fundo, en este sentido, en los contratos es necesario que se especifique el tipo de cultivo, la extensión del mismo y el compromiso del arrendatario de dedicarse personalmente al cultivo de manera que el contrato sirva para el cumplimiento de la función social de la propiedad de la tierra.

2. Deben regularse dos aspectos que van íntimamente ligados como son la duración del contrato y la indemnización por las mejoras. En cuanto a la duración del contrato, el tiempo debe ser suficientemente largo como para que el arrendatario procure un uso racional de la tierra, sabiendo que ello redundará en su beneficio. Los plazos cortos implican un agotamiento de la tierra, y una inestabilidad ocupacional del campesino arrendatario. También debe establecerse el principio de renovación tácita del contrato. Íntimamente relacionada con la duración del contrato, está la indemnización por las mejoras, de manera que el arrendatario sea estimulado a realizar mejoras que redunden en un mejoramiento de la propiedad agraria del país.

La indemnización de las mejoras plantean el problema de cuáles deben indemnizarse si: a) solo las autorizadas por el propietario, o b) cualesquiera realizadas por el arrendatario, o bien c) las que autorizare un órgano judicial o administrativo con competencia para ello.

Al respecto, la ley debe fijar cuales mejoras deben indemnizarse en todo caso, sobre todo aquellas que se incorporan definitivamente al inmueble, y sirven para el mejoramiento permanente del fundo. Se aprecia en esta materia la importancia de una jurisdicción agraria especializada para resolver los conflictos entre las partes, teniendo como orientación la obligación de indemnización de todas las mejoras útiles a la producción nacional.

Otro aspecto que debe regularse es el pago de la renta, que en el arrendamiento puede hacerse tanto en dinero como en productos. La determinación de la aptitud de los suelos y de una rentabilidad mínima ordinaria en cuanto a los productos, son instrumentos técnicos básicos no sólo para el cumplimiento de la función social de la tierra, sino también para la determinación de la renta del arrendatario. La renta que deba pagar el arrendatario debe ser adecuada a la verdadera utilidad que obtenga de la explotación del fundo, y la pérdida fortuita de los frutos debe implicar una reducción del precio del arrendamiento. Actualmente nuestro Código Civil, dentro de las escasas regulaciones que contiene sobre el arrendamiento de fundos rústicos, contiene más bien una disposición contraria, conforme a la cual el arrendatario no tiene derecho para pedir rebaja del precio por caso fortuito que deteriore o destruya la cosecha. También en cuanto a la renta, su pago debe coincidir con el momento de venta de los productos, a efectos de permitir el acceso a la tierra a los campesinos sin recursos para sufragar anticipadamente el pago del arriendo.

Finalmente, debe tenerse presente que el arrendamiento puede constituir un medio idóneo para que los campesinos que han demostrado su capacidad como empresarios agrícolas se conviertan en propietarios, por lo que debe establecerse el derecho de prelación en favor del arrendatario para adquirir la propiedad que el propietario desee vender.

B. Aparcería rural

Se trata de un contrato asociativo, diverso del arrendamiento que es un contrato de intercambio, en el cual se asocian el propietario y el aparcerero para la producción y repartición de los productos.

En virtud de la función social que debe cumplir la propiedad de la tierra, no debe ser regulado por las normas de la sociedad civil, como lo hace nuestro Código Civil. La Constitución Política en su artículo 69, establece cuáles son los principios conforme a los cuales debe regularse este contrato:

- a. Una racional explotación de la tierra, y
- b. Una distribución equitativa de su producto.

La explotación más racional de la tierra es un principio general aplicable a la totalidad de la propiedad agraria. En el caso de la aparcería, el aparcerero como director de la empresa debe contar con el auxilio del propietario para el cumplimiento de este principio. Por consiguiente, debe el propietario aportar la mayor cantidad posible de los gastos necesarios para el cultivo, e incluso para la manutención del aparcerero y su familia durante el término necesario para la producción. La distribución justa del producto implica la fijación de un máximo de la utilidad del propietario cuando aporte únicamente la tierra (que no debería exceder de un tercio) o bien de un límite máximo, que puede ser superior al tercio pero no exceder de la mitad, cuando haga otros aportes al desarrollo de la empresa.

No puede dejarse a la libre contratación la determinación del plazo, puesto que al igual que en el caso del arrendamiento, deben fomentarse los plazos largos que estimulan al aparcerero a realizar mejoras en el fundo, las cuales le deben ser indemnizadas. Este contrato, previsto en la Constitución Política, bien puede ser un medio de implementar el principio de función social de la propiedad y la producción agraria, si es regulado con vista del interés nacional y la protección del empresario agrícola.

C. Los contratos atípicos: el esquilme y el gratuito

En cuanto al esquilme, lo más importante de fijar en la ley es el tiempo en que el esquilmero podrá disfrutar del uso de la tierra. Puede establecerse un mecanismo de regulación del tiempo que tiene derecho al esquilmero de usar la tierra, en proporción a la labor requerida para poner la tierra en condiciones de producción.

Estas mismas consideraciones son aplicables al préstamo gratuito de predios agrarios, que constituye desde el punto de vista del derecho civil un acto de mera tolerancia del propietario, pero que no debe ser utilizado en perjuicio del agricultor. La fijación de tiempo mínimo y sobre todo las garantías que el cultivador tendrá derecho a recoger sus cosechas y de que le serán indemnizadas sus mejoras son necesarias y consecuentes para el derecho agrario costarricense.

Contratos para el ejercicio de la empresa agraria.

A) El primer contrato que debe regularse adecuadamente, respecto del cual existen en la actualidad discriminaciones al trabajador agrícola en comparación con los demás trabajadores del país, que son no solo injustas, sino también inconvenientes para el desarrollo equilibrado del país. Sobre el particular estimables especialistas del derecho laboral, han iniciado estudios y no creo necesario ahondar sobre el tema.

B) En cuanto a los contratos de crédito y de seguro agrícola, ambos cuentan con una regulación bastante completa en nuestro derecho positivo. Si se aprecia en cuanto al crédito agrícola, una grave limitación para los empresarios agrícolas que no son propietarios de la tierra, en el sentido de que el crédito bancario con frecuencia exige garantías hipotecarias, de imposible rendición por parte del empresario no propietario.

C) El rubo de mayor importancia económica y social en el estado actual de la legislación agraria costarricense, lo constituye sin embargo, la regulación de los contratos que celebra el empresario agrícola para la transformación y venta de los productos agrícolas. Mientras que para algunos productos existe una regulación minuciosa, no existe una regulación general de los contratos agroindustriales.

También debe regularse en detalle todos los elementos del contrato de ejercicio de la empresa agraria. En cuanto al sujeto, la ley debe establecer un criterio de calificación y un registro de empresarios agrícolas, a fin de contar con información que permita protegerlos, y hacerlos sujetos de crédito preferencial y de tutela institucional. En cuanto a los productos agrícolas, deben establecerse por vía reglamentaria condiciones mínimas de calidad, que no sólo obliguen al empresario agrícola a producir un producto de la mejor calidad posible, sino sobre todo que protejan al empresario agrícola de decisiones arbitrarias y perjudiciales por parte del adquirente de los productos agrícolas. Sobre este particular tenemos en Costa Rica la amarga experiencia de los productores independientes de banano, que con frecuencia han visto frustrados sus esfuerzos por los criterios de pura conveniencia de los compradores, cuya facultad de rechazo de la fruta obedece a la salvaguardia de sus propios intereses en cuanto al precio y demanda de la fruta en los mercados internacionales a los que es exportada la mayor parte de la fruta. Por consiguiente, la fijación de normas mínimas de calidad y la garantía de acceso institucional a procedimientos equitativos de arbitraje en cuanto al cumplimiento de las normas de calidad, deben ser objeto de atención preferente por la legislación agraria.

D) En cuanto a los contratos de transformación de productos agrícolas, siendo éstos contratos caracterizados por el traslado de la posesión de los productos del productor al transformador o industrial, y no en todos los casos de la propiedad, es muy importante regular el momento de traslado del riesgo por perecimiento de los productos. En qué momento corren los riesgos a cargo del productor, y a partir de qué momento debe soportarlos el adquirente? Personalmente considero que debe implemen-

tarse en esta materia el principio de que las cosas perecen para quien las tiene en su posesión, y no de quien sea su propietario formal (contra el principio de "res perit domino" propio del derecho civil y comercial), a fin de proteger al productor (empresario agrícola) evitando que mediante ingeniosas y engañosas formas de corretaje o comisión, se perjudique al interés nacional al incremento de la producción agraria, imponiendo todos los riesgos al productor. Es además necesario tener presente, que no todos los contratos de ejercicio de la empresa agraria se ejecutan y extinguen en igual forma.

Respecto de algunos contratos en la actualidad, por ejemplo en el caso del cacao, lo que se practica es una compraventa pura y simple, que se perfecciona en el momento de conveniencia entre cosa y precio, entre comprador y vendedor, y respecto del cual no hay tutela preferencial para el productor. Este tipo de contratos, muy frecuentes en Costa Rica, resultan perjudiciales para el productor, quien no disfruta, teniendo derecho a hacerlo, del valor que adquieren los productos agrícolas en determinados mercados. Deben establecerse mecanismos que garanticen que los beneficios de la venta, redunden principalmente en favor del productor (Principio de liquidación diferida).

Por consiguiente, creo conveniente el establecimiento en el derecho costarricense, de un régimen institucional que dirija la comercialización de los productos agrícolas, en el que participen todas las partes interesadas, y que proteja y garantice al productor el precio más elevado posible por su producto. Estas regulaciones mínimas, fomentarían una agricultura más productiva y más justa. Es por ello que considero que la contratación agraria no debe ser suprimida, como es la tendencia en parte de la legislación agraria, sobre todo respecto de los contratos "para" la empresa agraria, sino por el contrario, adecuadamente regulada.

El derecho no puede evitar que se realicen ciertos hechos. Ellos están en el resorte de la voluntad humana. Lo que puede hacer es regularlos. Y una regulación justa y técnicamente correcta es lo que hoy requieren los contratos agrarios, como instrumentos que son de una política agraria coherente, realista, y de amplias proyecciones hacia el futuro.

En la regulación que debe hacerse de los contratos agrarios en Costa Rica, debe tenerse presente la función social que cumplen estos contratos:

- a. Mediante el establecimiento de nuevas empresas agrarias que no sólo contribuyen a la economía del país, sino que también son medio de solución del problema de las tierras incultas y del empleo en las zonas rurales, que sabemos son de los grandes problemas nacionales, y que se acrecentarán en el futuro, y para cuya solución no basta con la acción del Gobierno.
- b. Mediante el establecimiento de un régimen de relaciones jurídicas justas entre el productor agrícola, el adquirente o transformador del producto y el vendedor de este y por ello beneficioso para la gran mayoría de los costarricenses.

"LAS CEDULAS O CUPONES DE LOS TITULOS-VALORES"

Prof. Dr. Gastón Certad M.

Universidad de Costa Rica
Collegium Academicum (U.A.C.A.)

SUMARIO: 1. Títulos simples y títulos complejos. 2. Título complejo: derecho principal y derechos accesorios. 3. Las cédulas o cupones de los títulos-valores. Definición. 4. Examen de la doctrina en lo que respecta a su naturaleza jurídica. 5. Un caso especial para algunos: las cédulas o cupones de acciones de sociedad (de dividendos, de opción o de cualquier otro derecho societario). 6. La función desarrollada por las cédulas o cupones de acciones de sociedad y el planteamiento de Giuseppe Sena sobre el problema de su naturaleza jurídica. Nuestra opinión. 7. Las cédulas o cupones como títulos incompletos. 8. Las cédulas o cupones como títulos-valores.

1. Teniendo en cuenta el objeto del derecho cartular, esto es, el contenido de las facultades atribuidas por el título-valor, la doctrina los acostumbra dividir en títulos simples y títulos complejos. En los primeros el tendedor tiene derecho a una prestación determinada, idónea para satisfacer un único interés calificado (por ejemplo, la letra de cambio que da derecho a la prestación de una suma de dinero; el certificado de depósito emitido por un almacén general de depósito, que da derecho a la devolución de la mercancía depositada, etc.).

En los segundos, por el contrario, la posesión legítima da derecho al ejercicio, frente al deudor cartular, de una serie de derechos, poderes y facultades tendientes a satisfacer distintos y muy calificados intereses. El ejemplo clásico del título complejo, —siempre que, como nosotros, le reconozcamos su condición de título-valor— es la acción de sociedad, la que atribuye el poder de ejercer una infinidad de pretensiones útiles para satisfacer una cantidad de coligados intereses, como el derecho a obtener utilidades periódicamente, y, con la disolución de la sociedad, la cuota de liquidación; el derecho a ejercer el voto y todos los demás derechos conexos al voto; el derecho a impugnar los acuerdos de asamblea o del consejo de administración que se consideren inválidos; el derecho de opción en caso de aumentos de capital, etc.

De cuanto hemos dicho se desprende que, mientras para los títulos simples se configura un cumplimiento "uno actu", con la contemporánea entrega del título, para los complejos la entrega sólo puede producirse cuando los derechos inherentes al título han sido ejercidos, de donde el cumplimiento de cada uno de los derechos que el título incorpora es "medio tempore".

2. De los títulos complejos es necesario distinguir, además, aquellos de los cuales se deriva un derecho principal y varios derechos accesorios. En este caso, no obstante existir la posibilidad de avanzar una pluralidad de pretensiones frente al deudor, el interés que estas muchas pretensiones satisfacen es único, es decir, el correspondiente a la prestación principal, en cuanto las otras pretensiones accesorias son una consecuencia de esta última (por ejemplo, las obligaciones o bonos emitidos por sociedades anónimas dan derecho, como pretensión principal, a la restitución de la suma indicada en el título y, periódicamente, como pretensiones accesorias, a los intereses; nótese que este último derecho, típico de toda relación crediticia, es claramente accesorio, porque deriva del plazo concedido a la sociedad para que restituya la suma prestada, todo en orden a la presunción de remuneratividad del dinero). La posición dependiente de los derechos accesorios está sancionada por el artículo 673 de nuestro Código de Comercio, que reza: "La transmisión del título-valor, salvo pacto

en contrario, implica no sólo el traspaso de la obligación principal sino también el de los intereses, dividendos y cualesquiera otras ventajas devengadas y no pagadas. Comprende, además, las garantías que lo respalden, sin necesidad de mención especial de éstas, así como de cualquier otro derecho accesorio".

3. A veces, para facilitar y constatar el ejercicio de los derechos accesorios (precisamente porque, tratándose de derechos a ejercicio repetido, no puede restituirse el título cuando ellos se ejercen, como sí debe hacerse cuando lo que se cumple es la obligación principal), se le adhieren materialmente al documento unos cupones o cédulas, cuya separación y entrega de cada una de ellas hacen plena prueba de que el derecho accesorio ha sido satisfecho. Estos cupones, mientras permanecen materialmente unidos al título, no adquieren una autonomía jurídica, constituyendo únicamente la prueba de la existencia, no sólo de la pretensión principal, sino también de las accesorias; una vez efectuada la separación material, y porque ella no debe necesariamente coincidir con el ejercicio del derecho accesorio, los cupones circulan por sí mismos, aun con una ley distinta de la del título principal, y adquieren por lo tanto la naturaleza de títulos-valores.¹

La singularidad de la figura está representada por la separación temporal entre el momento en que es emitida la cédula, que se remonta a la época en que fue emitido el título, y el momento en que el cupón adquiere el carácter de título-valor, en base a una operación situada en la esfera de autonomía del tenedor del título. Naturalmente que aún en este caso el título-valor cupón no surge prescindiendo de la voluntad del deudor; se da únicamente la particularidad de que esa voluntad ha sido expresada, en un momento precedente, en términos potenciales, es decir subordinadamente a que fuera sucesivamente efectuada la operación material de separación.²

Los cupones circulan con el título principal hasta que los dividendos o intereses en ellos representados no hayan vencido. Después de este momento pueden circular como títulos autónomos eventualmente, como dijimos líneas atrás, con una ley de circulación distinta a la del título principal.³

Tenemos entonces que las cédulas o cupones de algunos títulos-valores son documentos accesorios respecto a un documento principal, que es precisamente un título-valor complejo, del cual son materialmente un apéndice y del cual pueden ser desligados para permitir el traspaso y el ejercicio separado del derecho en ellos enunciado.

1 MARTORANO, Federico, "Lineamenti generali dei titoli di credito e dei titoli cambiari", Morano Editore, Napoli, 1979, pág. 179.

2 MARTORANO, F., op. cit., pág. 179.

3 ASQUINI, Alberto, "Corso di Diritto commerciale. Titoli di credito e in particolare cambiaria e titoli bancari di pagamento", CEDAM, Padova, 1966, pág. 96.

Tomando en cuenta la distinción lógico-jurídica entre "fattispecie" y normativa, sólo para usar la terminología de Ascarelli, nos hemos limitado aquí a intentar definir la especie "cédulas o cupones de títulos-valores" fundándonos sobre lo que es su valoración social (o, en otras palabras, sobre la que es la acepción común del término) y sobre los datos desu- mibles de la ley.

Estos documentos contienen varias características formales, como la intestación del emitente, un diseño característico, una especial filigrana, etc. que permiten ser referidos al emitente y también al título del cual dependen y del cual debe resultarles su nominatividad o su carácter de documento al portador.

Los cupones están generalmente numerados; cada título o cada certificado tiene normalmente varias cédulas numeradas progresivamente y cada serie de cédulas es igual a la de cada uno de los restantes títulos o certificados, de modo que las cédulas de cada título tienen una correspondencia con las cédulas de otro título.

Los cupones, amén de las señas de autenticidad y de referencia y a la numeración progresiva, no tienen ningún otro contenido; en ellos no se enuncia ningún derecho, ni ningún término, de modo que el documento, in sé e per sé, aparece privado de todo preciso significado.

Siempre para definir la "fattispecie" cédulas o cupones de títulos-valores, debemos añadir que ellos están destinados a ser separados del título principal, a fin de permitir el traspaso y el ejercicio separado del derecho que será en ellos enunciado.

Este importantísimo elemento de la "fattispecie" en cuestión (la destinación del título va ligada a la "fattispecie", mientras que los efectos jurídicos y la eficacia de su concreta utilización son ya competencia de la normativa) se puede desumir, en nuestra opinión, tanto de la efectiva función desarrollada en concreto por los cupones y de la continua praxis en ese sentido de los emitentes que de ellos se valen, cuanto, aunque si bien no con la claridad deseada, de los artículos 673 y 718 de nuestro Código de Comercio, norma esta última referida a los títulos al portador, pero contentiva de un principio de general aplicación a todos los títulos-valores, aun a aquellos a legitimación nominal.

El citado 718 prevee expresamente que "los cupones de intereses o dividendos de títulos al portador serán considerados como obligaciones independientes de la principal, para efectos de su cobro", confirmando, de esta manera, su función de permitir el ejercicio autónomo del derecho en ellos enunciado y dando a entender, de soslayo, que ellos pueden pertenecer a persona distinta del titular del documento principal y que constituyen entonces un instrumento para el traspaso separado del derecho en ellos enunciado.

4. Sobre la naturaleza jurídica de los cupones encontramos en la doctrina opiniones discordes.

Vivamente, basado en el presupuesto de que la índole abstracta del crédito no es ni esencial ni connatural al concepto de título-valor, define

Vivante
como títulos-valores a los cupones, contraponiendo a los pocos títulos abstractos toda una serie de títulos-valores causales.⁴

Este autor, a fin de fundamentar su propia tesis (no peculiaridad de la abstracción al concepto de título-valor), insiste en la distinción entre literalidad, que es esencial a todos los títulos-valores, ya en forma directa, ya en forma indirecta, y la abstracción que precisamente falta en los títulos-valores llamados causales.

De las líneas dedicadas por Vivante a nuestro argumento resulta que la dificultad para definir a los cupones como títulos-valores se encontraría en la naturaleza del derecho en ellos incorporado; tal derecho está completamente condicionado a una relación jurídica de naturaleza negocial (contrato de préstamo, de depósito, de sociedad, etc.).

En torno a este problema se desarrollan también las observaciones de otros autores.

Vighi, que dedica al tema algunas páginas con interesantes referencias a la doctrina clásica italiana, alemana y francesa, considera que los cupones son títulos-valores al portador; en verdad, el cupón es indudablemente un documento representativo de un derecho que proviene de un determinado emitente, de modo que su tenedor deberá sufrir todas aquellas excepciones que se derivan de los principios jurídicos que regulan la figura negocial de que se trate, no pudiéndose negar que tales excepciones aparezcan en el título. Tenemos entonces que también Vighi insiste en la literalidad del título contraponiéndola a la abstracción.⁵

Siempre en el mismo sentido, pero con brevísimas alusiones, se declaran por la naturaleza de título-valor de los cupones autores como Navarrini,⁶ Carnelutti,⁷ Lordi,⁸ Ascarelli⁹ y Greco.¹⁰

5. Siempre en referencia al tema de la naturaleza jurídica de las cédulas o cupones de los títulos-valores, una parte de la doctrina dedica especial atención a las cédulas o cupones de acciones de sociedad, que

4 VIVANTE, Cesare, "Trattato di Diritto Commerciale", Milano, 1929, vol. III, N° 955, págs. 125 y sigs.

5 VIGHI, "I diritti individuali degli azionisti", Parma, 1902, págs. 176 y sigs., cit. por SENA, Giuseppe, "Le cedole di azioni di società", en Studi in onore di Francesco Messineo, II, Giuffré, Milano, 1959, pág. 603, nota 8.

6 NAVARRINI, Umberto, "Società ed associazioni commerciali", en Commentario al Codice di Commercio, Milano, pág. 603.

7. CARNELUTTI, Francesco, "Teoria giuridica della circolazione", CEDAM, Padova, 1933, pág. 168.

8 LORDI, "Le obbligazioni commerciali", Milano, 1936, vol. I, N° 292, cit. por SENA, G., op. cit., pág. 603, nota 11.

9 ASCARELLI, Tullio, "Titoli di credito", in Studi in tema disocietà, Giuffré, Milano, 1952, pág. 295, nota 4.

10 GRECO, Paolo, "Se le cedole di dividendo sono titoli di credito", en Riv. Dir. Comm., 1946, I, págs. 257 y sigs., cit. por SENA, G., op. cit., pág. 603, nota 13.

pueden ser definidos como aquellos documentos accesorios y materialmente conexos a las acciones o a los certificados accionarios y que están destinados a ser separados para permitir el traspaso y el ejercicio separado del derecho en ellos enunciado.

Según Vighi estas cédulas no documentan sin duda un derecho de crédito frente a la sociedad, sino únicamente el derecho condicionado de exigir los eventuales dividendos. El tenedor de la cédula estará así sujeto a todas las modificaciones que una deliberación de la asamblea ordinaria de accionistas de la emitente podrá introducir en relación al "quantum" de los dividendos a distribuir. Sin embargo, esta su característica no excluye, según este autor, que las cédulas sean títulos-valores al portador.¹¹

La tesis contraria es sostenida por Messineo.¹²

Contradiendo los argumentos de Vivante, el ilustre autor italiano sostiene que en la cédula no falta sólo el requisito de la abstracción, sino también el de la literalidad, esencial en los títulos-valores, en cuanto los hechos (lato sensu), a los cuales el derecho a las utilidades que las acciones incorporan está condicionado, son sucesivos a la emisión tanto de las acciones cuanto de las cédulas o cupones y no están entonces constituidos únicamente por la relación causal respecto a la emisión del título. Caería así el argumento central en que se funda la solución de Vivante y Vighi, es decir, la literalidad del título, en cuanto que estos hechos que condicionan el derecho no resultan del contexto del título y no se agotan en la relación causal que ha dado origen a la emisión.

En el mismo sentido de Messineo se pronuncia De Gregorio¹⁴ quien insiste, para negarle la naturaleza de títulos-valores a los cupones, en la falta de suscripción, que es un requisito "sine qua non" para todo título-valor.

Intentando una construcción positiva, De Gregorio define las cédulas de dividendos como una orden irrevocable de pago otorgada por el titular de las acciones a un tercero.

Por su parte Greco, sosteniendo la naturaleza de títulos-valores de los cupones, combate la opinión contraria arriba expuesta por Messineo y De Gregorio.¹⁵

En cuanto a la posición de Messineo, Greco niega, en substancia, su fundamento: en realidad niega que el hecho de que sea un crédito sometido a condición (que estaría constituida, precisamente, por la deliberación sobre distribución de utilidades hecha en asamblea general or-

11 VIGHI, op. cit., pág. cit.

12 MESSINEO, Francesco, "I titoli di credito", CEDAM, Padova, 1934, I, pág. 134, nota 2.

13 Los cupones pueden incorporar el derecho a las utilidades, el de opción o cualquier otro derecho societario unido al status socii.

14 DE GREGORIO, Alfredo, "Delle società e delle associazioni commerciali", U.T.E.T., Torino, 1938, N° 377, pág. 510.

15 GRECO, Paolo, "Se le cedole di dividendo...", cit.

dinaria)¹⁶ sea incompatible con el concepto de literalidad de la obligación cartular. El insiste sobre el paralelismo que existe entre el cupón y la acción de sociedad en cuanto al modo con el cual el derecho enunciado en el título está subordinado a la relación social.

En lo atinente a la observación de De Gregorio, relativa a la falta de suscripción, Greco alude que en tal caso debería negársele la naturaleza de título-valor también a los cupones de intereses —naturaleza que sí les reconoce De Gregorio— y que la firma no es un requisito esencial de los títulos-valores, ya que puede ser sustituida, en ciertos casos, por una reproducción mecánica de la misma y, por analogía, también por otros signos de autenticidad que ciertamente están presentes en los cupones.

Una posición intermedia asumen Salandra¹⁷ y Gasperoni¹⁸ quienes definen como títulos-valores a las cédulas de dividendos sólo desde el momento en que medie una deliberación de la asamblea ordinaria con la que se le atribuya un determinado dividendo a los accionistas.

6. La doctrina hasta aquí examinada plantea sustancialmente el problema acerca de la naturaleza del derecho a las utilidades, y, particularmente, sobre la posibilidad de que este derecho, subordinado a la deliberación de la asamblea, esté incorporado en un título-valor.

En otras palabras: se cuestiona si el documento que enuncia el derecho a las utilidades pueda definirse, dado el carácter condicional del derecho enunciado, como título-valor.

Giuseppe Sena nos dice que antes de examinar si el documento que enuncia el derecho a las utilidades puede definirse o no como título-valor, debemos considerar si efectivamente y desde qué momento el documento enuncia aquel determinado derecho.¹⁹

16 Para algunos el derecho al dividendo es un derecho en expectativa, lo que constituye una falacia. El dividendo es exigible en el momento en que la asamblea general ordinaria así lo acuerde (art. 143 C. de C.), luego de haber examinado, discutido y aprobado el balance. La deliberación no crea entonces las utilidades (sino únicamente el derecho a exigir las), pues éstas nacen a raíz de la labor social en cada ejercicio anual. La respectiva deliberación de la asamblea ordinaria tiene por objeto verificar las ganancias o pérdidas que la gestión administrativa del órgano social competente ha generado durante el año fiscal. La función de la asamblea ordinaria es, entonces, convertir las utilidades en dividendos distribuibles (o bien, en utilidades no distribuibles, capitalizándolas).

El derecho al dividendo no es un derecho en expectativa, ya que es propio del "status" de socio y constituye elemento esencial y sustancial del contrato de sociedad (art. 25 C. de C.). Se trata más bien de un derecho condicionado, en cada ejercicio anual, a los resultados económicos a la clausura del año y a la deliberación de la asamblea general ordinaria que apruebe el balance y acuerde distribuir utilidades. Nótese que lo que en realidad es expectante es el "quantum" económico en que el derecho al dividendo se traducirá al final de cada ejercicio social, y no el derecho en sí.

17 SALANDRA, "Società commerciali", en Nuovo Digesto italiano, N° 42, pág. 484.

18 GASPERONI, "Le azioni di società", CEDAM, Padova, 1942, pág. 125.

19 SENA, Giuseppe, op. cit., pág. 605.

Si es cierto, arguye Sena, que los cupones de acciones de sociedad son legítimamente usados por la sociedad emitente como documentos representativos de distintos derechos (derecho al dividendo, derecho de opción), debe excluirse que el derecho a las utilidades (y el mismo razonamiento vale evidentemente para el derecho de opción) esté incorporado en los cupones al momento de su emisión.

En resumen, lo que faltaría al momento de la emisión de los cupones no sería la literalidad, como aducen Messineo y De Gregorio, sino —lógicamente anterior a esta, y de la cual es su causa— la misma incorporación de un derecho cualquiera.

Con la deliberación de la asamblea ordinaria que establece la distribución de un determinado dividendo, o con la deliberación de la asamblea que, aumentando el capital social, asigna las nuevas acciones en opción a los accionistas, sigue diciendo Sena, la sociedad decide que el dividendo o la opción podrá ser, respectivamente, reclamado o ejercida mediante la presentación de un determinado cupón. Desde ese momento el derecho a las utilidades o el derecho de opción se incorporan en aquel determinado documento. Así, el derecho incorporado en los cupones no será un derecho condicionado o "in fieri", sino un derecho perfecto frente a la sociedad.²⁰

No nos parece convincente la tesis de Sena. Preocupa a este autor, al igual que a Messineo y a De Gregorio, el carácter condicional del derecho al dividendo y del derecho de opción, tanto que lleva a decir a los dos últimos que en las cédulas de comentario falta la literalidad, y al primero, que en ellas falta la misma incorporación, deduciendo los tres, como lógico corolario, que no estamos ante títulos-valores. Pero lo cierto es que la incondicionalidad del derecho incorporado no es principio rector de los títulos-valores en general, sino tan sólo de una categoría de ellos, los denominados títulos cambiarios, a la que decididamente no pertenecen los cupones de comentario. Y es que dicha característica de los títulos cambiarios sí se explica lógicamente en ellos, pues siendo sustitutivos de la moneda, instrumentos de crédito unos (letra de cambio, pagaré), instrumentos de pago, otro (cheque), en mala hora, incorporando un derecho de crédito, podría éste someterse a condicionamiento en perjuicio de la seguridad y confianza que debe existir en la circulación de este tipo de papeles.

De ahí, muy respetuosamente, nos permitimos disentir de esos autores que consideran los cupones de acciones de sociedad como un caso especial, a los efectos de esclarecer la naturaleza jurídica del cupón en general. Para nosotros, y la solución propuesta se apega religiosamente a la letra de nuestro Código de Comercio, todos los cupones de títulos-valores (sean de intereses, de dividendo, de opción o de cualquier otro derecho social) son en sí y por sí títulos-valores una vez efectuada la separación material del documento principal.

20 SENA, G., op. cit., pág. 606.

Critica a Sena, Messineo y De Gregorio

ojo

7. Las cédulas o cupones son títulos-valores causales e incompletos.²¹ Causales por cuanto la relación subyacente que dio origen a la emisión del mismo aflora en su tenor literal; incompletos porque en ellos es legalmente permitido la referencia a actos o documentos extra-cartulares para suplir la deficiencia de las indicaciones cartulares; están dotados, de lo que podríamos llamar, una literalidad "per relationem" (literalidad indirecta).

Sin embargo, es obvio que los títulos incompletos deben ser completados por un hecho (en sentido amplio), normalmente por un declaración general, extraño al título y al cual es necesario remitirse para conocer el contenido y la eficacia jurídica de éste. Ese elemento es, normalmente, anterior a la emisión del título.^{22 23}

8. En conclusión: las cédulas o cupones de los títulos-valores, una vez separadas de su principal, son, sin excepciones, títulos-valores causales e incompletos y, agregaríamos, en sentido estricto, al representar siempre un derecho de naturaleza obligatoria, aunque a veces, y limitado a algunos casos, condicionado.

Con estas pocas referencias sobre la naturaleza jurídica de las cédulas o cupones de los títulos-valores, concluyo este breve artículo cuya finalidad primordial ha sido sólo la de llamar a la atención del paciente lector el uso de estos títulos, más que como cupones de intereses o de dividendo, también como títulos representativos del derecho de opción o de otros distintos derechos,²⁴ y sobre la relevancia o no que este elemento de la figura puede tener sobre su conceptualización jurídica.

21 No debe confundirse el título incompleto a que alude el texto con aquel cuyo completamiento se verifica con posterioridad a la suscripción, sin que medien, entre deudor cartular y tenedor original, acuerdos sobre cómo llenarlo, y que una parte de la doctrina, con razón, distingue del llamado título en blanco.

22 Por ejemplo en las acciones de sociedad, típicos documentos incompletos, para los cuales es necesario remitirse al contrato social.

23 LA LUMIA, Isidoro, "Corso di Diritto Commerciale", Giuffré, Milano, 1950, pág. 256.

24 La compañía italiana Edison, en 1956, decidió utilizar una parte de los saldos de revaloración asignándole, a sus accionistas tenedores de acciones comunes de la Edisonvolta S. A., una acción común de la Edisonvolta por cada grupo de cuatro acciones Edison.

La modalidad más interesante de semejante operación fue el uso de cédulas o cupones en las acciones Edison para el ejercicio de ese derecho que, a diferencia del derecho de opción, tiene por objeto acciones de una distinta sociedad.

Como puede apreciarse, en este caso los cupones fueron utilizados como documentos representativos de un derecho distinto al de dividendo y al de opción.

Bibliografía

- ASCARELLI, Tullio. "Titoli di credito", en Studi in tema di società, Giuffré, Milano, 1952.
- ASQUINI, Alberto. "Corso di diritto commerciale. Titoli di credito e in particolare cambiale e titoli bancari di pagamento", CEDAM, Padova, 1966.
- CARNELUTTI, Francesco. "Teoria giuridica della circolazione", CEDAM, Padova, 1933.
- DE GREGORIO, Alfredo. "Delle società e delle associazioni commerciali", U.T.E.T., Torino, 1938.
- GASPERONI, Nicola. "Le azioni di società", CEDAM, Padova, 1942.
- GRECO, Paolo. "Se le cedole di dividendo sono titoli di credito", en Riv. di Dir. Comm., 1946, I, págs. 257 y sigs.
- LA LUMIA, Isidoro. "Corso di Diritto commerciale", Giuffré, Milano, 1950.
- LORDI. "Le obbligazioni commerciali", Milano, 1936.
- MARTORANO, Federico. "Lineamenti generali dei titoli di credito e dei titoli cambiari", Morano, Napoli, 1979.
- MESSINEO, Francesco. "I titoli di credito", CEDAM, Padova, 1934.
- NAVARRINI, Umberto. "Società ed associazioni commerciali", en comentario al Codice di Commercio, Milano.
- SALANDRA, Vittorio. "Società commerciali", en Nuovo Digesto Italiano.
- SENA, Giuseppe. "Le cedole di azioni di società", en Studi in onore di Francesco Messineo, Giuffré, Milano, 1959.
- VIGHI. "I diritti individuali degli azionisti", Parma, 1902.
- VIVANTE, Cesare. "Trattato di Diritto Commerciale", Milano, 1929.

LIBRERIA FACILIDAD
DE DERECHO

EL DERECHO DEL SOCIO AL DIVIDENDO
EN LAS SOCIEDADES ANONIMAS

Dr. Fernando Mora

Profesor de la Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

El tema que me he propuesto tratar es sumamente amplio, técnico y complejo como para ser desarrollado en un artículo. En consecuencia me veré obligado a discurrir únicamente sobre aspectos básicos y generales del derecho del socio al dividendo.

Nuestro tema es de antiquísimo abolengo. Efectivamente, es bien sabido que el derecho del socio al dividendo es uno de sus más antiguos derechos. Aparece ya concedido en las más vetustas autorizaciones de las famosas grandes compañías comerciales del siglo XVII, aquellas que conquistaron, colonizaron y explotaron, por concesiones reales, vastísimas zonas de tres continentes: Asia, Africa y América y que fueron ciertamente el germen de nuestra actual sociedad anónima. Se considera inclusive que el término "acción", deriva del hecho que los títulos de las acciones implicaban un derecho (una acción en sentido típicamente procesal) a los dividendos.]

Por otra parte [la sociedad anónima actual es el producto de una larga evolución en la que juegan un papel determinante antiguas instituciones germánicas e italianas. En efecto, las dos características básicas de la sociedad anónima: la limitación de la responsabilidad de los socios y la división del capital en acciones fácilmente transferibles, se originan, la primera en el condominio de tipo naval germánico o "Reederei" y la segunda en los títulos de la deuda pública de las ciudades italianas del Renacimiento cuyos poseedores lentamente, por un proceso que sería largo citar aquí, pasaron a ser de meros obligacionistas o acreedores de la deuda pública, administradores de los fondos que suplían el pago de sus beneficios pero con responsabilidad limitada. El ejemplo típico de esta evolución es el Banco de San Jorge, en Génova.]

Pero es de hacer notar que [a la sociedad anónima de aquellas épocas le faltaba mucho para llegar a ser la estructura que conocemos hoy en día. Entre la primera forma de sociedad a responsabilidad limitada, introducida en Alemania en 1822 y la actual no hay mayor diferencia, mientras que, entre las antiguas compañías de Indias nuestras sociedades anónimas sí hay diferencias básicas introducidas por la práctica primero y luego sancionadas por el legislador.

Así, la primera sociedad anónima no conoció reglas fijas de administración de la sociedad, no tuvo clara la posición de los socios dentro de la estructura social ni tampoco la de los diversos órganos sociales y sus respectivos poderes y facultades; "se reglamentaban en ella prestaciones "ulteriores" y sucesivas de los socios, independientemente de la suscripción inicial; los derechos de los diversos accionistas sobre su participación en la administración de la compañía, eran los más variados y frecuentemente la administración quedaba reservada a los grandes accionistas siendo, naturalmente, desconocido el concepto del derecho de voto individual del

accionista. En aquella época las sociedades eran constituidas en relación con una empresa determinada y no en relación con un período de tiempo determinado (que en todo caso se limitaba a 5, 10 ó 12 años). De ahí que se ignorara el concepto de balance anual y por ello el de reparto periódico de dividendos, a intervalos regulares.

El derecho del socio al dividendo en aquella época, correspondía a este "in natura", en especie, y no en dinero y solamente al finalizar el plazo social, es decir, al vencimiento de la sociedad, lo que no es difícil de imaginar desde que los plazos sociales eran relativamente cortos.

Pero en épocas posteriores surgió la posibilidad de constituir sociedades por plazos mayores y relativamente largos; esto, unido a un concepto fijo de capital social y a una mayor agilidad en las técnicas de transferencia de las acciones, indicó la necesidad de repartos periódicos a intervalos regulares, de los beneficios sociales.

A los conceptos anteriores ha obedecido durante años la regulación del derecho del socio al dividendo, en las sociedades anónimas. Por otra parte, la sociedad anónima era vista como una técnica de organización de personas que se reunían para la realización en común de una actividad económica con miras a la obtención de un lucro ilimitado. En un principio el lucro era repartido al término del contrato social, en vista de que esa era la intención de los socios y en vista del plazo social relativamente corto. En una etapa posterior, cuando se amplía el plazo social, el socio no se contenta con un reparto tan lejano y exige un reparto periódico. Las razones son totalmente egoístas, individualistas, no toman en cuenta el interés de los otros socios. Por otra parte la actitud es liberal y no considera los intereses colectivos, ni el interés social, ni el interés de permanencia de la empresa económica ni el interés público en el crecimiento económico de las empresas. A este concepto obedecen aquellas normas que como nuestro artículo 120 del Código de Comercio, o el de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México, o el 164 del Código de comercio italiano de 1882, que hoy no está vigente, o el artículo 292 del Código de comercio de Venezuela, para citar algunos casos, establecen simplemente que "las acciones deben ser de igual valor y dan a sus tenedores iguales derechos, salvo pacto en contrario".

De las disposiciones anteriores se ha deducido, tomando en cuenta también que el socio participa en el contrato de sociedad con el ánimo de obtener ganancias ilimitadas, que tiene la facultad de pedir que se reúna la Asamblea para que delibere sobre el balance, lo apruebe y reparta las utilidades, sin que sea facultad de la Asamblea negarse a hacer esa repartición.

Es la anterior la opinión, por ejemplo de Mantilla Molina, para el derecho mexicano; cuando dice: "Tampoco puede la sociedad negar a los socios la porción que les corresponda de las utilidades que resulten del balance aprobado y, salvo lo que dispongan los estatutos, ningún órgano social puede negar o aplazar el reparto de las ganancias obtenidas, pues ello sería desconocer un derecho de los socios, cuya eficacia quedaría al arbitrio del obligado." (Derecho Mercantil, Porrúa, México, 1953, 192 p.).

Es claro que, siguiendo este sistema, el socio podría demandar a la sociedad para el pago de sus dividendos o impugnar la deliberación de la asamblea. Esta fue la doctrina dominante durante largo tiempo en Francia (Domenico Pettiti, *Contributo allo studio del diritto dell'azionista al dividendo*; Giuffrè, Milano, 1957, Nota 32) y en Alemania. Conforme a esta posición la deliberación de la Asamblea tiene un carácter meramente declarativo y no constitutivo del derecho del socio al dividendo, el que nace del hecho simple de que la sociedad, en el período respectivo, alcance utilidades.

En una etapa posterior, algunas legislaciones, para reforzar este derecho del socio, incluyeron disposiciones más claras: Así, la legislación suiza contiene una disposición que manifiesta: "Cada accionista tiene derecho a una parte proporcional de los beneficios a repartir entre los accionistas, conforme a la ley y al estatuto". Claro que debo agregar que los alcances de esa disposición suiza se ven limitados por otras que permiten a los administradores la creación de reservas ocultas y a la asamblea la creación de reservas facultativas no previstas o superiores a las legales o a los estatutarios.

Una norma similar a la suiza tiene la legislación italiana. En efecto, el artículo 2350 del Código Civil, manifiesta: "cada acción atribuye el derecho a una parte proporcional de las utilidades netas, salvo los derechos establecidos a favor de especiales categorías de acciones". Con base en esa norma han considerado algunos que el socio tiene un derecho al dividendo que no puede ser derogado ni por una deliberación mayoritaria de la Asamblea (Ver Alessandro Graziani, *Diritto delle Società*, Morano, Nápoli, 1963, 297 y Pettiti, op. cit.).

Sin embargo, esta posición se ha ido paulatinamente modificando. Y el origen o causa del cambio radica en el cambio de posición con respecto a lo que es la sociedad anónima: en un primer momento, hemos visto, la sociedad anónima es considerada como una técnica de organización de personas, "es el grupo constituido por las personas que se han asociado. El conjunto de reglas, de mecanismos y de técnicas que han sido imaginadas y puestas en su sitio por el legislador tienen como finalidad insuflar la vida a ese grupo y permitirle su expresión y su acción" (Paillusseau J. J., *La société anonyme*). Como ha sido señalado, el derecho civil no conocía el empresario; conocía solamente el propietario y en consecuencia hizo de la sociedad un propietario.

Esta concepción ha sido construida sobre ciertos postulados; entre ellos, la homogeneidad de deseos, de fines y de voluntades, de los socios. Sin embargo, la práctica se ha encargado de demostrar que esos fines, deseos y voluntades de los socios no son homogéneos y la evolución de la sociedad anónima ha demostrado que su naturaleza es más que un simple contrato entre los socios. Se ha llegado a la conclusión que la sociedad anónima es una técnica de organización de la empresa: "es el conjunto de reglas jurídicas, de técnicas y de mecanismos destinados a permitir la organización jurídica y la vida de una forma de producción o de distribución, de un organismo económico: la empresa".

¿Y qué es la empresa? La empresa es la célula básica de la economía, como afirman los economistas. Es por así decirlo, la materia prima con que trabaja el economista. La empresa es la organización profesional de los factores de la producción tendiente al cambio o a la producción para el cambio, de bienes o servicios.¹

De estas concepciones se salta inevitablemente a la afirmación de que, si la S. A. es una técnica de organización de la empresa económica, visto que en el concepto de empresa económica se encuentran mezclados los intereses tanto de los accionistas como de los trabajadores, de los proveedores, de los acreedores de los consumidores de la sociedad así como del Estado, por razones económicas obvias, además del interés que cada uno de esos sectores del proceso económico tiene en la sociedad, *existe un interés nuevo que se ha dado en llamar interés social* que no es ni el interés de todos los socios juntos, ni el interés de la sociedad, ni el interés de cada uno de los sectores por separado, sino el interés de la empresa misma, como organismo económico; un interés que es, digámoslo así, el equilibrado resultado de todos los intereses en juego. No son, se dice, entonces antagónicos los socios pues en la sociedad no radica sólo su interés egoísta sino también el de los trabajadores, como factor de la producción y en general el de la colectividad y sus elementos, representada por el Estado.

La consecuencia práctica es que las decisiones de los socios no deben ser contrarias al interés social. Y como corolario de esto, por una parte hay que reconocer que el interés de permanencia y de fortalecimiento económico de la empresa está por encima de los socios en obtener dividendo y por otra, que las decisiones de mayoría tendientes al fortalecimiento económico de la empresa no pueden ser impugnadas por la minoría descontenta y egoísta. La sociedad no es ya un contrato para la unión de medios económicos con miras a obtener un lucro ilimitado a repartir entre los socios como en los tiempos en que las sociedades se constituían por 5, 10 ó 12 años, sino la *unión de medios para la realización de una actividad económica*. Sigue siendo un fin *natural* de la sociedad anónima la consecución de utilidades para repartir a los socios pero ese fin está subordinado a concepciones más amplias, como el desarrollo económico, el bien común, el aumento del producto nacional bruto per cápita, etc.

Lo importante es que estas nuevas concepciones se han ido infiltrando paulatinamente en las legislaciones y han creado trascendentales cambios, como por ejemplo, la modificación del equilibrio de poderes dentro de la sociedad anónima, como ha sucedido primero en Inglaterra y luego en los Estados Unidos de Norteamérica, en donde el máximo poder no es ya la Asamblea General de accionistas sino del Board of

¹ Empresa es la "unidad que alquila los servicios de los factores de la producción y los utiliza para producir bienes y servicios que vende a otras empresas, a las economías domésticas o a la administración pública". Richard G. Lipsey, *Introducción a la economía positiva*, Vincens, Barcelona, 1977-78.

Directors. La misma actitud siguieron Alemania en su ley de sociedades anónimas de 1937, ratificada por la ley de 1965 que hace del Vorstand o Directorio, el órgano máximo de la Sociedad, y la nueva ley francesa de julio de 1966, que le da al Consejo de administración o al Directorio, según sea el caso, todos los poderes que no estén expresamente fijados por la ley a las asambleas de accionistas (poderes o potestades residuales).

Otro cambio introducido por las nuevas doctrinas se refiere al concepto de sociedad anónima unipersonal: en efecto, si se supera la concepción contractual que hizo siempre pensar al legislador y a la doctrina que no se podría permitir una sociedad anónima con un solo socio pues entonces ya no había contrato, que por definición significa dos partes o más, y se llega a concebir la sociedad anónima como una técnica de organización de la empresa, ya no importa que todas las acciones estén en una sola mano.

Pero el punto que nos interesa es ver como la nueva concepción de la sociedad anónima modifica también la naturaleza del derecho del socio al dividendo y por ende los derechos de la sociedad sobre las utilidades.

Revisemos rápidamente algunos ejemplos.

El 18 de diciembre de 1936 se reforma en Suiza el artículo 631 del Código General de las obligaciones, ampliando los poderes de la sociedad en cuanto a la constitución de reservas, lo que implica conceder el derecho de disponer libremente de las utilidades e incluso de no repartirlas. Los tribunales se han encargado de establecer límites a ese derecho o más bien de colocarlo en su justo término y así han dicho que es a la sociedad a la que le incumbe demostrar la necesidad económica de crear reservas a costa de los dividendos de los socios, que la acumulación de los dividendos sólo es posible cuando exista una alta utilidad social y que el Consejo de Administración debe informar a la Asamblea de las reservas ocultas, a fin de evitar duplicidades; asimismo se ha considerado por parte del Tribunal Supremo que en caso de duda el interés de la seguridad de la sociedad merece una tutela preferencial respecto al interés personal de los socios; se ha sostenido también que la mera deseabilidad de ulteriores medios económicos a disposición de la sociedad sea suficiente causa para constituir reservas y no repartir las utilidades; inclusive se ha permitido no pagar dividendos por falta de efectivo o cuando, entre el día de cierre del balance con utilidades y el día de su aprobación y distribución de utilidades, sobreviene una pérdida.

Un fenómeno similar se ha producido en el Derecho alemán. Bajo el imperio del Código de Comercio —vigente, en materia de sociedades comerciales, desde finales del siglo pasado hasta 1937— se consideró que la Asamblea general no podía crear reservas facultativas a no ser que así lo autorizara el estatuto, permitiéndosele en consecuencia al socio impugnar la deliberación de la asamblea a fin de obtener un pronunciamiento que obligara a ésta el reparto de las utilidades. La ley de sociedades alemana de 1937 en cambio, no sólo hizo del Vorstand o Directorio el órgano máximo de la sociedad, al que le corresponden todas las atribuciones no concedidas expresamente a otro órgano, sino que le dio al Directorio, bajo

la aprobación del Aufsichtsrat o Consejo de Vigilancia, la confección del balance —y por ello la decisión sobre el reparto de las utilidades— no correspondiendo a la asamblea más que el derecho de conocer el balance, pero no modificarlo. La asamblea distribuye la utilidad que el Directorio haya decidido repartir, salvo que el estatuto la autorice a crear a su vez reservas, caso en el cual el socio no puede impugnar la deliberación de mayoría. La nueva ley de sociedades anónimas alemana de 1965 modifica poco el punto. En efecto, concede poderes omnímodos al Vorstand para que disponga del 50% de utilidades de poderes también omnímodos a la Asamblea.

En cambio obliga a la sociedad a repartir un dividendo cuando así lo permitan las utilidades, de al menos un 4% del valor nominal de la acción pero presupone además (Ernst von Clemmter, *La riforma tedesca delle società per azioni del 1965*, "Riv. Soc.", 1967, 165 S.S.) que según la prudente apreciación del comerciante medio, la constitución de reservas no sea necesaria para asegurar la existencia y la validez de la sociedad por un período de tiempo determinable en relación a las exigencias económicas y financieras (parágrafo 254). O sea que la Asamblea puede incluso, bajo ciertos presupuestos no repartir ni siquiera el 4% dicho.

En Francia el fenómeno ha sido similar. En una primera época se afirmaba que, a "falta de una específica cláusula estatutaria" la Asamblea no tenía poderes soberanos en cuanto a la distribución de las utilidades no pudiendo en consecuencia crear la sociedad reservas, ocultas ni aparentes, si no eran previstas por el estatuto expresamente. En época posterior el criterio se modificó un poco y "sobre la base del principio que el interés de los socios prevalece sobre el de la sociedad y que el socio deviene tal para percibir periódicamente un dividendo" se consideró que la asamblea podía pasar utilidades a reservas solamente en casos "controlables judicialmente". Más adelante el cambio es más importante: se llega a sostener el derecho de la Asamblea a la constitución de reservas con utilidades con la única condición de que sean constituidas en interés de la sociedad y no en beneficio de unos socios con exclusión de otros. Es bien sabido por ejemplo, que a algunos socios por razones tributarias, no les interesa recibir los dividendos. La tesis francesa en esta época es que el autofinanciamiento presenta ventajas económicas, sea desde el punto de vista de la sociedad, sea desde el punto de vista de la economía nacional, favoreciendo el desarrollo de las empresas y se considera —lo que es muy importante— que el silencio de los estatutos respecto a la constitución de las reservas facultativas no puede paralizar la política financiera de una sociedad". El único límite es la prohibición expresa del estatuto.

Incluso se ha afirmado en Francia, que la ley no contiene una disposición expresa que obligue al reparto periódico de los dividendos; que debe hacerse diferencia entre el derecho abstracto al dividendo (derecho a que la sociedad funcione de manera lucrativa) y el derecho concreto al dividendo, haciéndose ver que "la asamblea de accionistas no podría suprimir a los asociados su derecho a los beneficios, pero sí podría modificar la forma en que ese derecho se puede ejercer".

Finalmente, la ley francesa de Sociedades comerciales de julio de 1966, incorporó totalmente la posición moderna estableciendo en su artículo 347 que "después de la aprobación de las cuentas y constatación de la existencia de sumas distribuibles, la asamblea general determina la parte a conceder a los asociados en forma de dividendos".

Comentando esta disposición afirma Vuillermet, (*"Droit des sociétés commerciales"*, Dunod, Paris, 1969, 92-93") que "el beneficio neto del ejercicio puede ser, sea conservado en reserva en la sociedad, sea distribuido a los asociados, ... sea incluso afectado en proporciones variables a una y otra cosa. Siempre que sean observadas las disposiciones legales y las prescripciones estatutarias eventuales, la decisión pertenece a la asamblea general de asociados que aprueba las cuentas del ejercicio".

"Según la jurisprudencia —sigue diciendo Vuillermet— los asociados minoritarios podrían ejercer un recurso por abuso de derecho, cuando en contra de su interés el grupo mayoritario practique una política de reservas sistemáticas de beneficios, no requerida por el interés de la sociedad".

Pero debe recalarse que la jurisprudencia demuestra que la Corte de Casación francesa se muestra sumamente rigurosa en cuanto a la prueba del abuso del derecho, (Vuillermet, op. cit., 486).

Efectivamente, "de una manera general, los autores subrayan que la noción de abuso de derecho no debe implicar una intromisión de los tribunales en la gestión de las sociedades; que los jueces deben fundar sus decisiones sobre criterios objetivos y no sobre consideraciones subjetivas de política financiera, las que no son sino del resorte de los dirigentes sociales".

Comentando Gay de Montellá la moderna ley española de julio de 1951, sostiene para el derecho español, el derecho inalienable del socio al dividendo, pero pone en duda en cambio el derecho del socio al reparto periódico y obligatorio de las utilidades (*Tratado de Sociedades Anónimas*, Bosch, Barcelona, 1961, 464, s.). Jesús Rubio (*Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, Ed. de Derecho Financiero, Madrid, 1967, 292, s.) es más explícito cuando afirma que, conforme a la ley de Sociedades anónimas es la junta general la que decide sobre el reparto de dividendos, pero tomando en cuenta que el destino normal de éstos es la distribución entre los socios. A propósito, dice este autor, "Se trata de una cuestión de medida sobre la que habrán de resolver los tribunales en cada caso, atendiendo a las circunstancias concretas y sobre todo, al interés social que no podrá ser lesionado, ni en uno ni en otro sentido, en beneficio de un grupo de socios" (op. et. loc. cit.).

En Italia, en los últimos tiempos y a pesar de que el artículo 2350 del Código civil establece que cada acción atribuye el derecho a una parte proporcional de las utilidades netas, la doctrina se ha encargado de fortalecer el valor del artículo 2433 que dice: "La asamblea que aprueba el balance decide sobre la distribución de las utilidades a los socios". En efecto comentando este artículo la doctrina italiana, en general, en los últimos tiempos, se inclina por considerar el derecho del socio al dividendo como un derecho abstracto no percible sino dentro de los límites acor-

dados por la Asamblea, la que tiene facultades para disponer de las utilidades siempre que al hacerlo no actúe de mala fe, o no lo haga como maniobra para dañar a los socios minoritarios, obligándolos, por ejemplo, a deshacerse de sus acciones (Francesco Ferrara jr. *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè, Milano, 1962, 517) y en general se ha dicho que es aconsejable mantener y ampliar las reservas de la sociedad con el fin de reforzar el patrimonio social frente a las cambiantes vicisitudes del comercio (Alfredo de Gregorio, *Corso di Diritto Commerciale*, Società Editrice Dante Alighieri, cit. di Castillo, 1967, 344) y que el interés del socio al dividendo está subordinado al interés de la sociedad cuando así lo impongan evidentes razones de utilidad social. (Ferri, *Manuale di Diritto Commerciale*, UTET, Tomo, 1968, 321).

Antes de terminar esta parte de Derecho comparado y analizar el problema en Centroamérica y particularmente en Costa Rica, agreguemos que el mismo proceso se ha realizado en México y en América del Sur. Véamos algunos casos. Joaquín Rodríguez, considera a pesar del texto de la ley mexicana, que "el derecho al dividendo es un derecho-poder patrimonial y principal; pero la calidad de socio no concede, sin más, derecho a obtener participación en las utilidades. El accionista no tiene el Derecho a participar en los beneficios que arroje el balance sino después de la aprobación de éste, si la Asamblea General acuerda la distribución de todos o parte de ellos". (*Tratado de Sociedades Mercantiles*, Porrúa, México, 1965, I, 397) "El Derecho al dividendo —sigue diciendo Rodríguez— como derecho abstracto, consiste en el que tiene cada accionista de pedir que la Junta General resuelva sobre la distribución del dividendo; es un derecho que se ejerce ante la Asamblea; una vez aprobada por ésta la distribución, surge un derecho de crédito del accionista, frente a la sociedad". (op. et. loc. cit.). Veremos como el Prof. Rodríguez trasladó su interpretación de la ley mexicana, a un texto expreso en el artículo 144 del Código de Comercio hondureño de 1950 y como el legislador costarricense perfeccionó la norma en el Código de comercio de Costa Rica, de 1964.

Pero antes revisemos el sistema argentino y el chileno, rápidamente. Para el primero dice Malagarriga (Carlos Malarriga, *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, TEA, Buenos Aires, 1958, 493) "La Asamblea puede modificar la propuesta del Directorio sobre distribución de utilidades y aún resolver que no se efectúe pago de dividendos". (Ver también Efraín Hugo Richard "*Derechos Patrimoniales de los accionistas en las S. A.*", Lerner, Buenos Aires, 1970, 129 y s.s.).

En cuanto a Chile la solución al problema es la misma que hemos visto como más moderna. El profesor Chavarría hace al respecto un planteamiento muy interesante (*Manual de Derecho Comercial*, Imprenta Clarasó, Barcelona, 1969, 363). Para él la forma en que se regula el derecho del socio al dividendo en los diversos sistemas legislativos depende de las tendencias y situación económicas nacionales. "De lo dicho anteriormente —manifiesta (op. et. loc. cit.)— se desprende que el derecho al dividendo no puede ser asegurado a los socios en forma irrestricta y según la

medida en que la sociedad anónima esté cumpliendo y colaborando en una política estatal, de dimensiones nacionales o internacionales, de ello dependerá la amplitud en que se reconozca a los accionistas la posibilidad de exigirlos". Con base en estas consideraciones es posible afirmar que en Chile la Asamblea tiene plenas facultades para disponer de las utilidades, salvo lo dispuesto por el artículo 112 de una ley reciente que obliga al reparto al menos de un 30% de aquellas entre los socios. Debo aclarar que la solución chilena es un poco confusa por carencia de pronunciamientos claros en su legislación y en su doctrina.

En los países anglosajones, como ya lo había adelantado, estas tesis son viejas. En Inglaterra, en 1902, en el caso *Bond N. Barrow Haematite Steel Co.* se decidió que la compañía no tiene la obligación de declarar en dividendo al menos que esté obligada a ello por la escritura social. La escritura social comúnmente da poderes para declarar un dividendo, a la asamblea general, e incluso es normal la inclusión de una cláusula en el sentido de que el monto repartido de dividendos no debe superar aquél recomendado por el Consejo Directivo (E. Album y R. Samuels, *Company Law*, Sweet and Maxwell Limited, (Nutshell Series), London, 1968, 60).

En los Estados Unidos de Norteamérica, como hemos visto la decisión sobre el reparto de las utilidades pertenece al Directorio, no a la Asamblea.

En esa decisión el Directorio es soberano con la sola restricción de no incurrir en abuso de su discrecionalidad. Los tribunales no intervienen, consecuencia, pues se considera que la decisión sobre el reparto de dividendos se funda en razones de índole económico, tributario y aún política, cuya comprensión pertenece a los directores mejor que a los tribunales.

Sin embargo en *New England Trust Co. vs. Penolscot Chemical Fibre Co.*, 1946 y en *Crocker vs. Waltham Watch Co.*, 1944 se decidió que si los "articles" o escritura social disponen que el Directorio, previa comprobación de la existencia de utilidades, deba repartir dividendos, esta cláusula no puede ser violada.

En *Gottfried vs. Gottfried*, New York, 1947, se decidió que está justificada la intervención de los tribunales cuando el Directorio actúe de mala fe. Por ejemplo, si se comprueba una intensa hostilidad del Directorio hacia los accionistas de minoría; o cuando haya altas remuneraciones a los directores y a los funcionarios superiores o en caso de retención de utilidades para ahorrar impuestos a los accionistas de mayoría, quienes por sus altas rentas, podrían ver aumentada la progresión de su impuesto personal si recibieran un dividendo; o en casos de "close corporations" cuando la mayoría, usando una política restrictiva de dividendos, intenta compeler a la minoría a la venta de sus acciones.

Un caso particularmente interesante es aquél cuando la sociedad acumula, por encima de sus necesidades, en exceso grandes cantidades de ganancias, máxime si dichas ganancias están en efectivo o en bienes fácilmente liquidables. Así se resolvió en *Whitemore vs. Continental Mills*, Maine, 1951. Es famoso, en cuanto a esta causa válida de intervención

de los tribunales el caso Dodge vs. Ford Motor Co., Michigan, -919, y que vol a citar rápidamente. (Manuel Vargas Vargas, *La Sociedad Anónima en el Derecho Anglo norteamericano*, Ed. Jurídica de Chile, 1964, 174 y ss.). "En la época en que se produjo el caso la Ford Motor Co. era una "clase corporation" manejada omnímodamente por Henri Ford, dueño del 58% de su capital de \$2.000.000, quien en ese entonces realizaba la labor de poner a los Estados Unidos sobre ruedas. Eran los tiempos fabulosos del "Modelo T", cuando Ford se complacía en decir que sus clientes podían elegir libremente el color de su automóvil, con tal que fuera negro, porque una demanda tremendamente superior a la oferta podía permitir tal monotonía.

"Al 31 de julio de 1916 la Ford Motor Co. tenía excedentes acumulados por valor de \$ 112.000.000, su utilidad neta anual era por lo menos de \$ 60.000.000 y en su activo tenía dinero efectivo y bonos municipales de fácil realización por valor de \$ 54.000.000

"En esa época Ford tenía un ambicioso plan de expansión y de rebaja del precio de sus automóviles, de \$ 440 a \$ 360. Esta rebaja se proyectaba en un momento en que los 600.000 vehículos que la fábrica podía producir anualmente podían venderse sin dificultad a \$ 440.

"Los hermanos Dodge, cuyo nombre también se identifica con una marca de automóviles, eran accionistas minoritarios de la Ford Motor Co. Su interés ascendía a un 10% y concurrieron a los tribunales a fin de que ordenaran a Ford el reparto de un dividendo.

"Durante la secuela del juicio, Ford dejó en claro que los accionistas habían sido generosamente tratados en el pasado, con un dividendo del 5% mensual y dividendos especiales de fin de año, y agregó que, a fin de realizar su plan de expansión y de rebaja de precios, pensaba eliminar los dividendos de fin de año y mantener los dividendos del 5% mensual. Todo ello a pesar del enorme excedente acumulado y a pesar de que gran parte de él no se necesitaba para la expansión.

"Con respecto al plan de expansión Ford dijo textualmente: "Mi ambición es dar más trabajo a más personas todavía; extender los beneficios de este sistema industrial al mayor número posible, ayudándoles a construir sus vidas y sus hogares. Para hacer esto estamos poniendo la mayor parte de las ganancias en el negocio".

"En cuanto a la reducción en el precio de los automóviles, el punto de vista de Ford era el de que su empresa había ganado mucho dinero y que, no obstante que todavía podía hacer grandes ganancias, estas debían compartirse con el público, precisamente reduciendo los precios".

"Un tribunal de equidad de Michigan condenó a los demandados, la sociedad y su consejo de administración, a repartir \$ 19.000.000 a título de dividendos, a sus accionistas por cuanto —dijo la Corte— "una sociedad no se constituye ni existe sino en beneficio de los accionistas. Los poderes de los administradores deben tender a la realización de ese fin. Su poder discrecional debe dirigirse a la escogencia de los medios apropiados para la realización de ese fin pero no puede llegar hasta la producción de

cambios en el fin mismo, o hasta la no declaración y la no distribución de dividendos entre los accionistas para afectar las ganancias a otros fines". (Jean Chamboulive, *La direction des sociétés par actions aux Etats Unis d'Amérique*, Sirley, Paris, 1964, 85).

Con lo anterior completamos un panorama suficientemente vasto sobre la naturaleza del problema del derecho del socio al dividendo, su evolución en los últimos tres cuartos de siglo y su estado actual, tanto en los derechos romanistas como en los sistemas del "common law".

Véamos ahora cuál es el panorama en Centroamérica.

*Nicaragua:**

Conforme al artículo 240 del Código de comercio, si bien el socio no puede exigir que la compañía le devuelva el valor de su aporte, salvo en sede de liquidación y en proporción, sí tiene el derecho de percibir la ganancia líquida con las limitaciones de ley o estatutarios.

El código no se refiere más que a la reserva legal, en el artículo 249.

Pareciera que el derecho subjetivo no condicional y concreto, del socio al dividendo es independiente de toda decisión asamblearia, la que se realizaría como un mero acto formal declarativo, no pudiendo la asamblea negar la distribución de las utilidades. En ese sentido pareciera que debe interpretarse el artículo 257 del Código de comercio que dispone que "a la Junta General corresponde el examen y aprobación del balance respectivo y la distribución de ganancias".

De modo que, en caso de no distribuir la Junta las utilidades o en caso de que los distribuya sólo en parte, el accionista podría impugnar la deliberación, pudiendo pedir la suspensión de su ejecución y su declaración de nulidad (art. 261).

El Salvador:

La situación salvadoreña cambia un poco respecto a Nicaragua. El artículo 17 del Código de Comercio establece que "Sociedad es el ente jurídico resultante de un contrato solemne, celebrado entre dos o más personas, que estipulan poner en común bienes o industria, con la finalidad de repartir entre sí los beneficios que provengan de los negocios a que van a dedicarse". Evidentemente esta disposición no crea sino un derecho abstracto a la utilidad sin decidir cuando ni bajo qué supuestos el socio tiene derecho al dividendo.

El artículo 35 fija las reglas del reparto de utilidades pero no resuelve nada sobre el derecho del socio al dividendo y su naturaleza. El artículo 38 fija el principio sano y protector de integridad del capital social: no se pueden pagar dividendos sino sobre utilidades efectivamente maduradas.

* Este estudio fue realizado antes del triunfo de la Revolución Sandinista.

El artículo 39 fija la reserva legal pero no dice nada sobre reservas ocultas o facultativas.

Creo que en el Derecho Comercial salvadoreño la clave la da el artículo 165 del Código de Comercio, cuando dispone que "todo accionista tiene derecho a pedir que la Junta General que se reúna para la aprobación del Balance y Estado de Pérdidas y Ganancias, delibere y resuelva sobre la distribución de las utilidades que resultaren del mismo". En mi criterio, no tendría sentido la facultad de resolver sin un poder discrecional de decidir el no reparto total o parcial de las utilidades.

En consecuencia, un derecho de crédito del socio al dividendo no surge sino cuando la *resolución* que la Asamblea acuerde en uso de sus facultades potestativas, sea de reparto total o parcial de las utilidades.

Guatemala:

El artículo 38 del Código de Comercio, inciso 4, da derecho al socio de reclamar contra la forma de distribución de las utilidades o pérdidas. Es mi criterio que esta disposición no lleva sus alcances hasta el poder reclamar, en caso de que el acuerdo sea no repartir o repartir parcialmente las utilidades. Con base en este artículo el socio simplemente puede reclamar contra la forma de distribución entre los diversos acreedores a dividendos, pero no contra la resolución de distribuir o no distribuir o de distribuir sólo parcialmente.

Por otra parte el artículo 105 no concede un derecho de crédito sino sólo "el derecho de participar en el reparto de utilidades" si se acuerda repartirlas.

Por otra parte, como en el caso de la legislación salvadoreña, en la guatemalteca, el socio, por el artículo 139, tiene únicamente derecho a pedir que la Asamblea General ordinaria *resuelva* sobre la distribución de utilidades, pero no tiene derecho a exigir el reparto. Efectivamente, pareciera, del texto del artículo 134, inciso 3º, que la Asamblea es soberana para resolver acerca del proyecto de distribución de utilidades que le presentan los administradores a su consideración.

Honduras:

Toda esta situación ambigua e incierta de Nicaragua, El Salvador y Guatemala, se aclara en el Código de comercio de Honduras. El artículo 142 establece que "todo socio tiene derecho a pedir que la Asamblea General que se reúna para la aprobación del balance delibere sobre la distribución de las utilidades que resultaren del mismo" agregando luego el artículo 144 que, "acordado por la Asamblea General la distribución de utilidades, el socio adquiere frente a la sociedad un derecho de crédito para el cobro de los dividendos que le correspondan".

Costa Rica:

Finalmente, el caso más claro de la facultad omnimoda de la Asamblea para resolver si reparte o no las utilidades y en el primer caso,

en qué monto, es el de nuestro Código de Comercio, artículo 143 que reza textualmente así: "Artículo 143: Si una vez hechas las reservas contempladas en la escritura social la Asamblea General acordare la distribución de las utilidades netas entre sus accionistas, el socio adquirirá frente a la sociedad un derecho para el cobro de los dividendos que le correspondan".

La claridad del precepto es evidente.

La Asamblea tiene facultades ilimitadas para decidir sobre las utilidades y acordar o no el reparto de dividendos y su proporción, si así lo exige el interés social.

Esta interpretación del artículo 143 ha sido puesta en tela de juicio algunas veces. Sin embargo, creo que no caben dudas al respecto. El Proyecto de Código de comercio Zurcher-Valle contenía la disposición 449 que rezaba así: "Acordada por la Asamblea General la distribución de utilidades, el socio adquiere frente a la sociedad un derecho de crédito para el cobro de los dividendos que le correspondan". Hasta aquí no se trata sino de una copia textual del artículo 144 del Código de comercio de Honduras, cuyo sentido ya hemos analizado y que en síntesis confiere al socio un derecho al dividendo bajo la condición de que la Asamblea General acuerde el reparto de las utilidades. Es claro que antes de tal acuerdo el socio no tiene ningún derecho subjetivo al dividendo ni está legitimado para demandar el pago del mismo puesto que las facultades de la Asamblea son discrecionales.

Pero acto seguido los redactores del Proyecto, sin considerar la evidente contradicción en que estaban incurriendo, agregaron el siguiente párrafo: "Habiendo utilidades la Asamblea está obligada a repartirlas, una vez hechas las reservas legales y las permitidas en los estatutos".

La contradicción es evidente y no me explico cómo los redactores del Proyecto confeccionaron así el artículo: En todo caso el legislador eliminó ese agregado y, para no dejar duda sobre el significado del artículo mejoró la redacción hondureña diciendo claramente que el socio adquiere un derecho de crédito contra la sociedad solamente *si* la Asamblea decide la distribución de las utilidades. De aquí en adelante toda discusión es superflua.

Ahora bien. Acordada la distribución el socio se convierte en un acreedor, como cualquier otro, de la sociedad, quedando facultado para reclamar el pago. Ninguna legislación ha constituido el título del socio en título ejecutivo expresamente. Todo depende, a mi entender, del sistema empleado para el cobro de los dividendos: Así por ejemplo, algunas legislaciones autorizan la emisión de cupones para el cobro de los dividendos. Se discute si esos cupones son o no títulos valores y en todo caso el reconocimiento de ese carácter no lo convierte automáticamente en título ejecutivo, pues la ejecutividad del título proviene de la atribución que la ley expresamente le dé al título mismo. En consecuencia, conforme al artículo 425 del Código de Procedimientos Civiles el derecho de crédito del accionista contra la sociedad no es un título ejecutivo. Luego, el reclamo del dividendo deberá hacerse en la vía ordinaria.

En todo caso, el accionista, una vez acordado el reparto del dividendo se le reconoce su derecho a participar en la quiebra de la sociedad, como acreedor de la masa (art. 894, inciso c) del Código de Comercio) como acreedor común, según el caso.

Analicemos ahora el supuesto de que la sociedad decida no repartir las utilidades o reparta solamente una parte sin que le asista verdaderamente la razón de hacerlo en defensa del interés social. Qué vía le queda al socio para defender sus derechos al respecto?

En primer término digamos que la acción para impugnar las deliberaciones de la Asamblea no es una acción popular sino individual. Por otra parte, no existiendo un procedimiento especial para tramitarla deberá serlo en la vía ordinaria y, conforme al artículo 179 del Código de Comercio, corresponde conocer del respectivo juicio ordinario de nulidad al Juez del domicilio de la sociedad.

El problema lo plantea la forma restrictiva del artículo 176 del Código de Comercio que reduce a 3 las causas de nulidad de los acuerdos de Asamblea. Sin embargo, una adecuada interpretación del inciso a) que establece que el acuerdo asamblear será nulo cuando la sociedad no tuviere capacidad legal para adaptarlo, y del inciso c) que manifiesta que los acuerdos de asamblea serán nulos "cuando fueren incompatibles con la naturaleza de la sociedad anónima podrían resolver el caso...". Es evidente que la repartición de utilidades es un elemento normal del contrato de sociedad y la Asamblea solamente puede restringir los efectos de ese elemento cuando razones de interés social indiquen la necesidad de hacerlo. De lo contrario sus resoluciones serán incompatibles con la naturaleza de la sociedad anónima.

Por otra parte, considero también, que una interpretación adecuada del artículo 178 podría permitir la acción ordinaria necesaria al socio en este caso. El supuesto básico de este artículo es que la Asamblea haya violado algún precepto legal. Creo que una acuerdo asambleario que sin mediar un interés social decida no repartir utilidades o repartirlas sólo en parte viola el derecho natural del socio a percibir periódicamente una renta de su inversión, derecho que se desprende de la naturaleza misma del contrato de sociedad.

Por otra parte, tal resolución iría contra la equidad y violaría en consecuencia el artículo 1023 del Código Civil, norma integrada al Derecho Comercial, según el artículo 2 del Código de Comercio. El artículo 1023 citado establece que los contratos obligan tanto a lo que se expresa en ellos como a las consecuencias que la equidad... hace nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta. Creo que una resolución de Asamblea que sin mediar un interés social, niegue el reparto de las utilidades en alguna forma, infringe el artículo 1023 del Código Civil, por violación de un elemental principio de equidad y en consecuencia puede ser impugnado con base en el artículo 178, inciso a) del Código de Comercio.

INDUSTRIALIZACION, DESARROLLO Y DELINCUENCIA VIOLENTA*

El caso de San José de Costa Rica

*Dr. J. Enrique Castillo Barrantes***

* Este ensayo fue escrito en 1980.

** Profesor Asociado de Derecho Penal y Sociología Criminológica, Universidad de Costa Rica.

AGRADECIMIENTOS

Este ensayo constituye un informe preliminar y muy resumido de los resultados de una investigación empírica, que fue hecha entre 1977 y 1979, gracias a la dedicación y al esfuerzo de las asistentes que integraron el grupo de investigación: Ana Isabel Garita, Rosario Morera y Zaira Coto, así como Thais Acosta, quien contribuyó en la confección de cuadros y gráficos estadísticos. También debemos nuestro agradecimiento a la Licda. Eugennery Venegas, exdirectora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho, y a la Vicerrectoría de Investigación de la Universidad de Costa Rica. Mención especial merece la decisiva ayuda aportada por el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), otorgada dentro del marco del convenio de cooperación con la Universidad de Costa Rica. Finalmente, damos las gracias a Constantino Albertazzi, Luis Chávez y Lorena Palma, del Centro de Informática de la Universidad de Costa Rica, por el procesamiento de los datos.

INTRODUCCION

Costa Rica, un pequeño país de poco más de 50.000 kilómetros cuadrados de superficie, y que en la actualidad apenas sobrepasa los dos millones de habitantes, evolucionó, desde mediados del siglo pasado hasta mediados de éste, bajo la forma de un modelo agroexportador: la agricultura generaba la mayor parte del producto interno bruto, y al mismo tiempo financiaba las importaciones de productos terminados, principalmente. La primera mitad de este siglo demostró, sin embargo, la debilidad del modelo: dos guerras mundiales y la crisis de 1929 fueron los principales hitos de una situación continua de inestabilidad de los mercados mundiales que, salvo cortísimos períodos de bonanza, ha corrido pareja con un deterioro progresivo de los términos de intercambio, en detrimento de los países agroexportadores como Costa Rica, con la consecuente secuela de repercusiones económicas tales como déficit de la balanza de pagos, desfinanciación del sector público y endeudamiento excesivo, falta de capacidad para las inversiones, entre otras, las que a su vez han generado desacomodamientos internos de tipo sociopolítico.

Para encarar esa situación, común a los países latinoamericanos, al sobrepasar la mitad del siglo XX, la Comisión Económica para América Latina (C.E.P.A.L.) empieza a promover una política de industrialización —que algunos países del continente ya habían intentado antes— entre cuyos objetivos se cuentan la atracción de inversiones extranjeras y la sustitución de importaciones. Los países centroamericanos resuelven en 1951 poner conjuntamente en ejecución esas orientaciones, y la década de los años sesenta se abre teniendo establecidas ya las condiciones propiciatorias y la organización para practicar una política de industrialización y de sustitución de importaciones, dentro del marco de un mercado común para el área centroamericana.¹ En ese contexto, Costa Rica opta firmemente por industrializarse.

Veinte años después, se pueden apreciar algunas de las consecuencias de la transformación. Implantadas las industrias, su contribución al

1 Cfr. Furtado, Celso. "La economía latinoamericana desde la conquista ibérica hasta la revolución cubana", 6ª edición. Siglo XXI, México, 1974, págs. 228 a 231; Torres Riva, Edelberto. "Interpretación del desarrollo social centroamericano". 2ª edición. EDUCA, San José de Costa Rica, 1971, pág. 268. Sobre los fundamentos teóricos de la política de industrialización, conviene la consulta de Prebisch, Raúl. "Problemas teóricos y prácticos del crecimiento económico", en Varios, "América Latina, ensayos de interpretación económica", Edit. Universitaria S. A., Santiago de Chile, 1969, págs. 41 y ss.

producto interno bruto ha llegado a superar a la del sector agrícola,² pero ello no autoriza a decir que la industrialización haya sido exitosa. La meta de sustituir importaciones sólo se ha alcanzado muy restringida y parcialmente, ya que muchas de las industrias son de transformación o de armado; por consiguiente, no utilizan materia prima local, sino importada, y con frecuencia generan la importación de piezas o producto industrial terminado, con el solo fin de armarlo en plaza. Es decir que, con excepción de las industrias tradicionales (calzado, ropa y textiles en general, alimentos en conserva, etc.) las industrias nacionales, en vez de sustituir importaciones, únicamente han hecho variar su composición. Por otra parte, el mercado común centroamericano, con todos los incentivos para atraer capital extranjero, ha servido para el establecimiento de plantas industriales afiliadas a compañías transnacionales, las que hallan en él un terreno apropiado para seguir utilizando maquinaria y equipos que han devenido obsoletos o de escala inapropiada para ser utilizados rentablemente en otras áreas mayormente desarrolladas o en mercados de mayor dimensión. Estos enclaves generan para los países receptores una nueva forma de dependencia, por la inserción local del capital extranjero y por la transferencia de tecnologías cuyos orígenes y concepciones responden a necesidades y estructuras económicas diferentes de las de los pequeños países subdesarrollados. Los inversionistas locales también contribuyen a este proceso, cuando recurren a la adquisición del mismo tipo de máquinas y procedimientos. El resultado final es a menudo el de que la industrialización agudiza los problemas sociales del subdesarrollo. Internamente, por ejemplo, la implantación de industrias modernas no sólo suele absorber poca mano de obra, sino que a veces la libera, como parece haber ocurrido con el establecimiento de fábricas de tortillas,³ que han desplazado a cientos de personas que se dedicaban a la preparación manual de la tortilla y que han quedado desocupadas, al menos temporalmente. Además, la mayoría de las industrias produce bienes de consumo inmediato, y muchas los producen de consumo suntuario, lo cual suele entrañar profundas modificaciones culturales, y por lo general no hay industrias productoras de bienes de capital. En todo caso, las expectativas de crecimiento de la industria centroamericana a largo plazo son limitadas, pues agotadas las posibilidades de la sustitución de importaciones, la demanda es, por otro lado, bastante rígida, ya que su mayor ampliación se debió a la adición de cinco pequeños mercados nacionales, pero una transformación profunda se dificulta por la presencia de enormes masas marginadas de la población que no se integran al proceso productivo.

Concebida en el marco de la integración económica centroamericana, aunque la industrialización ha servido ciertamente para incrementar el crecimiento económico y enriquecer el intercambio con los países de la

2 Cfr. gráficos N° 1-2-3 y cuadro N° 1.

3 La tortilla es un alimento de origen indígena y consiste en una hojuela de maíz redonda y de varios centímetros de diámetro.

región, desde el punto de vista de Costa Rica, ha producido un desdoblamiento de su comercio exterior, pues el intercambio comercial con el resto del mundo se sigue costeano principalmente con la exportación de productos agrícolas a los mercados tradicionales: Estados Unidos y Europa Occidental. El producto de estas exportaciones es el que genera las divisas que se gastan de nuevo y deficitariamente en la importación de productos provenientes de fuera del área centroamericana. A principios de la década de 1980, sólo las importaciones de petróleo, que no se produce en Centroamérica, representan un tercio del valor total de las exportaciones de Costa Rica. Todavía peor, el comercio dentro del "mercomún" es deficitario para Costa Rica. Es así que Costa Rica permanece dependiente de otros mercados internacionales en los que no tiene ninguna influencia determinante, y por esa razón sigue expuesta a los mismos factores externos capaces de alterar su economía. Por otra parte, pese a su limitada capacidad de absorción de mano de obra⁴ la industria parece ser una fuente de atracción urbana.

La ilusión de encontrar una ocupación estable en la ciudad ha posiblemente contribuido a generar una migración rural-urbana, y con seguridad ha también causado una oferta de mano de obra campesina que busca su lugar en las ciudades, de preferencia en San José, la principal del país.

Sin poder afirmar que la situación sería mejor sin la industria, es lo cierto que su contribución al desarrollo equilibrado del país admite muchas reservas. Por lo menos, puede decirse que, en su turno, ha ocasionado nuevas distorsiones sociopolíticas en el contexto de situaciones internas y externas que siguen siendo de suyo difíciles. Los antecedentes y las consecuencias políticas y socioeconómicas del proceso empiezan ya a ser objeto de análisis por parte de los científicos sociales.⁵ Por nuestra parte, el campo que abordamos en este estudio es el del costo social del proceso en términos de delincuencia. En otras palabras, el propósito de este trabajo es el de echar alguna luz sobre la vinculación existente entre el proceso de desarrollo, cuyo principal eje es el desarrollo industrial, y la delincuencia del país, a partir del supuesto de que las transformaciones socioeconómicas

⁴ Una comparación entre 1950, 1963 y 1973 de la distribución porcentual de la población económicamente activa por rama de actividad demuestra que mientras la mano de obra empleada en agricultura, silvicultura, caza y pesca decayó de 54.7 a 37.0 entre 1950 y 1973, aparentemente la mano de obra desplazada fue absorbida por las actividades terciarias, que pasaron de 26.7 a 39.5; mientras las industrias manufactureras permanecieron estables: 11.0 en 1950, 11.5 en 1963 y 11.6 en 1973. Cfr. Fernández, Schmidt y Basauri, "La población de Costa Rica", Edit. U. de Costa Rica, San José, 1976, pág. 118.

⁵ V. gr: Jonas Bodenheimer, Susanne, "El mercomún y la ayuda norteamericana", y Bauer Paiz, Alfonso, "El proceso de integración económica centroamericana y el papel del capital norteamericano", ambos en "La inversión extranjera en Centroamérica", 2ª edición, EDUCA, San José, 1975, 362 págs.; Molina Chocano, Guillermo, "Integración centroamericana y dominación internacional", 3ª edición, EDUCA, San José, 1977, 95 págs.; Cerdas Cruz, Rodolfo, "La crisis de la democracia liberal en Costa Rica", 3ª edición, EDUCA, San José, 1978, 191 págs.

del período investigado, crean presiones sociales que colateralmente impulsan o aceleran la desviación de la conducta individual de los patrones de comportamiento convencionales. Hemos de tomar en cuenta la tendencia migratoria del campo a la ciudad, impulsada por la creciente urbanización del área metropolitana de San José, en cuya inducción la industria juega un importante papel; los efectos inflacionarios del aumento de los precios de los hidrocarburos y de la devaluación monetaria en un sistema de rígida fijación de tipos de cambio, como es el de Costa Rica; el empobrecimiento relativo que significa para los estratos más bajos un proceso inflacionario, y la delincuencia agresiva, que conlleva violencia física contra personas o cosas. Considerando esos fenómenos, las hipótesis que componen el marco teórico son las siguientes:

Hipótesis primera:

Durante el período en estudio, hubo un aumento de la delincuencia violenta en el área metropolitana de San José, proporcionalmente mayor que el aumento de la población.

Hipótesis segunda:

Existe una correlación positiva entre la industrialización del país y la concentración de población de origen rural en zonas determinadas del área metropolitana de San José.

Hipótesis tercera:

Existe una correlación positiva entre el aumento del número de delincuentes violentos de origen rural y el aumento total de la delincuencia violenta en el área metropolitana, y esta correlación es mayor que la que existe entre el aumento de los delincuentes violentos de origen urbano y el aumento total de la delincuencia violenta en la misma área.

Hipótesis cuarta:

Existe una correlación positiva entre el incremento de los precios de los hidrocarburos y la aceleración de la tasa de la delincuencia violenta en el área metropolitana de San José.

Hipótesis quinta:

Existe una correlación positiva entre la devaluación monetaria oficial y la aceleración de la tasa de crecimiento de la delincuencia violenta en el área metropolitana de San José.

Hipótesis sexta:

En general, existe una correlación positiva entre la inflación y la aceleración de la tasa de crecimiento de la delincuencia violenta en el área metropolitana de San José.

Cada una de esas hipótesis será objeto de explicación, discusión y análisis separado. Todas ellas se basan en el supuesto de que las variables que significan desequilibrio del desarrollo socioeconómico están ligadas a la industrialización, por lo menos en el sentido de que ocurren pese a ella, cuando precisamente la industrialización fue concebida como un medio de desarrollo equilibrado. Hay en ellas, además, implícita una hipótesis de base que postula que durante el período estudiado ha habido una aceleración de la tasa de delincuencia violenta, que será la primera hipótesis que confrontaremos con los datos recabados.

Ninguna de las hipótesis es del tipo determinista; es decir que ninguna predica una relación de causalidad suficiente y necesaria entre la variable dependiente y la independiente. Esto le otorga un valor meramente exploratorio al presente estudio, y se debe a la dificultad de controlar otros factores que pueden intervenir en la causación de un incremento de la delincuencia.

Cuestiones Metodológicas

Varios son los aspectos metodológicos que conviene tratar en este ensayo: el desglose y la definición de variables por hipótesis y la enumeración de indicadores para cada variable; las dificultades, las limitaciones y las posibilidades de medición de la principal variable dependiente, la delincuencia violenta; la delimitación del período a estudiar y, finalmente, la exposición de las técnicas de recolección de datos.

A) Desglose y definición de variables; enumeración de indicadores

a) Hipótesis primera

- 1) Variable independiente: lapso en estudio.
 - i. Definición: período comprendido entre julio de 1969 y junio de 1975.
- 2) Variable dependiente: delincuencia violenta.
 - i. Definición: cantidad de delitos con violencia física sobre personas o cosas llegados a conocimiento de los tribunales penales de San José.
 - ii. Indicadores: tasas de crecimiento anual y registros de cantidades absolutas de delitos violentos.

- 3) Variable de control: crecimiento de la población del país y del área metropolitana de San José.
 - i. Definición: aumento de la cantidad de habitantes del área metropolitana (cantón central y cantones urbanos circunvecinos).
 - ii. Indicadores: censos de población, estimaciones y proyecciones.
- b) Hipótesis segunda
 - 1) Variable independiente: industrialización del país.
 - i. Definición: proceso de crecimiento relativo de la participación del sector industrial en el producto nacional bruto.
 - ii. Indicadores: estadísticas sobre el producto interno bruto.
 - 2) Variable dependiente: concentración de la población de origen rural en zonas del área metropolitana.
 - i. Definición: aglutinación de habitantes urbanos de origen rural en determinados sectores del área metropolitana.
 - ii. Indicadores: censos de cada zona y estimaciones de la Dirección General de Estadística y Censos.
- c) Hipótesis tercera (hipótesis comparativa)
 - 1) Definiciones
 - i. Primer término de comparación: índice de correlación entre la tasa de crecimiento de la cantidad de delinquentes de origen rural (según lugar de nacimiento) y el total de delitos en el área metropolitana.
 - ii. Segundo término de comparación: índice de correlación entre la tasa de crecimiento de la cantidad de delinquentes de origen urbano (según lugar de nacimiento) y el total de delitos en el área metropolitana.
 - 2) Indicadores: datos de primera mano y tasas de crecimiento correspondientes al período en estudio (año base 1969). La delincuencia violenta es medida según el número de delitos ejecutados con violencia física sobre personas o cosas y acusados ante los juzgados penales y de instrucción de San

José, durante el período estudiado. La cantidad de delinquentes se mide según el número de personas a quienes se atribuyen esos mismos delitos.

d) Hipótesis cuarta:

1) Variable independiente: precios de los hidrocarburos.

- i. Definición: valor de la exportación del petróleo según fijación de los países exportadores.
- ii. Indicadores: precios fijados por la Organización de Países Exportadores de Petróleo y por los proveedores de Costa Rica no afiliados a la OPEP.

2) Variable dependiente: delincuencia violenta (idem hipótesis tercera).

e) Variable independiente: devaluación monetaria oficial.

1) variable independiente: devaluación monetaria oficial.

- i. Definición: modificaciones practicadas por la Asamblea Legislativa y el Banco Central de Costa Rica en los tipos de cambio oficiales entre el colón y el dólar U.S.A., que a su vez determinan la relación del colón con otras divisas.
- ii. Indicadores: disposiciones correspondientes del Banco Central y de la Asamblea Legislativa.

2) Variable dependiente: aceleración de la tasa de crecimiento de la delincuencia violenta.

- i. Definición: incrementos progresivos y relativos de la tasa de delitos violentos respecto de un año base, y respecto de la población.
- ii. Indicadores: datos estadísticos según acusaciones hechas ante juzgados penales y de instrucción; censos, encuestas y estimaciones de población.

f) Hipótesis sexta:

1) Variable independiente: inflación monetaria.

- i. Definición: exceso de circulante con respecto al producto interno bruto.

ii. Indicadores: índices de precios; niveles de salarios.

2) Variable dependiente: incremento de la tasa de crecimiento de la delincuencia violenta (idem hipótesis primera).

B) *La principal variable dependiente: la delincuencia violenta.*

Los dos conceptos involucrados en esta variable —delincuencia y violencia— suscitan explicaciones de tipo metodológico.

a) Utilidad y limitaciones del concepto de delincuencia.

En este estudio nos atenderemos a un concepto formal de delincuencia, entendida como la adecuación de la conducta humana a las figuras prescritas en las leyes penales del Estado. Sin embargo, desde el punto de vista sociológico, este concepto tiene claras limitaciones.

En primer lugar, deja por fuera las desviaciones de la conducta que no caen bajo las prescripciones de la ley penal. Pero nos interesan particularmente las conductas delictivas porque, siendo también desviadas, presentan una especificidad de mayor relevancia, ya que constituyen el sector de la desviación que está sometido a los controles formales del Estado (leyes, órganos de vigilancia y policía), y cuya ocurrencia despierta de su parte una reacción organizada y formal (tribunales, fiscales, detención preventiva, etc.) y la puesta en funcionamiento de una gran maquinaria represiva como es el sistema penitenciario. Debido al costo social y humano generado por esta reacción formal optamos por darle prioridad en esta investigación.

Otras limitaciones provienen de los distintos niveles de conocimiento y medición de la delincuencia así definida. Podemos distinguir por lo menos cuatro estadios: el de la delincuencia real, compuesta por la cantidad total de delitos cometidos efectivamente en un determinado período; el de la delincuencia aparente, que se compone de aquellos delitos que llegan a conocimiento de las autoridades de policía y que son, por consiguiente, susceptibles de aparecer en los registros estadísticos policiales; el estadio judicial, de los delitos que llegan a conocimiento de los tribunales; y el estadio final de la delincuencia confirmada por medio de sentencias judiciales.⁶ Entre esos estadios o niveles se producen filtraciones que restringen cada vez más la cantidad de delitos: no todos los delitos realmente cometidos llegan a conocimiento de las autoridades policiales; algunos no

⁶ Otras maneras de distinguir y denominar los distintos niveles de cuantificación de la delincuencia pueden verse en Göppinger, Hans, "Criminología", Reus S. A., Madrid, 1975, págs. 78 y ss.; Stefani, Levasseur y Jambu-Merlin "Criminologie et science pénitentiaire", 3ª edición, Dalloz, Paris, 1972, págs. 52 y ss. Léauté, Jacques "Criminologie et science pénitentiaire", P.U.F. Paris., 1972, págs. 68 y ss. y 198 y ss.; Pinatel, Jean "Criminologie", Dalloz, Paris, 1970, págs. 44 y ss.

son denunciados porque, por ejemplo, la propia víctima tiene interés en ocultarlos, porque un arreglo entre el delincuente y la víctima ha tenido lugar, o porque la víctima desapareció. De los llegados a la policía, no todos pasan a ser conocidos por los tribunales, pues no siempre la policía logra aclararlos o detener a su autor. En el proceso judicial, muy variadas razones de orden legal o material conducen al pronunciamiento de un sobreseimiento o de una sentencia absolutoria; por ejemplo, el transcurso del término de prescripción de la acción, la muerte sobreviniente del procesado, o su estado de inimputabilidad, o su fuga, entre otras, pueden causar ese resultado. El total acumulado de delitos reales que no llegan a ser objeto de una sentencia condenatoria se conoce como "cifra negra de la delincuencia".⁷ Este concepto significa la existencia de una brecha entre la delincuencia real y la cognoscible. Sin embargo, desde el punto de vista metodológico, es posible "operacionalizar" el concepto de delincuencia formal. Si reconocemos que en el nivel policial o judicial los registros estadísticos no reflejan la delincuencia real, tendremos que admitir que de ellos no podemos inferir el número exacto de delitos reales. Pero si analizamos sus *variaciones*, durante un lapso determinado, partiendo del supuesto de que estas variaciones son correlativas de variaciones en la delincuencia real, podremos entonces utilizarlos como indicadores de tales variaciones. En otras palabras, conociendo las dimensiones de la punta de un iceberg que sobresale del agua no podemos establecer la dimensión exacta y total del iceberg, pero sí podremos afirmar con toda lógica que si la punta se desplaza en un u otro sentido, el iceberg también lo hace, y en la misma distancia.

Para poder operar de este modo y poder mantener como válido el supuesto de que las variaciones en la delincuencia real acarrear variaciones siempre proporcionales en la delincuencia llegada al estadio judicial, tuvimos que introducir correctivos para lograr la constancia de factores que pudieran alterar esa relación, como modificaciones legales introducidas durante el período estudiado, que nos obligaron a ajustes y compensaciones, como se explicará en el apartado siguiente.

b) La violencia y los delitos violentos

En todo sistema social, la violencia ocurre no sólo entre los ciudadanos o de ellos contra el sistema, sino de éste hacia aquéllos, y no sólo existe la violencia física; también la hay psicológica o de opresión. En este estudio, nos limitaremos a la violencia entendida en su sentido material: se trata de violencia física desplegada por los individuos. Las razones para esta delimitación son varias: en primer lugar, estudiar todos los tipos de violencia excedería las posibilidades materiales y temporales de que disponemos; en segundo lugar, es notoria en la sociedad costarricense de

los últimos años la existencia de un clima de inseguridad y de temor producida por la violencia física y que se denota en todas las transformaciones culturales que ha provocado y hasta en la forma que tienen los ciudadanos de construir sus casas o de pasear por la calle; en tercer lugar, la violencia física está de todas maneras estrechamente vinculada con las otras modalidades, pues la opresión o la intimidación generan tensiones que suelen desembocar en violencia física. Si mantenemos en mente que la violencia es un fenómeno dialéctico, no lo entenderemos como una acción unilateral. Es así que la violencia física implícita en un robo con efracción o en unas lesiones con ocasión de robo, puede responder, al menos parcialmente, a una agravación de la opresión económica o a una expectativa recíproca de violencia entre ladrones y propietarios. Todos ellos reflejarían en el fondo una situación general de tensión social o de conflicto, que es lo que verdaderamente nos interesa detectar por medio de las manifestaciones de violencia física.

Los delitos incluidos en el estudio son los siguientes: Homicidio simple, lesiones, homicidio con ocasión de robo, lesiones con ocasión de robo, privación de libertad (art. 192, inc. 2, C.P. 1970; art. 244, inc. 1 y 3, C.P. 1941), robo con arma, robo en cuadrilla (dos o más personas), robo con resultado de lesiones o muerte (art. 270 C.P. 1941); extorsión, secuestro extorsivo, daño agravado, aborto, delitos sexuales. También se incluyeron el homicidio culposo y las lesiones culposas, con el objeto de efectuar comparaciones en estudios posteriores.

C) El período estudiado

El lapso que comprende esta investigación es el primer quinquenio de los años setenta (1970-1974), pero para poder precisar en una forma más completa las tendencias del período, retrotrajimos la recolección de datos incluyendo la segunda mitad del año 1969. En el otro extremo, el análisis comprende hasta junio de 1975, fecha límite a partir de la cual el sistema judicial y policial sufrió una profunda transformación por la entrada en vigencia de un nuevo Código de Procedimientos Penales que varió sustancialmente el proceso de investigación y acusación y que, por ese motivo, hizo impracticable cualquier comparación entre años del primer quinquenio y del segundo, y que rompió la continuidad de los datos. En todos nuestros cuadros y gráficos estadísticos, los índices totales de delincuencia de los años 1969 y 1975 deben obtenerse por estimación, multiplicando por dos las cifras de esos años, pues éstas corresponden en cada uno de ellos a sólo seis meses.

En el transcurso del período ocurrió una modificación legal importante: a principios de 1971 entró en vigencia un nuevo Código Penal. Para compensar los efectos de este cambio, tuvimos que eliminar del estudio algunos delitos que el anterior Código contemplaba y que no tenían equivalente en el nuevo, o viceversa. Respecto de aquellos delitos en que era posible encontrar una equivalencia, procedimos a efectuarla tras un minucioso estudio técnico-jurídico. Para efectuar la equivalencia, tomamos

⁷ Middendorff, Wolf "Sociología del delito", Revista de Occidente, Madrid, 1961, págs. 51 a 57; Léauté, Jacques, op. cit., 196; Stefani, Levasseur et Jambu-Merlin, op. cit., pág. 56.

en cuenta, principalmente, la conducta incriminada y la clase y extensión de la sanción. Por ejemplo, ese fue el caso entre la privación de libertad del nuevo Código (artículo 192, inc. 2) y la del anterior (artículo 244, incisos 1 y 3), lo mismo que la de algunas formas agravadas de robo. De ese modo, nos aseguramos una perfecta comparabilidad y un tratamiento uniforme de los datos dentro del lapso comprendido en el estudio.

La escogencia del período obedece a varias razones: la primera de ellas es simplemente la de que se trata del primer quinquenio de la última década, lo que nos permitirá luego continuar con el siguiente quinquenio (1975-1979) para completar el estudio de la década. Pero más importante todavía es que es en ese período cuando el modelo industrial y de sustitución de importaciones entra en franca crisis. Las principales causas de la crisis son el resquebrajamiento del mercado común centroamericano tras la virtual separación de Honduras; la guerra entre ese país y El Salvador, en 1967, a partir de la cual el intercambio dentro del área se trastorna (por ejemplo, Honduras impide el tránsito de mercadería salvadoreña por la carretera panamericana hasta Nicaragua y Costa Rica); el aumento de los precios del petróleo y de materias primas a partir de 1973; la peor devaluación monetaria a que se vio obligado el Gobierno en mucho tiempo y que culminó en 1974 con un tipo de cambio respecto del dólar estadounidense alrededor de un tercio más bajo que el vigente hasta 1972. Por estas razones, el quinquenio 1970-1974 ofrece condiciones "de laboratorio" para un estudio dinámico del tema.

D) *Las técnicas de recolección de datos*

Aparte de los indicadores macroeconómicos, que no son de primera mano y que provienen de instituciones públicas, los datos relativos a la delincuencia violenta requirieron un laborioso esfuerzo de parte de los asistentes que integraron el equipo de investigación. Hasta 1974 Costa Rica no contaba con estadísticas judiciales, y aun después de esa fecha las que se hacen no incluyen la cuantificación de variables que necesitábamos para nuestro estudio, como el nivel de ingresos de las personas acusadas, o su origen geográfico. Por tales razones, debimos proceder a elaborar nuestros propios registros, a partir de fórmulas especialmente diseñadas para esta investigación.⁸ Además, resolvimos restringirnos al área metropolitana de la ciudad de San José, por ser la única verdadera ciudad del país, con más de medio millón de habitantes, mientras ninguna de las otras llega a los cincuenta mil; pero una vez impuesto ese límite, optamos por no muestrear, sino por incluir la totalidad del universo de los delitos violentos llegados a conocimiento de los tribunales de San José. El estudio comprendió el examen individual y minucioso de más de cuatro mil expedientes judiciales, labor en la que se tardó dos años, y de la que se podrá en el futuro continuar extrayendo datos.

⁸ Ver anexo N° 3.

Análisis

La hipótesis básica de esta investigación postula un posible incremento de la delincuencia violenta durante el primer quinquenio de los años sesenta. Los datos recabados sobre la cantidad de delitos violentos y sus tasas de crecimiento, en comparación con el crecimiento de la población, confirman un incremento relativo mayor de la delincuencia. De la comparación de los gráficos 4 y 5 se notan incrementos absolutos pronunciados de la delincuencia violenta en comparación con las estimaciones del crecimiento de la población.

Por otra parte, más determinante es aún la comparación de los gráficos 6 y 7, en los que se observan claramente tasas de crecimiento marcadamente mayores en la delincuencia. Obsérvese que mientras la tasa de crecimiento de la población entre 1970 y 1974 oscila entre 3.1 y 2.1, la tasa de crecimiento anual de los delitos alcanza niveles de 27.55 en 1970; 9.98 en 1971; 17.99 en 1972 y 8.38 en 1974. Es esta elemental comprobación de un incremento de la delincuencia desproporcionado el aumento de la población lo que da relevancia al examen de las siguientes hipótesis, mediante las cuales se buscan explicaciones de este incremento.

La segunda hipótesis de este trabajo postula la existencia de una correlación positiva entre la industrialización del país y la concentración de la población de origen rural en ciertas zonas del área metropolitana de San José. La industrialización supone, en los términos en que la definimos, una creciente participación de la industria en el producto interno bruto, comparada con la de los otros sectores, especialmente con la de la agricultura. En otras palabras, partimos de la idea de que el incremento de la participación de la industria es correlativo de la disminución de la participación de la agricultura. Esto lo confirma y lo ilustra el gráfico N° 1. Ese fenómeno pensamos que genera un desplazamiento de la oferta de mano de obra del campo a la ciudad, y siguiendo una opinión bastante arraigada entre los estudiosos de la sociología rural-urbana en los países subdesarrollados, al formular la hipótesis consideramos que el desplazamiento debía ser específico; es decir, que los inmigrantes rural-urbanos se dirigirían y se alojarían preferentemente en ciertas zonas del área metropolitana, y no se repartirían uniformemente. Dando forma a los focos o anillos de miseria, compuestos de mano de obra no calificada, esos grupos inmigrantes constituirían una fuente de reclutamiento de la población delictiva urbana. La pérdida de importancia relativa de la agricultura, y la modernización que al mismo tiempo ha experimentado con el uso de maquinarias y técnicas nuevas, es seguro que han contribuido a desplazar mano de obra hacia la ciudad, pero en el caso de Costa Rica, la hipótesis corriente no encuentra verificación aquí: en realidad no hay diferencias significativas en la proporción de inmigrantes rurales que componen la población de los distintos cantones del área metropolitana.⁹

⁹ Costa Rica se divide en siete provincias, las provincias en cantones, y éstos en distritos. El cantón es una unidad geográfico-político-administrativa bajo la conducción de un gobierno local: la municipalidad. El área metropolitana de San José la componen el cantón central y algunos cantones circunvecinos.

según se desprende del cuadro 3, con excepción de casos extremos como el cantón central de San José (48.74%), Coronado (30.20%) y Moravia (27.61%). En todo caso, los cantones que aportan el mayor porcentaje de delincuentes en el área metropolitana (Desamparados, Goicoechea y Tibás; cuadro 4) son simplemente los más populosos (cuadro 5) y no contienen una proporción mayor de inmigrantes rurales que otros cantones de menor índice delictivo.

A pesar del falseamiento de la hipótesis segunda, insistimos en otra forma de análisis, dinámico esta vez, y que se resume en la hipótesis tercera: la tasa de crecimiento de la delincuencia violenta en el área metropolitana podría tener una correlación positiva mayor con el aumento de delincuentes violentos de origen rural que con el aumento de delincuentes violentos de origen urbano. Dicho de otro modo, la tasa total de aumento de la delincuencia podría estarse alimentando principalmente de un incremento continuado de la proporción de delincuentes de origen rural, con respecto a los delincuentes de origen urbano. El análisis de esta hipótesis dio el siguiente resultado: aunque los delincuentes de origen rural y los de origen urbano aumentaron en números absolutos, los coeficientes de correlación lineal son inversos: el coeficiente de correlación lineal entre la tasa de crecimiento de los delitos y la tasa de crecimiento de los delincuentes urbanos es de 0.86, mientras el coeficiente entre la tasa de crecimiento de los delitos y la tasa de crecimiento de los delincuentes de origen rural es negativa: -0.52 . Este importante resultado indica que la creencia de que el aumento de la delincuencia urbana es achacable mayormente a las inmigraciones rural-urbanas es errónea; al aumento de la delincuencia violenta en el área metropolitana de San José de Costa Rica contribuyen más directamente los delincuentes nacidos en la propia área (véase además gráfico 8).

En resumen, los resultados del análisis de las hipótesis segunda y tercera revelan que no hay una vinculación estructural entre las migraciones rural-urbanas y el aumento de la delincuencia violenta. De existir algún ligamen entre la industrialización y el aumento de la delincuencia, éste no pasa a través de las migraciones.

En la cuarta hipótesis se integra al marco teórico un elemento más: el incremento de los precios de los hidrocarburos a partir de finales de 1973. La importancia que atribuimos a este elemento se debió a su supuesto efecto acelerador de la inflación interna del país, no sólo por el incremento de los costos locales e internacionales de transporte, sino porque las importaciones de productos industriales en general aumentaron de valor, y supusimos que este aumento había repercutido internamente, y de manera inmediata, en especial sobre la capacidad adquisitiva de las capas más pobres de la población. Como los imputados que comparecen ante los tribunales son casi exclusivamente de los niveles de ingreso más bajos,¹⁰

¹⁰ Los datos recabados en esta investigación demuestran que entre un 85 y un 91 por ciento de las personas acusadas tenían ingresos declarados inferiores a ₡ 600.00 (\$ 69,76 U.S.A.) mensuales.

era dable pensar que la supuesta inflación generada por los precios de los hidrocarburos haría que la tasa de la delincuencia violenta, a la que contribuyen algunos delitos de connotación patrimonial como el robo, y el homicidio y las lesiones con ocasión de robo,¹¹ aumentase. Para nuestra sorpresa, aunque en números absolutos y en términos relativos la delincuencia continuó aumentando respecto al año base 1969, la tasa de crecimiento se desaceleró con posterioridad al incremento de los precios de los hidrocarburos, decayendo marcadamente entre 1974 y 1975. Es éste un hecho anómalo respecto del marco teórico de nuestra investigación, pero es un hecho ciertamente demostrado por los datos empíricos. A continuación esbozaremos algunas posibles explicaciones provisionales y aproximativas:

a) *Disminución de la tasa de crecimiento de la población.* Como resultado de los mecanismos de control de la natalidad impulsados por entes estatales y privados, la tasa de crecimiento de la población experimentó una disminución entre 1972 y 1974 (gráfico N° 6). Existiría la posibilidad de que los efectos inflacionarios del incremento de los precios del petróleo, sobre todo en lo que se refiere a posibilidades y nivel de vida de los estratos sociales más bajos —los más vinculados con la delincuencia formal— se hayan visto compensados por una mejora relativa al disminuir el tamaño de la familia. Sin embargo, otros indicadores empíricos hacen dudosa tal explicación, pues de acuerdo con estadísticas penitenciarias recientes, por lo menos en lo que respecta a los imputados bajo prisión preventiva y a los sentenciados a penas de prisión firme, la gran mayoría de los sujetos son solteros, aunque alrededor de la mitad tiene hijos.¹²

b) *Incremento de salarios mínimos.* Para compensar el incremento de los precios del petróleo y sus efectos inflacionarios, y también para compensar los efectos de la devaluación monetaria del mes de abril de 1974, el gobierno resolvió aumentar los salarios mínimos en una proporción de hasta treinta por ciento para los niveles más bajos. Podría pensarse entonces que dicho aumento reforzó la capacidad de consumo de los estratos bajos y permitió un descenso en la tasa delictiva, pero tampoco parece plausible esta explicación si se toma en cuenta que sólo la devaluación monetaria fue del orden de treinta por ciento aproximadamente; es decir, que los ingresos reales de la población sufrieron una merma efectiva mayor.

c) *Cambio de Gobierno en mayo de 1974.* Por primera vez en más de veinticinco años, la alternabilidad en el poder de los partidos políticos se rompió cuando en mayo de 1974 un equipo de Gobierno del Partido

¹¹ El robo por sí solo representa alrededor de un tercio del total de delitos violentos. Cfr. cuadro N° 6.

¹² Ministerio de Justicia, Censos de población penal de 1978 y 1979, Dirección General de Adaptación Social, San José.

Liberación Nacional sucedió a otro grupo del mismo partido, como resultado de las elecciones de febrero de ese mismo año. Sin embargo, ciertos fenómenos propios de la alternabilidad se dieron a pesar de todo, y uno de esos fenómenos fue la sustitución masiva de las personas que ocupaban puestos de confianza. En esa clase, se hallaban los puestos policiales, tanto de investigación criminal como de policía civil. Es muy posible que al sustituirse una dotación policial que ya tenía cuatro años de experiencia, por una nueva compuesta mayormente de inexpertos, la eficiencia de la policía se haya reducido sustancialmente, y que esta baja de la eficiencia se haya reflejado en las estadísticas del nivel judicial, vale decir, en el número de casos llegados a conocimiento de los tribunales. En otros términos, existe la posibilidad de que la tasa de crecimiento de la delincuencia según nuestros propios registros estadísticos no corresponda totalmente a una baja de la tasa de crecimiento de la delincuencia real. Pensamos que esto podría explicar en parte el fenómeno, pero no estamos en condiciones de cuantificarlo. Es uno de los misterios de la cifra negra.

d) *Variables de tipo económico.* Una ola inflacionaria puede haber sido neutralizada en sus efectos criminógenos, por un incremento simultáneo de la tasa de crecimiento económico y por una reducción concomitante de la tasa de desempleo. Sin embargo, los datos del cuadro N° 7 revelan una caída de la tasa de crecimiento económico, que pasó de 7.7% en 1973, a 5.5 en 1974, para llegar a su nivel más bajo de 2.1 en 1975. Pero en cuanto a la tasa de desempleo, una encuesta reciente muestra una disminución entre mayo de 1973 y julio de 1976, de 7.3% a 6.2% (cuadro 8). A falta de datos más continuos, debemos suponer que esa disminución fue constante en el interin (1974-1975), y podemos por consiguiente atribuir parcialmente la disminución en la tasa delictiva después de 1974 a una mejora en el nivel del empleo.

En síntesis, lo único que hasta el momento podría explicar el fenómeno, aunque no estemos en condiciones de poder medir la variable, es la baja en la eficiencia de la policía como resultado del cambio de personal que siguió al cambio de gobierno de 1974, sumado a una ligera baja de la tasa de desempleo. Pero veremos luego que el análisis de la hipótesis sexta arroja nuevos elementos de juicio. Por lo que respecta a la quinta hipótesis, en la que se pretende vincular la devaluación monetaria oficial intervenida en abril de 1974 (por lo que el dólar subió de 6.65 a 8.57 colones), con la aceleración de la tasa de delincuencia violenta, los datos la contradicen completamente. La devaluación del Colón coincidió con la desaceleración profunda de la tasa de crecimiento de la delincuencia violenta. Más aún: la delincuencia violenta disminuyó en números absolutos; es decir, que la tasa de crecimiento fue negativa después de la devaluación. Consideramos que el análisis de la hipótesis anterior es totalmente aplicable a ésta, en cuanto a las posibles explicaciones de esta aparente contradicción.

Pero quizás la clave esté en que ni el aumento de los precios del petróleo, ni la devaluación monetaria oficial tuvieron el efecto inflacio-

nario inmediato que les atribuimos. Efectivamente, los aumentos de los precios del petróleo por parte de la O.P.E.P. sólo repercutieron internamente a partir de 1975, en que los precios de la gasolina subieron sustancialmente para el consumidor costarricense en aproximadamente un 300%. Por otra parte, si bien el aumento de los precios del petróleo y la devaluación oficial de la moneda no anduvieron parejos con la tasa de crecimiento de la delincuencia, sí hay una concordancia entre el más directo indicador de la inflación, el índice de precios, y la tasa delictiva. Es así como, de acuerdo con el gráfico 9, la tasa de crecimiento del índice de precios implícito en el producto interno bruto aumentó constantemente desde 1971 hasta 1974, para desacelerarse después. Ello coincide con la evolución del número de delitos violentos, aunque éstos no sólo crecieron más lentamente, sino que disminuyeron a partir de 1974.

Despojados entonces, el aumento de los precios del petróleo y la devaluación monetaria del supuesto efecto inflacionario inmediato que originalmente pensamos que tenían, no resulta ninguna contradicción en el hecho de encontrar que las hipótesis cuarta y quinta no pudieran confirmarse, mientras la sexta sí se confirma: la tasa de crecimiento de la inflación, medida según el índice de precios, disminuyó en 1974, a pesar del aumento del costo del petróleo y a pesar de la devaluación. En resumen, la desaceleración de la inflación, la baja de la eficiencia de la policía y la disminución de la tasa de desempleo, podrían explicar conjuntamente la reducción en los niveles de delincuencia desde 1974, encontrada en nuestros registros estadísticos.

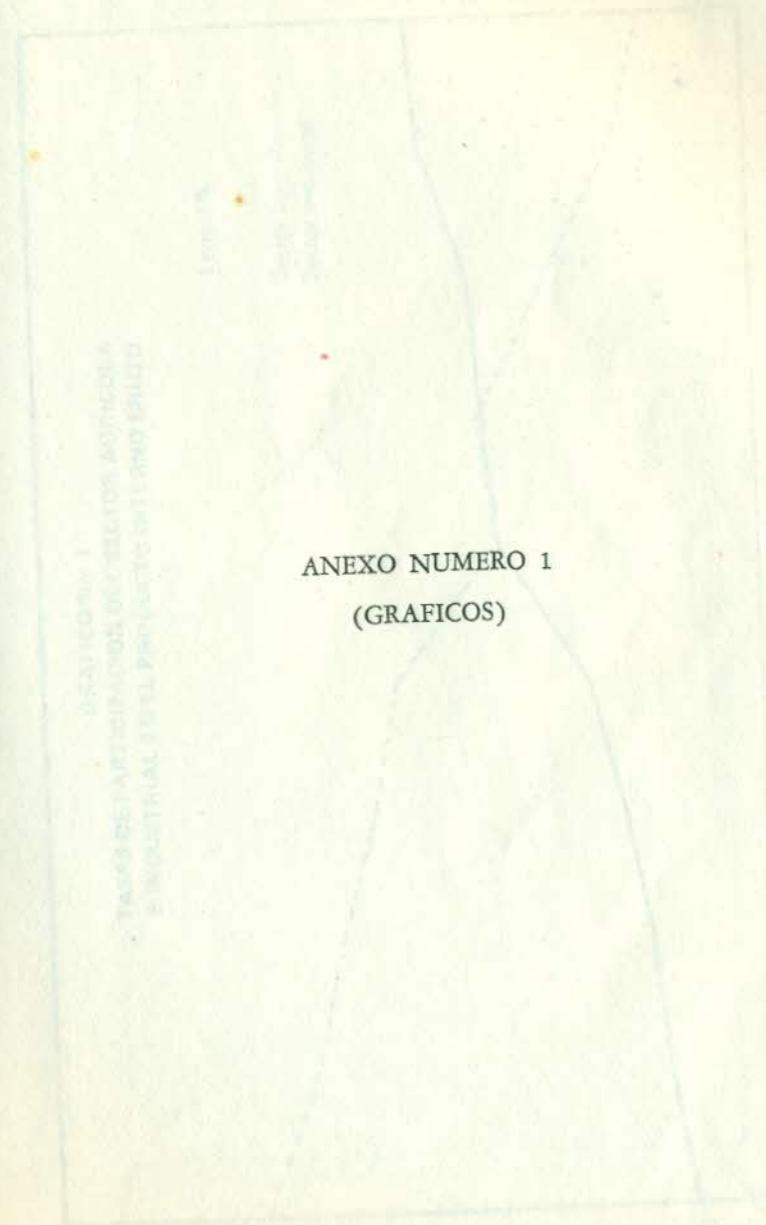
Conclusión

El anterior análisis, por muy sucinto que sea, permite extraer algunas conclusiones generales. En primer lugar, se desprende de él, que al entrar el modelo de desarrollo seguido por Costa Rica en una franca crisis, se da al mismo tiempo un incremento considerable de la delincuencia violenta. Con excepción del año 1973, los demás años del período en estudio arrojan tasas de crecimiento de la delincuencia muy elevadas. Hay incuestionablemente una vinculación estructural entre los procesos económico-sociales y la delincuencia. La marcada disminución de la tasa de crecimiento de la delincuencia después de 1974 no hace más que confirmar esta vinculación, pues ya hemos notado que está correlacionada con el sistema político-electoral y con procesos económicos importantes como la inflación y el empleo. Todo esto pone de manifiesto la enorme responsabilidad histórica de los sectores políticos dominantes, pues demuestra que toda política económica es susceptible de alterar, como una consecuencia colateral, el estado y los niveles de la delincuencia en el país. Esto no es más que un agregado a la advertencia ya común de que el desarrollo es mucho más que el crecimiento económico: hay maneras de promover el crecimiento económico que pueden deteriorar la sociedad, al generar pre-

siones enormes sobre las capas más sensibles de la población, presiones que se reflejan en el movimiento de la criminalidad. Este movimiento de la criminalidad suele ser un síntoma de la agravación de las desigualdades e injusticias internas del sistema.

Específicamente en lo que se refiere a la industrialización, en general puede decirse que juega un importante papel en la inducción de variaciones de los niveles de delincuencia, a través de la función que se le ha asignado como eje del crecimiento económico, pero no debe tampoco exagerarse su importancia. Otros componentes de la realidad social también están en juego, y la industrialización no determina ella sola y fatalmente los cambios. Los datos de este estudio ilustran esa afirmación: entre 1974 y 1975 la tasa de crecimiento del sector industrial decayó aparatosamente de 12.7 a 3.2 por ciento y, sin embargo, la delincuencia también decayó gracias a la operación de otras variables. Ello significa que los desafíos que plantea la industrialización son neutralizables, pero eso depende de una conducción política inteligente, capaz y responsable, cualidades que son más bien raras entre los sectores gobernantes de nuestros países.

El manejo de las hipótesis de este trabajo nos condujeron a lo que consideramos un hallazgo: la demostración de que es infundada la creencia que atribuye a las inmigraciones de campesinos a las ciudades una parte considerable del aumento de la delincuencia. Quizás gracias a su formación en una cultura tradicional, según la terminología de Töennis, el campesino, con esta formación que lleva consigo, se inhibe de involucrarse más que el urbano en el problema delictivo. En todo caso, cualquiera que sea la explicación, lo importante es la conclusión básica que destierra una creencia.

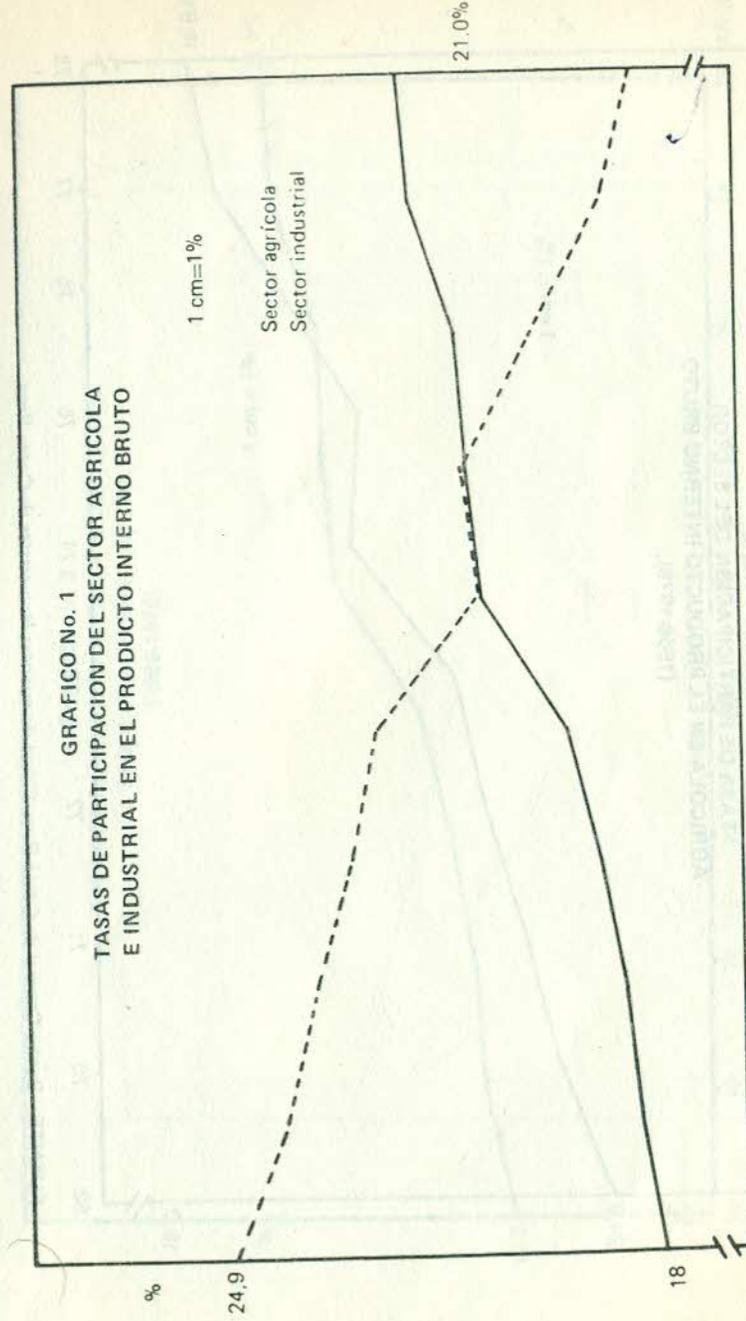


ANEXO NUMERO 1
(GRAFICOS)

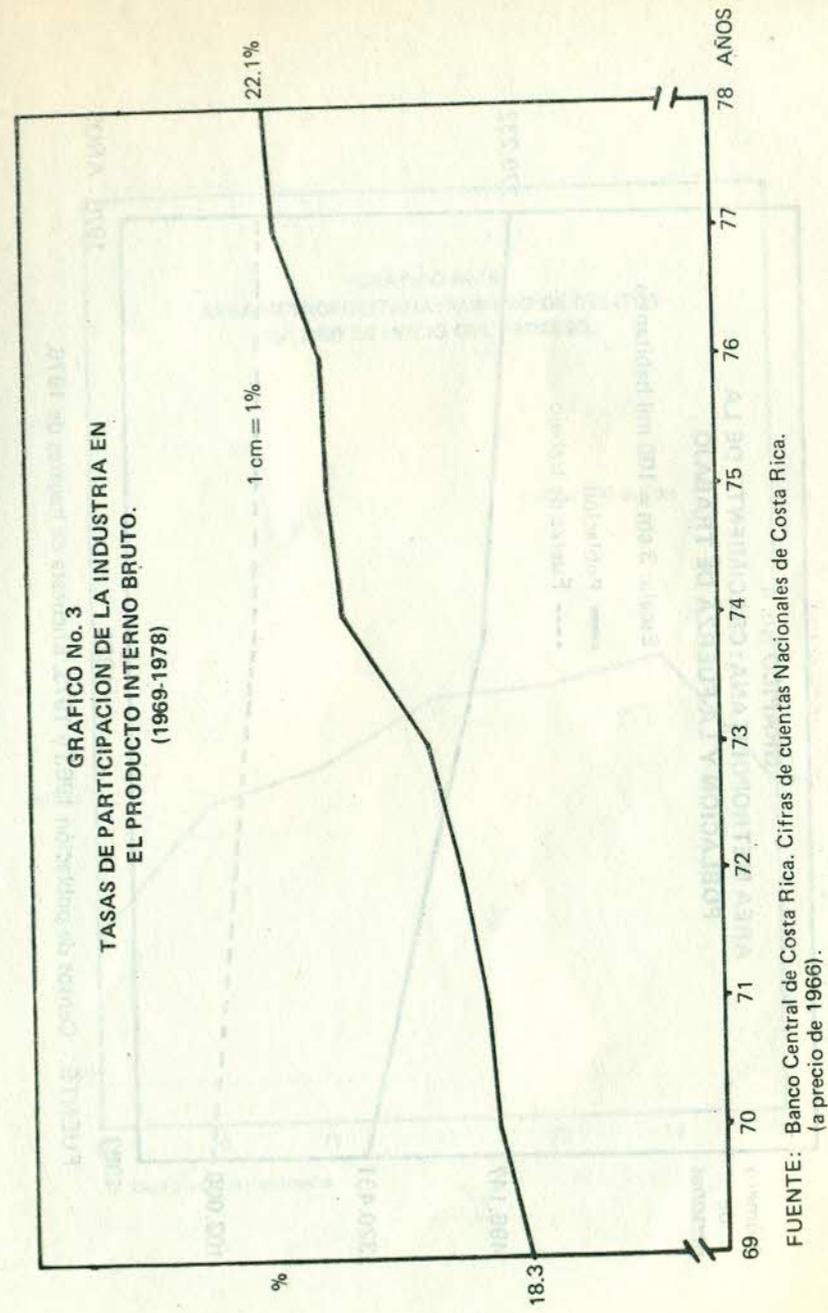
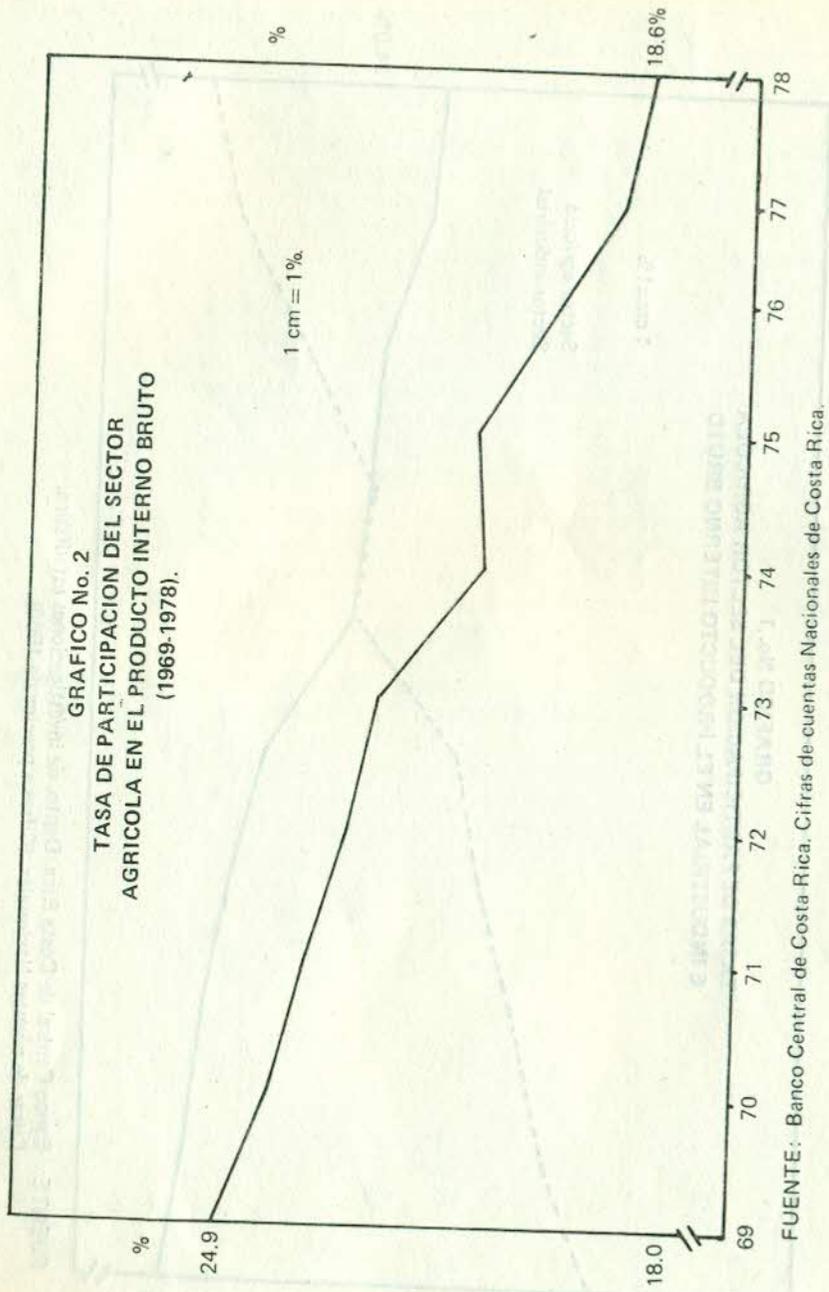
GRAFICO N.º 1
TASA DE PARTICIPACION DE SECTORES AGRICOLA
E INDUSTRIAL EN EL PRODUCTO INTERNO BRUTO

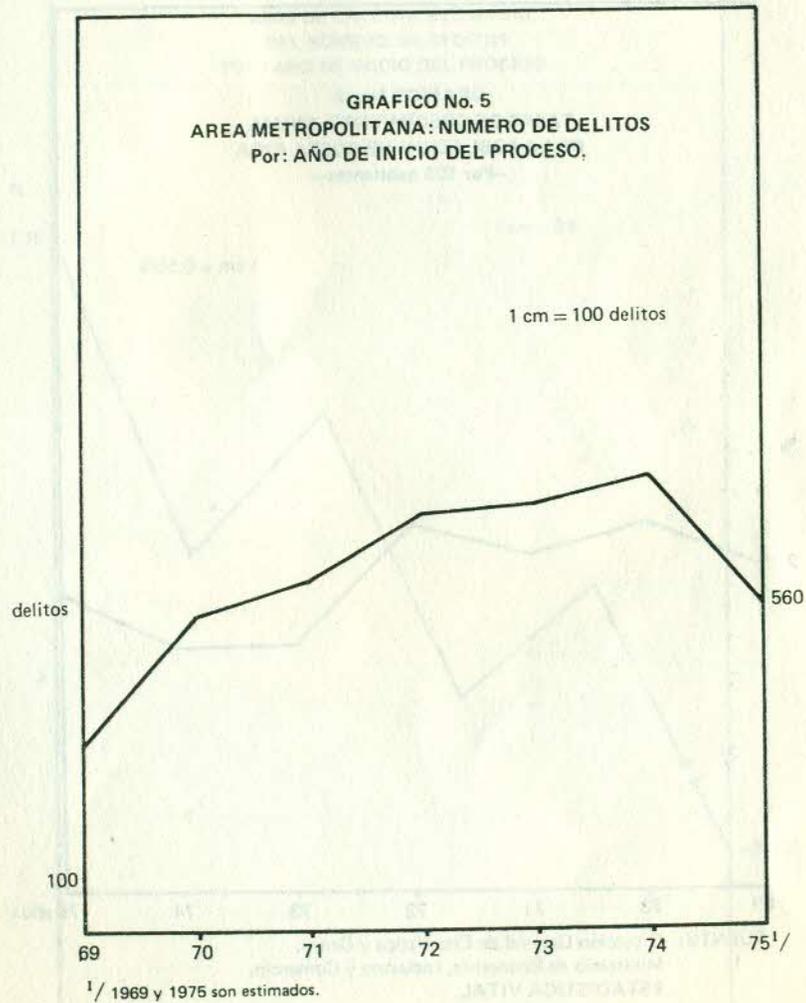
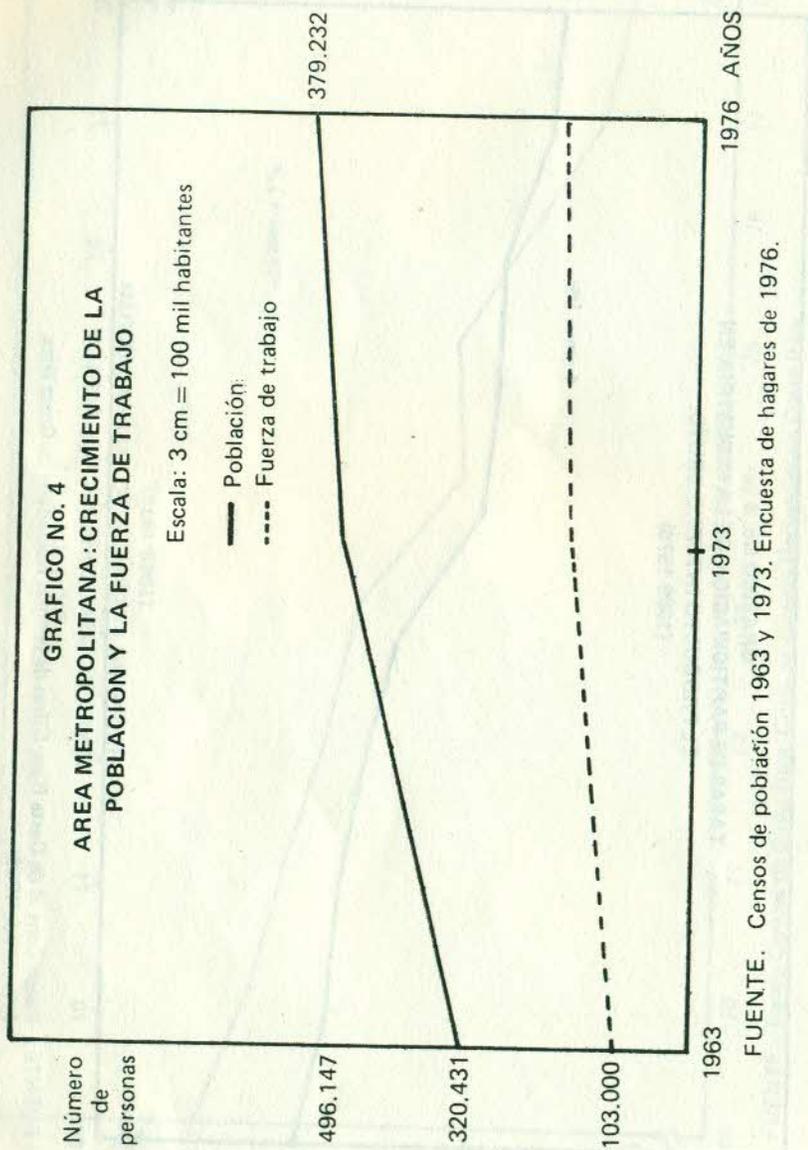
Elaborado por el autor a partir de los datos de la Encuesta de Delincuencia y Victimización, 1974-1975.

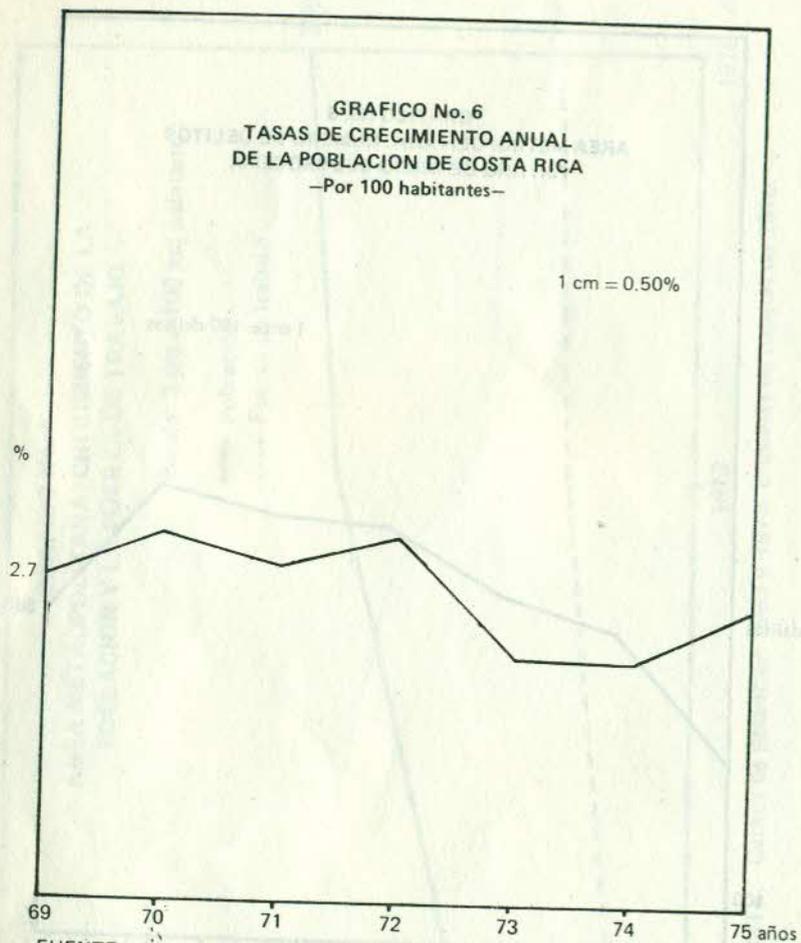
GRAFICO No. 1
 TASAS DE PARTICIPACION DEL SECTOR AGRICOLA
 E INDUSTRIAL EN EL PRODUCTO INTERNO BRUTO



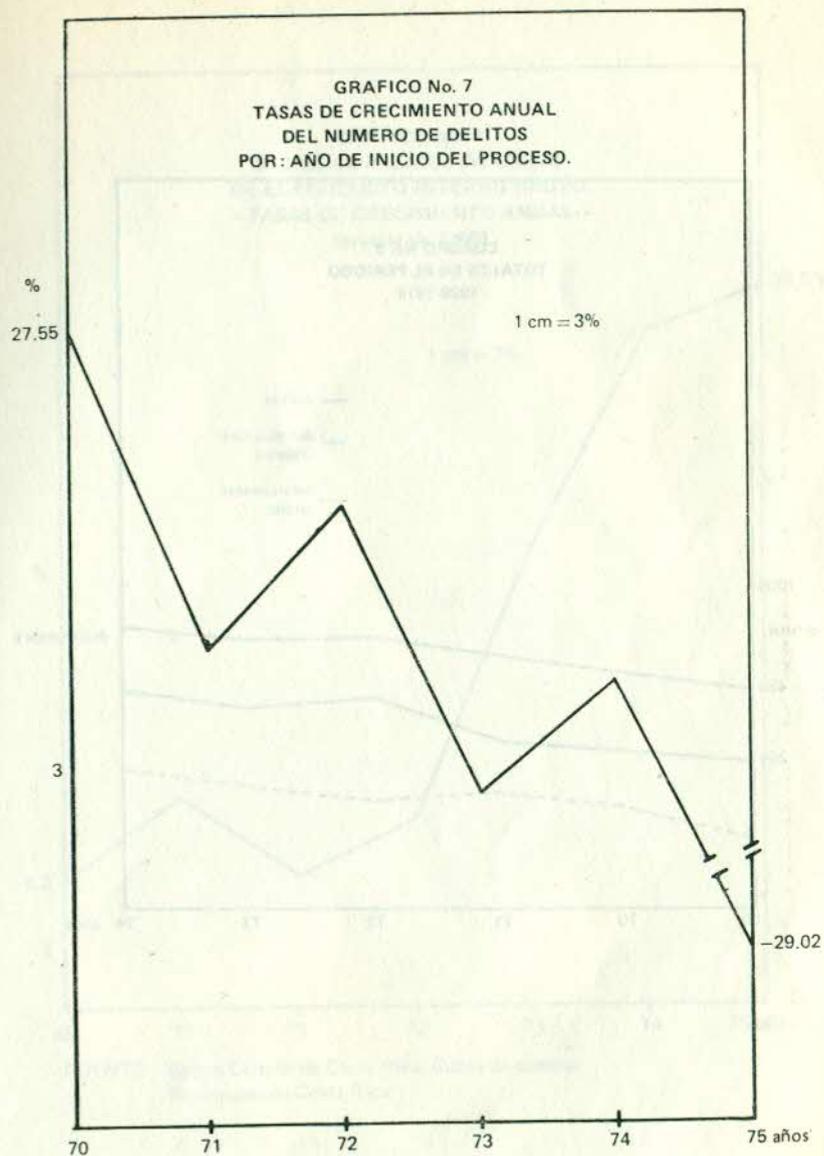
FUENTE: Banco Central de Costa Rica. Depto. de investigaciones estadística.
 Cifras de cuentas Nacionales. (Cifras a precios de 1966).







FUENTE: Dirección General de Estadística y Censo.
 Ministerio de Economía, Industria y Comercio.
 ESTADISTICA VITAL



CUADRO No. 8
 TOTALES EN EL PERIODO
 1969-1974

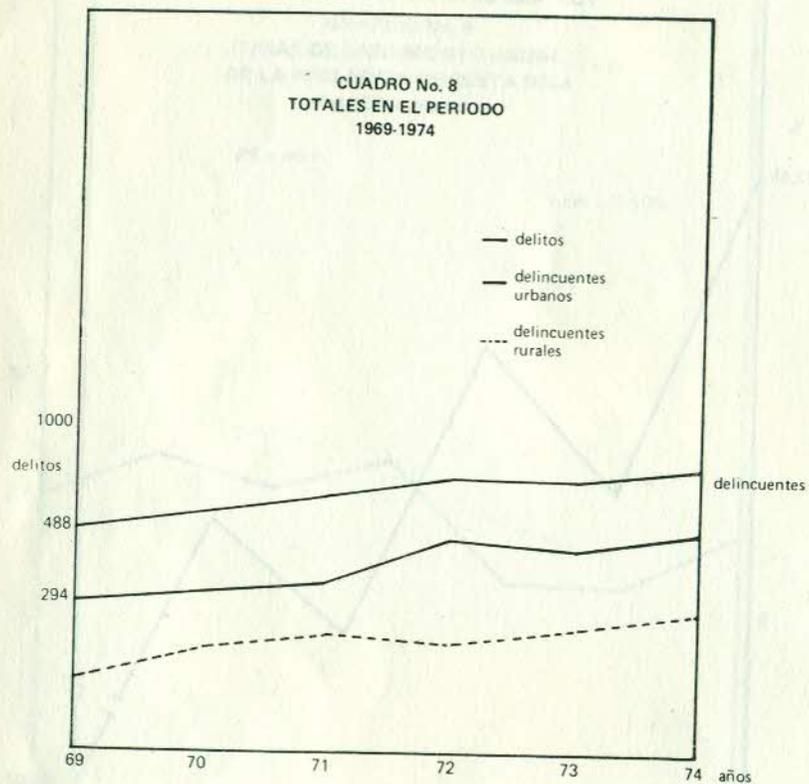
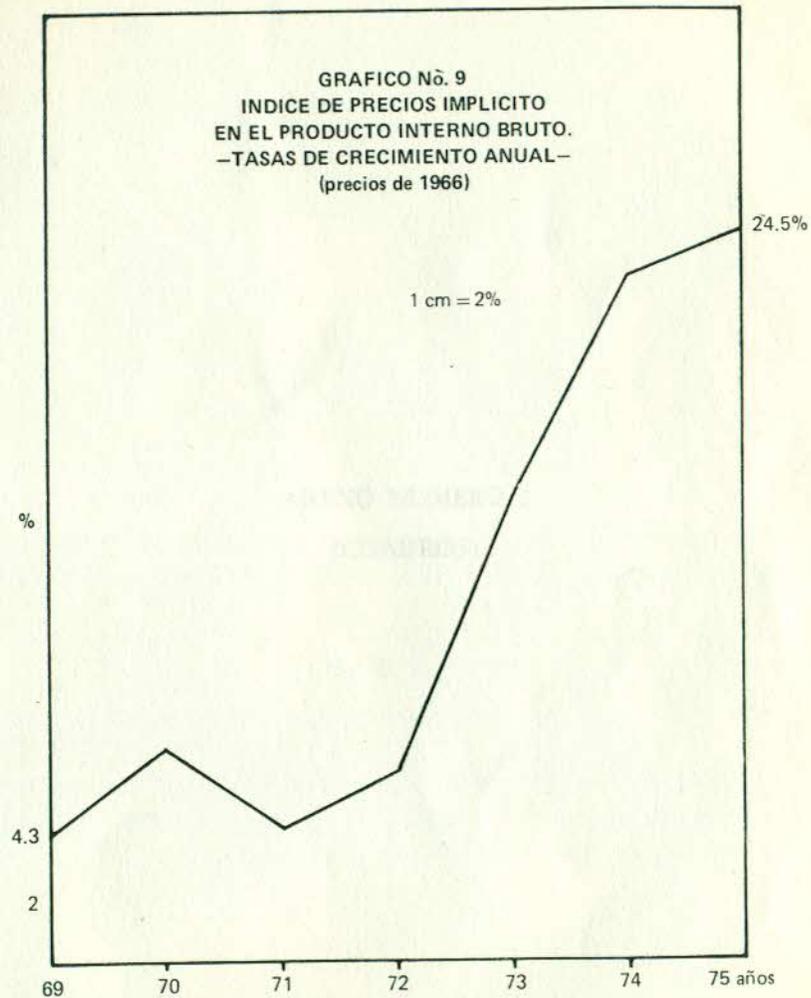
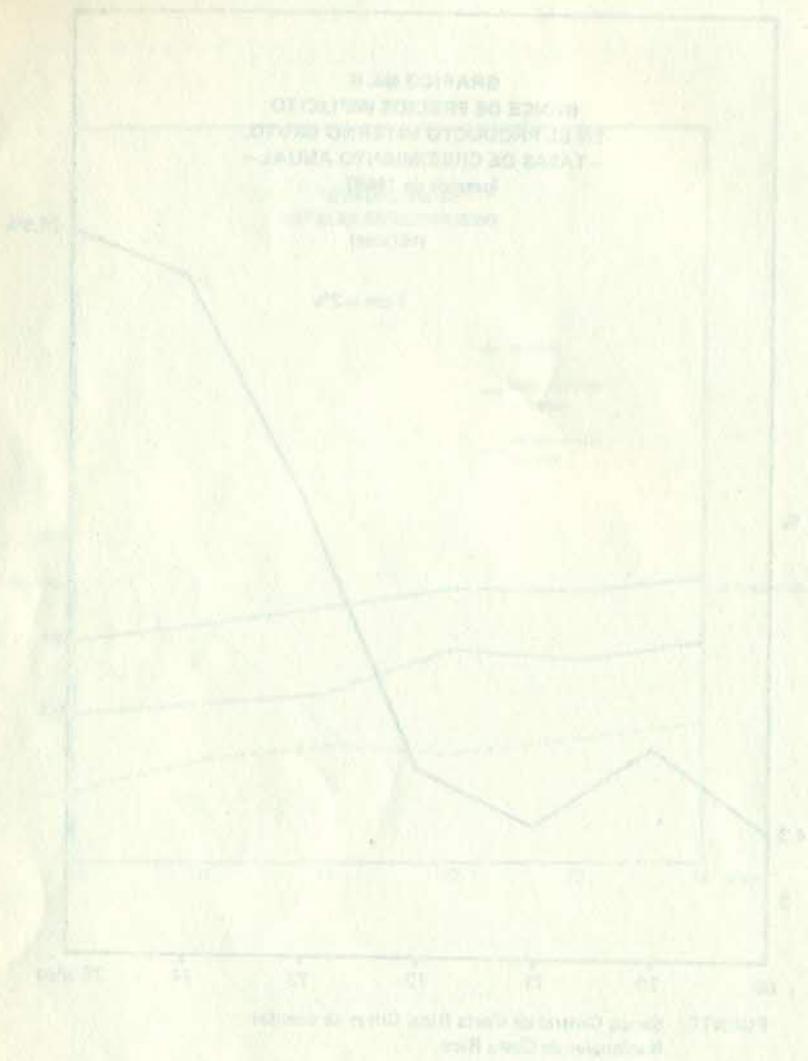


GRAFICO No. 9
 INDICE DE PRECIOS IMPLICITO
 EN EL PRODUCTO INTERNO BRUTO.
 -TASAS DE CRECIMIENTO ANUAL-
 (precios de 1966)



FUENTE: Banco Central de Costa Rica. Cifras de cuentas Nacionales de Costa Rica.



ANEXO NUMERO 2
(CUADROS)

BRANCO Nº 2
 OFICINA DE ESTADÍSTICA
 DE LA PRODUCTORA Y EXPORTADORA
 DE CEMENTO GUATEMALA S.A.
 GUATEMALA, 1978
 ESTADÍSTICA DE CEMENTO

Año	Producción	Exportación
1970	12,85	12,8
1971	10,1	10,1
1972	10,1	10,1
1973	10,1	10,1
1974	10,1	10,1
1975	10,1	10,1
1976	10,1	10,1
1977	10,1	10,1
1978	10,1	10,1

BRANCO Nº 3
 OFICINA DE ESTADÍSTICA
 DE LA PRODUCTORA Y EXPORTADORA
 DE CEMENTO GUATEMALA S.A.
 GUATEMALA, 1978
 ESTADÍSTICA DE CEMENTO

Total de Cemento vendido y en proceso de venta
 por cada trimestre del mes

Año	Total	Valor de producción
1970	11,45	11,4
1971	10,1	10,1
1972	10,1	10,1
1973	10,1	10,1
1974	10,1	10,1
1975	10,1	10,1
1976	10,1	10,1
1977	10,1	10,1
1978	10,1	10,1

CUADRO N° 1

Costa Rica: Tasa de participación del sector industrial y agrícola en el producto interno bruto (PIB) (1969-1978)

<i>Año</i>	<i>S. Industrial</i>	<i>S. Agrícola</i>
1969	18.3%	24.9
1970	18.6	24.1%
1971	18.8	23.6
1972	19.2	23.0
1973	19.7	22.6
1974	21.0	21.0
1975	21.2	21.2
1976	21.3	20.2
1977	22.0	19.0
1978	22.1	18.6

Fuente: Banco Central de Costa Rica. Cifras de cuentas nacionales de Costa Rica. Serie 19-19.

CUADRO N° 2

Total de Delitos anual y tasa de crecimiento
Por: Año de inicio del proceso

<i>Año</i>	<i>Total</i>	<i>Tasa de crecimiento</i>
1969	432	
1970	551	27.55%
1971	606	9.98
1972	715	17.99
1973	728	1.82
1974	789	8.38
1975	560	29.02

CUADRO N° 3

Area Metropolitana: Total de emigrantes de diferentes zonas del país y del exterior durante 1963-1973

Por: Cantón de residencia en 1973

Según: Area de procedencia

Cantón	Total	Urbana	Rural	% Rural	% Rural ^{1/}
San José	31.391	16.091	15.300	48.74	35.98
Escazú	4.239	2.369	1.870	44.11	4.40
Desamparados	17.863	9.574	8.289	46.40	19.49
Aserrí	415	217	198	47.71	0.47
Goicoechea	10.431	6.116	4.315	41.37	10.15
Alajuelita	6.694	3.754	2.940	43.92	6.91
Coronado	1.818	1.269	549	30.20	1.29
Tibás	9.046	5.579	3.467	38.33	8.15
Moravia	3.911	2.831	1.080	27.61	2.54
Montes de Oca	8.477	5.414	3.063	36.13	7.20
Curridabat	3.734	2.277	1.457	39.02	3.43
Area Metropolitana	98.019	55.491	42.528	43.39	100.00%

1/ % de emigrantes rurales al total.

Fuente: Censo de 1973.

CUADRO N° 4

Costa Rica: Total de delitos cometidos, según cantón de domicilio del imputado.

(Area Metropolitana)

Cantón	Total	Porcentaje %
San José	1978	55.19%
Escazú	95	2,65
Desamparados	301	8.40
Puriscal	74	2.06
Tarrazú	19	.53
Aserrí	62	1.73
Mora	24	.67
Goicoechea	274	7.65
Santa Ana	47	1.31
Alajuelita	145	4.05
Vázquez Coronado	39	1.09
Acosta	62	1.73
Tibás	207	5.78
Moravia	46	1.28
Montes de Oca	139	3.88
Turrubares	13	.36
Dota	2	0.6
Curridabat	44	1.23
P. Zeledón	7	.20
L. Cortés	6	.17
Total	3584	100 %

CUADRO N° 5

Costa Rica: Población total de área metropolitana
Por: Cantones.

Cantón	Población total	Porcentaje
Area Metropolitana	469.147	100.00%
Cantón Central	215.441	43.42
Escazú	25.026	5.04
Desamparados	60.688	12.23
Aserrí	1.401	0.28
Goicoechea	60.376	12.17
Alajuelita	23.013	4.64
Coronado	9.824	1.98
Tibás	35.602	7.18
Moravia	15.552	3.13
Montes de Oca	33.633	6.78
Curridabat	15.591	3.14

Fuentes: Dirección General de Estadísticas y Censos. Censos nacionales de 1973. Población. Tomo 1. Area Metropolitana.

CUADRO N° 6

Area Metropolitana: Total de delitos
Según: Tipo de delito^{1/}
Por: Año.

Año	Total	Otro	Robo	% de robo
1969	243	180	63	25.93%
1970	528	330	198	36.80
1971	602	388	214	35.55
1972	714	539	175	24.51
1973	699	487	212	30.33
1974	779	523	256	32.86

1/ Otros delitos:

- Homicidio
- Lesiones
- Lesiones con extorsión
- Homicidio culposo
- Aborto
- Delitos sexuales

CUADRO N° 7

Costa Rica: Tasa de crecimiento real anual del producto interno bruto,
del sector agrícola e industrial (1968-1978)

Año	PIB	S. Industrial	S. Agrícola
1968	8.5%	9.0%	14.1%
1969	5.5	10.4	6.6
1970	7.5	4.1	9.4
1971	6.8	4.6	8.1
1972	8.2	5.4	10.5
1973	7.7	5.6	10.2
1974	5.5	1.7	12.7
1975	2.1	3.0	3.2
1976	5.5	0.5	5.8
1977	8.9	2.2	12.7
1978	5.7	3.7	6.0

Fuente: Banco Central de Costa Rica. Cifras de cuentas nacionales de Costa Rica. Serie 19-57 - 1978.

CUADRO Nº 8

Costa Rica: Población total
Según: Condición de actividad
Por: Fechas.

Fecha	Población total	Fuerza de trabajo		P. inactiva total	Tasa de desempleo
		Total	Ocupados		
Julio 1976	1.871.780	585.313	542.332	1.286.467	7.5%
Noviembre 1976	2.018.493	657.709	616.788	1.360.784	6.8
Marzo 1977	2.032.775	700.470	680.758	1.332.305	2.8
Julio 1977	2.048.087	666.682	631.977	1.381.405	5.2
Noviembre 1977	2.065.576	684.698	653.265	1.380.878	4.6
Marzo 1978	2.081.877	741.474	709.153	1.340.403	4.4
Julio 1978	2.098.345	701.422	667.697	1.396.923	4.8
Noviembre 1978	2.115.041	719.710	687.044	1.395.331	4.5
Marzo 1979	2.132.021	791.631	756.547	1.341.390	4.8
Julio 1979	2.148.858	719.014	686.901	1.429.844	4.5
Mayo 1973	2.165.921	743.386	707.135	1.422.535	4.9

Fuente: Dirección General de Planificación del Trabajo y el Empleo, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Resultados principales. Encuesta nacional de hogares, Empleo y Desempleos, julio 1979.

EL ACTO ADMINISTRATIVO

Apreciaciones Generales

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Instituto de Investigaciones Jurídicas
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

SUMARIO: Resumen; 1. Preliminar; 2. Definición; 3. Enfoques sobre el acto administrativo; 4. Caracteres; 5. Elementos: subjetivos, objetivos y formales; 6. Clasificación; 7. Nulidades; 8. Bibliografía de referencia.

Resumen

Este breve trabajo introductorio al tema estratégico del acto administrativo, tratará de dar una simple idea acerca de varios aspectos del citado acto, como son: concepto, enfoque para su debida comprensión, sus notas características, elementos integrantes básicos y su clasificación; con la indicación de la bibliografía utilizada en la confección de este sencillo escrito.

Debido, en parte, al fuerte proceso inflacionario, que padece el país, se hace prioritariamente necesario proporcionar a los estudiantes de derecho el material didáctico elemental que necesita para el desarrollo de las materias que componen el *curriculum* de esta carrera universitaria. El precio de los libros y revistas jurídicas se torna, prácticamente, no adquisible por los educandos, de ahí el esfuerzo que la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, está haciendo —desde varios frentes— para solucionar el problema del material didáctico, entre ellos —cabe citar— la consolidación de un programa editorial, que ya ha publicado varias obras de profesores de este centro docente.

Deseamos contribuir, con este artesanal artículo, a ese esfuerzo didáctico.

1. Preliminar

El concepto de acto administrativo nace con la Revolución Francesa (1789). Antes de este acontecimiento de relieve histórico, se hablaba de actos del Rey, actos de la Corona o actos del Fisco.

El nacimiento de ese concepto va ligado a la idea, meramente, intuitiva, de la actividad del Estado, de la Administración Pública. Fue la práctica y la experiencia la que ha venido a perfilar mejor el concepto citado y a darle su contenido peculiar y concreto.

Por ley francesa del 3 de setiembre de 1795, se da carta de ciudadanía al concepto del acto en mención, al decirse que los actos de la administración no eran propios del conocimiento de los tribunales ordinarios, sino, como ya se sabía, de los tribunales contenciosos.

Esta sujeción de los actos de la administración a la ley (principio de legalidad en sentido lato) y a los tribunales contenciosos administrativos, forma parte de los elementos que integran la definición del Estado de Derecho. Así se da la relación entre "administración y justicia" (o, entre la administración pública, en el ejercicio de funciones administrativas, y el Poder Judicial, en la utilización de la función jurisdiccional).

Los ultra monárquicos pretendieron, entre otros, que la administración no quedara subordinada al Poder Judicial, empero, la evolución del derecho administrativo (como regulador de la función administrativa), más bien ha ido perfeccionando los mecanismos de ese control jurisdiccional sobre la ejecución misma de la actividad del Estado.

La soberanía ya no es del Rey (como en el Estado absolutista, última forma del poder político feudal), sino de la Ley. El Estado queda sometido a la Ley y éste encarna la soberanía popular, simbolizada en el Parlamento (Poder Legislativo).

2. Definición

El acto administrativo se puede definir genéricamente como el producto de la Administración Pública. Esta materializa su gestión mediante actos, pero no exclusivamente.

Se han dado muchas definiciones del acto administrativo.

Existe consenso en el sentido de que la de Guido Zanobini es la más aceptable:

cualquier declaración de voluntad, deseo, conocimiento, juicio, realizada por un sujeto de la Administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa.

Para Manuel María Díez ese acto es una declaración concreta y unilateral de voluntad de un órgano de la administración activa en el ejercicio de la potestad administrativa.

Agustín Gordillo afirma, por su parte, que ese acto es una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata.

Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, le "agregan" a la definición de Zanobini, el hecho de la distinción entre potestad administrativa generadora de actos de la Administración y aquella que produce reglamentos; a pesar que Zanobini también lo aclara también en su exposición de la definición.

Estos autores explican así la definición:

- La declaración implica que sea intelectual; para así marginar las actividades meramente materiales (ejecuciones coactivas o parte de la actividad técnica de la administración).
- Declaración de voluntad: hacer del conocimiento de los demás un contenido de voluntad o del querer volitivo de la administración. (v.gr.: nombramientos, destituciones, órdenes).
- De simple juicio: cualquier acto consultivo o informes, rendiciones de cuentas.
- De deseo: propuestas o peticiones de un órgano a otro.

— De conocimiento: actos certificantes, registros de títulos, documentos, levantamiento de actas.

Estos actos son propios de la Administración pública y en el ejercicio de una potestad administrativa, distinta de la reglamentaria (García de Enterría; y, Fernández).

Estos actos deben producir efectos jurídicos, en el ejercicio de potestades administrativas, que son públicas, cuyo ejercicio da lugar a la materialización de funciones públicas, lo cual configura actos de derecho público (Zanobini).

El mismo Zanobini subraya que los actos administrativos son diversos de los reglamentos, que tienen un contenido normativo formal.

3. Enfoques sobre el acto administrativo

El acto administrativo puede verse desde dos perspectivas, al menos:

- a) Subjetiva: aquí el acto de la Administración Pública de voluntad, juicio, deseo, conocimiento en el ejercicio de una potestad administrativa diversa de la reglamentaria (Guido Zanobini).
- b) Objetiva: se conceptúa el acto administrativo como la conducta externa del agente público, imputable a la Administración y regulada por el Derecho Público. Se trata, pues, de una conducta de la Administración regulada por el Derecho Público. Es una conducta externa y jurídicamente relevante de la Administración Pública (Eduardo Ortiz).

En esas formas de definir el acto administrativo, se pone la atención en el autor o sujeto del acto (Administración Pública, tesis subjetiva); o, en un hecho externo y objetivo que queda plasmado por la actuación administrativa (tesis objetiva),

Ambas no son excluyentes, sino que se pueden complementar diciendo que el acto administrativo es el acto realizado por la Administración Pública (tesis subjetiva) en el ejercicio de una potestad administrativa, diversa de la reglamentaria; y, que consiste en una conducta externa y jurídicamente de dicho sujeto bajo la regulación del Derecho Público (tesis objetiva).

4. Caracteres

Las notas que caracterizan al acto administrativo son las siguientes:

- Presunción de legitimidad
- Estabilidad
- Impugnabilidad
- Ejecutividad y ejecutoriedad

La explicación de esas notas, puede darse de la forma que a continuación se expresa.

a) Presunción de legitimidad

Se recuerda que el derecho administrativo, regulador de la función administrativa, es un derecho de desigualdad por la superioridad de la Administración Pública. Ya se sabe que esa desigualdad es característica del derecho público y sin duda del derecho administrativo, comparándolo con el derecho privado, que vienen a ser regulador de entes que son pares o iguales. La Administración Pública se considera superior y puede imponerse mediante el acto unilateral imperativo (lo que en Francia se le llama el privilegio de la anticipación) (cf. Eduardo Ortiz, *Los privilegios de la Administración pública*, San José, Revista de Ciencias Jurídicas, N° 23, 1974, pp. 7 y 8).

Como expresión de esa superioridad de la Administración, que juega en el terreno de los privilegios del ente con potestad de imperio, está la presunción de legitimidad de los actos administrativos.

Se parte del supuesto que el acto de la Administración está sujeto, que no tiene vicios y que por lo tanto se puede aplicar sin problemas. Se argumenta que partir del supuesto opuesto, paralizaría la Administración y que por ello es preferible optar por el mal menor, a pesar de que se pueda perjudicar a los administrados, los cuales, tienen, como defensa —frente a la arbitrariedad del Estado— los recursos legales correspondientes.

Existe esa presunción de validez, perfección, y de congruencia con el Ordenamiento jurídico. Esta presunción, en muchas ocasiones es falsa, pues el Estado emite —diariamente— gran número de actos que son “anti-jurídicos”.

También los defensores de esta presunción alegan que por razones de seguridad jurídica, el Estado debe contar con este respaldo o aval.

En el campo contrario a esta presunción, se desarrollan las llamadas nulidades del acto administrativo, las que serán analizadas posteriormente.

b) Estabilidad

Atañe a la vigencia de la duración del efecto del acto administrativo. Estos actos no pueden darse y revocarse rápidamente; deben contar con cierta estabilidad en el tiempo, ya que de lo contrario provocarían el caos y la desorganización, tanto en el ámbito del Estado como en el de la sociedad.

Claro está que un acto administrativo puede ser revocado por la propia administración o a instancia de parte interesada, por ejemplo; pero, esta nota apunta hacia la idónea estabilidad de la actuación del Estado.

La estabilidad opera en favor del administrado, en cuanto que declara derechos subjetivos, causa estado y sea regular. El acto administrativo debe declarar tales derechos, es decir, una situación jurídica particularizada, debida con exclusividad por la Administración ante una norma que expresamente predetermina esa conducta (Dromi, 1973, p. 215).

* Se dice que causa estado, cuando el acto se ha notificado al interesado, que se complete el proceso de formación del acto en su plenitud, haciéndolo del conocimiento del administrado. No debe confundirse con los conceptos de acto firme (aquel que ya no puede ser impugnado porque transcurrió el tiempo para ser impugnado) ni con el acto definitivo (el emanado del órgano superior de la administración).

Se habla de un acto administrativo regular, cuando éste reúne las condiciones esenciales de validez (forma y competencia).

c) Impugnabilidad

El acto administrativo puede ser impugnado, mediante los recursos correspondientes en vía administrativa y en vía jurisdiccional.

Este campo de la impugnabilidad da lugar al tema respectivo de los recursos o “remedios” en sede de la misma Administración pública o acudiendo a los Tribunales que administran derecho.

d) Ejecutividad y ejecutoriedad

Los actos administrativos se dictan para ser ejecutados, para producir efectos jurídicos, previsto y determinado. Le es consubstancial la obligatoriedad, el deber ser respetado por todos como válido (Dromi, 1973, p. 222).

Así, tales actos pueden ser exigibles, obligatorios, ejecutivos en cuanto que poseen ejecutividad; ya sea que se lleven a la práctica o no —ejecutoriedad—. Tal ejecutividad significa que el acto administrativo tiene que cumplirse, es obligatorio, exigible. Esa ejecutividad implica el concepto de eficacia o capacidad de ser puesto en práctica, de producir efectos jurídicos.

La ejecutoriedad tiene este sentido: es la capacidad que tiene la propia Administración de poner en práctica, por sus propios medios, el acto administrativo. La ejecutoriedad supone que el acto es ejecutivo (válido y perfecto) e implica la capacidad real de surtir efectos.

Son los artículos 146 a 151 de la Ley de Administración Pública (LAP) los que se refieren a la ejecutoriedad. Manda el art. 146 que la Administración tendrá la potestad de ejecutar por sí, sin recurrir a los Tribunales (a la vía judicial), los actos administrativos eficaces, válidos o anulables, aún contra la voluntad o resistencia del obligado, sujeta a la responsabilidad que pudiera resultar, lo cual lo concreta el artículo 151 al ordenar que queda prohibida la resistencia violenta a la ejecución del acto administrativo, bajo la sanción de responsabilidad civil y en su caso penal. (Ver Código Penal con la figura respectiva).

5. Elementos

El acto administrativo (ya sea como acto de voluntad, enfoque subjetivo; o, como conducta externa de la Administración, de conformidad con la Ley, enfoque objetivo) está compuesto de elementos que lo integran, constituyen el modo en que el ordenamiento jurídico determina su

formación y manifestación. Esos elementos son las cualidades jurídicas que debe reunir una conducta de la Administración destinada a producir un efecto jurídico, para producirlo efectivamente y lograr su finalidad. (Ortiz, *acto administrativo*, Lecciones de Derecho administrativo, 1973, T. II).

A) Clasificación de los elementos

Se pueden clasificar en este orden o siguiendo estos criterios:

- a) Subjetivos
- b) Objetivos y
- c) Formales

Se habla de que son elementos subjetivos porque atañen al autor del acto: la Administración Pública y su órgano o ente correspondiente.

a) Subjetivos: Esta noción contiene dos aspectos:

- i) Competencia
- ii) Regularidad de la investidura del funcionario

i) Competencia: titularidad de las situaciones subjetivas de naturaleza administrativa y se refiere a las potestades y derechos de la Administración (competencia activa) y a sus deberes y obligaciones (competencia pasiva).

La competencia se puede clasificar con base en estos criterios:

- Materia
- Territorio
- Tiempo
- Grado
- Personas

Materia: señala el fin último y más amplio del acto (por su naturaleza, si es salud, trabajo, hacienda, comercio, etc.). Los elementos fin y materia se conjugan aquí para determinar la competencia por razón de la materia.

Territorio: indica los límites espaciales dentro de los cuales debe el acto adoptarse y ejecutarse (Guanacaste, Desamparados, Aserri, etc.).

Tiempo: límite temporal (plazo de tiempo específico) dentro del cual surte, legalmente, efectos un acto. El agente público pierde la competencia, en el tiempo, para dictar un acto o ejercer una potestad, cuando transcurre el plazo temporal para ejercitarlo conforme a derecho. Si lo hace es extemporáneo y ya ha perdido la competencia para ello.

Grado: se da en la relación entre dos órganos, uno superior y otro subalterno. Abarca la jerarquía propia y la impropia. Decisiones de los Directores de Departamento respecto del Ministro (jerarquía propia, porque hay relación jerárquica de jefatura); o, respecto de las adjudicaciones de los entes públicos, en materia de contratos públicos, cuando la Contraloría General de la República, mediante su Departamento de Licitaciones, anula o confirma una selección determinada (jerarquía impropia, porque el ente contralor no es superior jerárquico, v.gr., de un Ministerio).

Personas: en razón del ámbito de su competencia específica, como ente público, v.gr.: la Universidad respecto de su servicio público educativo, el Patronato Nacional de la Infancia y demás entes descentralizados en relación al servicio público asignado por el Ordenamiento Jurídico.

ii) Regularidad de la investidura del funcionario

El agente público debe estar debidamente nombrado. Ello significa que las normas que regulan la relación laboral administrativa se deben cristalizar e incidir en dicho agente. Equivale al acto de nombramiento, toma legal de posesión del cargo o status, de conformidad con las formalidades procedimentales ejercicio legal del puesto público, etc.

Se trata del funcionario o agente público de derecho. El que tiene defectos o irregularidades en la investidura se le denomina "agente público de hecho". Está regulado en la LAP (Ley de Administración Pública), según los artículos 115 a 119. Lo define el numeral 115 así: será funcionario de hecho el que hace lo que el servidor público regular (conforme a derecho), pero del todo sin investidura o en su caso, con una investidura inválida o ineficaz.

b) Objetivos

Los elementos objetivos son:

- Presupuesto de hecho
- Fin
- Causa
- Motivo
- Contenido

Presupuesto de hecho: son aquellos presupuestos factuales que la norma jurídica propone, que le dan fundamento a la emisión y aplicación del acto. Como el acto administrativo es el ejercicio de una potestad, dicho acto sólo puede emitirse en función del presupuesto de hecho tipificado por la norma jurídica correspondiente.

Este presupuesto de hecho proviene de una norma atributiva de la potestad y es un elemento reglado y por ende fiscalizable por el juez (García de Enterría; y, Fernández, T. I., 1974).

Debemos indicar que este presupuesto como los elementos contenido y fin del acto administrativo, son reglados; no, discrecionales.

⊙ Causa: es la congruencia que debe existir entre el acto y el ordenamiento jurídico. El art. 128 de la Ley de Administración Pública manda que será válido el acto administrativo que se conforme sustancialmente con el ordenamiento jurídico (aspecto objetivo), incluyendo el móvil (aspecto subjetivo) del funcionario.

Fin: la pronta y eficaz satisfacción del interés general. La Ley de Administración Pública (LAP) 131 manda que todo acto administrativo tendrá uno o más fines particulares (siendo el genérico, el de tutelar el interés público o general) a los cuales se subordinarán los demás fines. Le corresponderá al Ordenamiento Jurídico fijar los fines particulares. En el caso de que la ley sea omisa respecto de estos fines particulares, el juez y el administrador, respectivamente deberán determinarlos al tenor de los otros elementos del acto y del ordenamiento jurídico en su conjunto ("del resto del ordenamiento", sic.).

En este numeral, in fine, se define lo que es la desviación de poder, como la persecución, por la Administración, de un fin distinto del principal (habrá fines principales y secundarios), con detrimento del fin primario. Agregamos, también que, esa desviación se dará también cuando, groseramente, se realicen o se busquen fines privados en lugar de los de interés público.

En ambos se nota la congruencia que debe existir, en términos objetivos, entre el acto y el ordenamiento jurídico.

Motivo: en el acto administrativo, los motivos (o razones fundamentadoras del acto) están incorporados a la causa. La motivación del acto es esencial y constituye uno de los vicios más frecuentes en la emisión de actos administrativos.

* Los actos administrativos tienen que estar razonados, motivados, fundamentados; y no ser una mera voluntad o conducta caprichosa de la Administración.

La Administración está obligada a hacer públicas las razones de hecho y de derecho en las que apoya sus decisiones. A esto se refiere la motivación del acto o concretamente, su motivo. Su elemento en el que se encuentran esas razones factuales y jurídicas. Motivar un acto, dice García de Enterría; y Fernández (T. I., 1974, p. 388) es reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación nace.

La motivación es un medio técnico de control de la causa del acto administrativo. No es un mero requisito formal, sino de fondo. Esa motivación ha de ser suficiente, pertinentemente y congruente al dar razón plena y amplia del proceso lógico y jurídico que ha llevado a la toma de una decisión de la Administración.

Un análisis exhaustivo y cuidadoso del motivo pondrá a flote la relativa o absoluta arbitrariedad o juridicidad del acto administrativo. De ahí, la importancia crucial que desempeña al interior del citado acto.

El artículo 133 de la Ley de Administración Pública (LAP) manda que el motivo debe ser legítimo y existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto. En el caso en que no esté regulado el motivo, deberá ser proporcionado al contenido y cuando esté regulado en forma imprecisa deberá ser razonablemente conforme con los conceptos indeterminados empleados en el ordenamiento (párrafo segundo de ese numeral).

Atañe allí a los conceptos jurídicos indeterminados (expropiación por causa de utilidad pública, buena fe, interés público, interés general, fin público, etc.). Estos conceptos dan pie para que la Administración, con cierta frecuencia, abuse de ellos y emita actos ilegales.

Contenido

En lo que se refiere al contenido (su substancia definitoria e individualizadora), se indica que pueden existir tres contenidos:

Natural: el que necesariamente forma parte del acto, porque sirve para individualizarlo, para evitar que se confunda con otro acto. Es suficiente su inclusión en el acto para que éste sea idóneo y produzca los efectos jurídicos normales (Diez, 1961, pp. 228-229).

Implícito: está comprendido en el mismo, aun cuando no se indique manifiestamente.

Eventual: atañe a las cláusulas que la voluntad de la Administración puede introducir en el acto en adición a las que constituyen el contenido necesario, para determinar, en el caso concreto, el efecto que debe producir el acto.

Pueden existir actos de contenido reglado y discrecional respectivamente. En el contenido reglado, la norma jurídica predetermina el contenido del acto. No existe el contenido eventual. Tanto el necesario como el implícito están determinados por ley (Diez, cit., p. 230).

En lo referente al contenido discrecional de los actos, se indica que en este caso, el eventual puede ser desarrollado por la Administración y el necesario está delimitado discrecionalmente por el ente público. hip

Asimismo se afirma que el contenido u objeto del acto administrativo, debe ser posible, en cuanto que sea factible de realización mediante vía jurídica lícita o sea conforme a la ley y, cierto, en cuanto que contenga certeza.

Es el artículo 132 de la LAP el que afirma que el contenido deberá ser lícito, posible, claro, preciso y, abarcar todas las cuestiones de hecho y derecho surgidas del motivo aunque no hayan sido debatidas por las partes interesadas. Añadiendo el párrafo segundo de ese numeral que el contenido deberá ser proporcionado al fin legal; y, correspondiente al

motivo, cuando ambos están regulados. En el supuesto de que el motivo no esté regulado, el contenido deberá estarlo, aunque sea en forma imprecisa (párrafo tercero). Su adaptación al fin, se podrá lograr por medio de la inserción discrecional de condiciones, términos y modos, siempre que, además de reunir las notas del contenido *supra* (antes o arriba) citadas estos últimos sean legalmente compatibles con la parte reglada del mismo (in fine).

A propósito de estos elementos cabe indicar que se habla del acto administrativo discrecional, cuando el acto presenta el motivo o el contenido (o ambos simultáneamente) en forma imprecisa, ya que la ley no ha determinado del todo uno de ellos o porque la ley los ha definido usando conceptos jurídicos indeterminados. Cabalmente, la discrecionalidad consiste en la elección que ese margen de apreciación subjetiva implica. Cuando la ley, determina en forma precisa el contenido y el motivo determinado en forma clara y precisa por la ley (Ortiz, T. II, acto administrativo).

c) Formales

Los elementos formales del acto administrativo son: el procedimiento y la forma de manifestación del respectivo acto administrativo.

Procedimiento: se trata del modo de producción de un acto.

De acuerdo con la LAP el procedimiento administrativo servirá para asegurar el mejor cumplimiento de los fines de la Administración, con respeto para los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado, de conformidad con el ordenamiento jurídico (el cual incluye las normas escritas y las no escritas). El objeto del procedimiento es la verificación de la verdad real de los hechos que sirven de motivo al acto final (art. 214).

Por su parte el artículo 216 de la LAP manda que la Administración deberá adoptar sus resoluciones dentro del procedimiento con estricto apego al ordenamiento jurídico; y, cuando se trate de actuaciones discrecionales, a los límites de racionalidad y razonabilidad implícitos en aquel.

En lo pertinente a la protección del administrado, el numeral 224 de la LAP manda que las normas procedimentales deberán interpretarse en la manera más favorable al administrado. Advirtiendo, por lo que se ha dado en llamar el "informalismo" del derecho administrativo (el cual es muy relativo), que tal informalismo no podrá servir para subsanar nulidades que son de pleno derecho, es decir, absolutas.

La Administración actuará procedimentalmente con la intención de lograr un máximo de celeridad y de eficiencia, dentro del respeto al ordenamiento jurídico (normas escritas unidas con las no escritas) y a los derechos e intereses del administrado (art. 225 de la LAP).

Claro está que este numeral es uno de los más violados por la praxis administrativa; empero, el vicio no hace norma ni tampoco la corruptela.

Los actos administrativos se hacen constar en expedientes para fines probatorios, entre otros. A pesar de que un sector de tales actos se producen verbalmente, se deben incorporar a la grafía en el papel, dándole esa índole escrita.)

El expediente escrito es la pieza esencial, entre otras del quehacer de la Administración.

De ahí, pues, que los actos tengan esa forma escrita de manifestación, de notificación, en su eficacia jurídica.

6. Clasificación

Por lo que atañe a la clasificación de los actos administrativos haremos mención de una manera de ubicarlos, advirtiendo que se han dado una pluralidad de tipologías.

1. a) Actos de autoridad. De imperio o de poder. Aquí el Estado se presenta como el "Príncipe", como encarnación del Poder Público, en forma autoritaria respecto de los administrados (particular, en cuanto sujetos del derecho administrativo, cf. Jesús González Pérez, *El Administrado*, Madrid, 1966, p. 16). Regidos por el derecho administrativo.
- b) Actos de gestión. Regidos por el derecho privado. Aquí el Estado aparece frente al administrado como una persona cualquiera, despojada de su potestad de imperio. (En la realidad, esto no es cierto, por cuanto el Estado es tal y no un sujeto de derecho común). Esta conceptualización partió de la tesis errónea de que el Estado poseía una doble personalidad: una de derecho público; y, otra de derecho privado. El Estado es una única persona, con diversas funciones, objetivos y procedimientos. Esta modalidad de enfoque ya ha sido desechada por ese motivo, pero en el siglo pasado se usó con cierta frecuencia.
2. a) Actos de mero trámite. Aquellos que facilitan, preparan o instrumentalizan los actos definitivos o resolutorios. Ejemplos: informes, autorizaciones.
- b) Actos resolutorios. Deciden el fondo del asunto. Resuelven lo que el administrado plantea y también las cuestiones derivadas del expediente administrativo.
3. a) Actos favorables. Los que favorecen o benefician al administrado (le reconocen un derecho, una actuación o le liberan de un deber).
- b) Actos de gravamen. Los que imponen una carga o una obligación.

4. a) Actos constitutivos. Los que crean, modifican, extinguen, relaciones o situaciones jurídicas subjetivas en los administrados o en la propia Administración Pública (expropiación, jubilación, orden).

b) Actos declarativos. Acreditan un hecho o una situación jurídica sin incidir sobre su contenido (certificación, notificación).

5. a) Actos singulares. Cuando el destinatario del acto administrativo es concreto e individualizado.

b) Actos generales. Cuando los destinatarios del acto constituyen una pluralidad indeterminada de sujetos.

De acuerdo con la clasificación que da nuestra Ley de Administración Pública (LAP), se tiene lo siguiente:

1. a) Actos externos. Van destinados al administrado.

b) Actos internos. No van destinados al administrado (art. 120, 1).

2. a) Actos concretos. Van destinados a su sujeto identificado.

b) Actos generales. "No van destinados a un sujeto identificado" (sic). (Afectan a una pluralidad de administrados). (Art. 120, 1).

3. a) Decretos. Aquellos actos de alcance general.

b) Acuerdos. Los actos administrativos concretos. (Art. 121, 1).

4. a) Reglamentos. Decretos reglamentarios. Son aquellos decretos de alcance normativo.

b) Resoluciones. Los acuerdos que decidan un recurso o reclamo administrativo. (Art. 121, incisos 2 y 3).

5. a) Explicitos. Aquellos escritos; ya sea externos o internos, de contenido expreso.

b) Implícitos. El acto que se expresa a través de otro que necesariamente lo implica (art. 138) (*acto tácito*).

7. Nulidades

Por lo que atañe a este aspecto del acto de la Administración Pública sujeto al derecho administrativo, hacemos la indicación que estamos elaborando un artículo sobre este tema. Observamos que recientemente se ha publicado *La nulidad del acto administrativo*, de Luis Martínez y José María Pereira en "Revista Judicial", N° 22, 1982; y el de Eduardo Ortiz *Nulidades del acto administrativo en la ley general de administración pública* (Ponencia al Seminario Internacional de Derecho Administrativo, San José, 1981, Colegio de Abogados).

8. Bibliografía de referencia

Alessi, Renato. *Derecho administrativo* (Barcelona: Bosh, T. I, 1970).

Anderson, Perry. *El estado absolutista* (México: Siglo XXI, 1980).

Diez, Manuel María. *El acto administrativo* (Buenos Aires: TEA, 1961).
Derecho administrativo (Buenos Aires: Omeba, T. II, 1965).

Dromi, José Roberto. *Instituciones de derecho administrativo* (Buenos Aires: Astrea, 1973).

El acto administrativo (Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1973).
Derecho subjetivo y responsabilidad pública (Bogotá: Temis, 1980).

Fiorini, Bartolomé. *Teoría jurídica del acto administrativo* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1969).

Manual de derecho administrativo (Buenos Aires: La Ley, 1968, T. I.).

García de Enterría, E.; Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo* (Madrid: Civitas, T. I., 1974).

Gordillo, Agustín. *Tratado de derecho administrativo* (Buenos Aires: Ediciones Macchi, T. 3, 1979).

El acto administrativo (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1969).

Jéze, Gastón. *Principios generales del derecho administrativo* (Buenos Aires: Depalma, T. I, 1950).

Landi, Guido; Potenza, Giuseppe. *Manuale di diritto amministrativo* (Milano: Giuffrè, 1974).

Linares, Juan Francisco. *Fundamentos de derecho administrativo* (Buenos Aires: Astrea, 1975).

Munro Puerto, Miguel. *Teoría de la forma de los actos jurídicos en derecho público* (Valencia: Alcoy, 1976).

Ortiz, Eduardo. *Lecciones de derecho administrativo* (San José: Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1973, T. I y II).

Tutela administrativa (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 6, 1966).
Los privilegios de la Administración Pública (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 23, 1974).

Los sujetos del derecho administrativo (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, Nos. 8 y 9, 1967).

Meoño Segura, Johnny. *Administración pública* (San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 1982).

Introducción a la burocracia pública (San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 1980).

Rojas Franco, J. Enrique. *La acumulación de acciones y de autos en la ley reguladora de la jurisdicción contenciosa administrativa de Costa Rica* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 26, 1975).

Vedel, Georges. *Derecho administrativo* (Madrid: Aguilar, 1980).

Vidal Perdomo, Jaime. *Derecho administrativo* (Calí: Banco Popular, 1978).

Zanobini, Guido. *Curso de derecho administrativo* (Buenos Aires: Arayú, 1954; parte general).

¿DERECHOS HUMANOS O DERECHO NATURAL?*

(Metacrítica de una crítica iusnaturalista
a la noción de "derechos humanos")

Dr. Enrique P. Haba

Profesor de la Universidad
de Costa Rica
Investigador honorario de la
Alexander von Humboldt-Stiftung

* Ponencia presentada al *Décimo Congreso Interamericano de Filosofía*, Los Derechos humanos, 18-23 de octubre de 1981, Tallahassee/Florida (U.S.A.).

SUMARIO

Sinopsis

I. PLANTEAMIENTOS Y CRITICAS

1. Cuestiones terminológicas y cuestiones de fondo.
2. Tipos de enfoques doctrinarios.
3. Una posición iusnaturalista:
 - (a) críticas a los "derechos humanos".
 - (b) tesis básicas del Derecho Natural Clásico.

II. METACRITICA Y OBSERVACIONES METODOLOGICAS

5. El peligro de falsas generalizaciones.
6. El ideal de los derechos humanos y su versión realista.
7. Insuficiencias del "derecho natural" como terminología y como método.
8. Paralelismo entre "derechos humanos" y "derecho natural", en cuanto a su función pragmática:
 - (a) el valor heurístico y el efecto "emocionalizante".
 - (b) bases "sacralizadas" en el discurso científico.
 - (c) eficacia.
10. (c) eficacia.
11. Algunas conclusiones de orden metodológico.

Punto de referencia son dos estudios del Prof. *Michel Villey*, quien, siguiendo a *Burke*, presenta una crítica general de la doctrina de los derechos humanos y le opone —como una alternativa preferible— la concepción del llamado "derecho natural clásico" (Aristóteles-Sto. Tomás). Será expuesta una metacrítica de dichos planteamientos, por medio de un análisis que trata de superar esa alternativa: ¿derechos humanos o derecho natural? Se intenta hacer ver que ésta deja sin tematizar las cuestiones realmente claves para la clara determinación racional del ámbito de aplicación, los problemas y las posibilidades prácticas que implica la teoría de los derechos humanos. Tal metacrítica conduce asimismo, en lo positivo, a insinuar caminos que la teoría (y también la crítica!) de los derechos humanos deberá abordar —por contraposición— si desea pasar de la "metafísica" al plano del pensamiento analítico en general y, sobre esta base, abrirse a la posibilidad de investigaciones interdisciplinarias. *

El trabajo se divide en dos partes:

(I) Cuestiones básicas y tipos de críticas, ante la doctrina de los derechos humanos —con referencia, en particular, a los argumentos de una crítica iusnaturalista (Burke-Villey)—;

(II) Reflexiones en un plano metacrítico, que van ligadas a algunas conclusiones de carácter metodológico.

(I) Primero se señala, en relación con la teoría de los derechos humanos, dos grupos de preguntas: cuestiones de fondo (lo ideal y lo contrafáctico, la enumeración de derechos y los problemas de antinomias, la relación medios-fines y las jerarquías de valores, etc.) y cuestiones que son más bien de lenguaje (el plano del deber-ser y su ontologización terminológica, eventuales contradicciones entre precisión científica y eficacia ideológico-pragmática, etc.). A continuación, son clasificadas en cuatro grandes rubros las contra-teorías críticas acerca de los derechos humanos y se esbozan asimismo las clases de alternativas propuestas por éstas. Luego se pasa revista a las objeciones que el Prof. Villey efectúa ante la idea de "derechos humanos" y se señalan, en relación con ello, algunas tesis centrales del llamado Derecho Natural Clásico.

((II) Son puestas de manifiesto ciertas insuficiencias básicas de los planteamientos de Villey, sobre todo examinándolos desde el punto de vista metodológico. Se indican asimismo una serie de analogías que, en el plano funcional, existen entre iusnaturalismo e iushumanismo como carriles del pensamiento. Por último, proponemos un breve programa de análisis que pone el acento precisamente en algunas cuestiones fundamentales no tematizadas por la disyuntiva: ¿derechos humanos o derecho natural?

I.—PLANTEAMIENTOS Y CRITICAS

§ 1) Cuestiones terminológicas y cuestiones de fondo

La noción de "derechos humanos" (DH) se ubica en el plano de las teorías, es una *doctrina*. Consiste en ciertos puntos de vista para juzgar la realidad. Dicha doctrina, como tal, se conforma en el lenguaje de los hombres. En efecto, los DH no son concebibles si no es en un *lenguaje*, aun para quienes estén dispuestos a afirmar que no se trata exclusivamente de un lenguaje. La formulación lingüística constituye el requisito mínimo para que "haya" unos DH, para cualquier tipo de existencia que se les reconozca; es condición *sine qua non* para que nuestro intelecto pueda "verlos" (dejamos abierta la pregunta acerca de si es también una condición suficiente).

Estoy empleando el término "lenguaje" en el sentido de: signos fonéticos + sus significados. El análisis de tales lenguajes puede apuntar, así, en dos direcciones. Es posible poner el acento en aspectos más estrechamente ligados a los signos que se usan en la comunicación; o bien, en cambio, enfocar sobre todo los referentes (objetos o ideas) de esos signos, vale decir, hacerlo con cierta independencia de que para denotar dichos referentes se utilicen unos u otros signos. Es cierto que esta división no deja de ser un tanto artificial, ya que, en el plano de los lenguajes naturales, los signos carecen de sentido si no se toma en cuenta su o sus eventuales referentes; y los referentes, a su vez, siempre son pensados por medio de algún signo lingüístico. Heurísticamente, sin embargo, la distinción entre ambos planos, el de los signos y el de los referentes, sirve para diferenciar tipos de problemas o modos en que estos se encaran.

En la doctrina de los DH cabe distinguir, así, entre unas cuestiones de *fondo* y unos problemas que antes bien se relacionan con la presentación lingüística. Esto depende de si las cuestiones planteadas conciernen más o conciernen menos a las características propias de una terminología dada. Cuando la discusión versa sobre si deben ser empleados ciertos términos y no otros, o sobre el significado de algunos de ellos, diremos que el debate es *más bien* terminológico, lingüístico en sentido estricto. Pero cuando lo que se discute no es tanto si las cosas (supuesto que se sepa cuáles son éstas) se deben llamar de una u otra manera, sino aspectos para los que —según se admite— la terminología va de suyo o tolera variadas formulaciones bastante equivalentes, entonces diremos que se trata de una cuestión relativa al *fondo*. Todo ello sin negar, desde luego, que unas y otras clases de cuestiones mantienen muy estrechas interrelaciones; pero esto no quita que cualquiera de aquellas pueda ser analizada desde uno u otro tipo de ángulo, según los intereses de conocimiento considerados por el investigador.

Respecto a los DH, asuntos *de fondo* son, por ejemplo:

Ser y debe-ser: ¿A cuál de estos dos planos pertenecen los DH, o pertenecen a ambos, y en qué medida o forma a cada uno de ellos? ¿Se trata de una imagen puramente contrafáctica o constituyen un ideal viable (y en este último caso, hasta qué punto y bajo qué condiciones)?

Enumeración: ¿Cuáles son concretamente esos DH? ¿Puede efectuarse un recuento completo de ellos desde ya, o se trata de una categoría más o menos abierta? ¿Y en la enumeración, sea o no provisoria, con qué grado de precisión pueden (y deben?) ser constituidos los conceptos correspondientes?

Antimonias: ¿Qué relaciones de jerarquía —y, por ende, de prelación— guardan entre sí los distintos DH? (Esto para saber, sobre todo, cómo resolver eventuales antimonias, o sea, cuando la posibilidad práctica de realización de unos derechos obstaculiza la de otros.) ¿Tiene realmente sentido el determinar una jerarquía firme entre ellos, y en qué se fundará ésta?

Relaciones axiológicas: ¿Son todos los DH fines en sí o hay algunos que ante todo constituyen medios al servicio de otros valores? ¿Qué relaciones guardan (de prelación, de subordinación, de instrumentación o de complementación) los DH con respecto a otras clases de valores de la conducta humana?

Intereses: Específicamente, ¿cuáles son o deben ser las relaciones entre los DH y los intereses concretos de los individuos (tal cual estos mismos conciben "sus" intereses)? ¿O esos intereses se encuentran ya comprendidos en la enumeración de los DH mismos (y en cuáles de éstos y cómo)?

Derecho: ¿Qué relaciones guarda o debe guardar la defensa de los DH con ciertas instituciones del Derecho positivo de cada Estado? ¿Y qué características técnicas han de presentar los institutos jurídicos en cuestión, para que pueda procederse de la manera más lograda a poner los DH en vigencia y a hacerlos efectivos en la práctica de los Estados?

Aun en el caso de tener buenas contestaciones para los puntos que acabamos de indicar, todavía pueden plantearse dudas como las siguientes, relativas a la *formulación* lingüística de tales cuestiones y de sus respuestas:

— ¿Sirve el lenguaje de los DH para poner claramente de manifiesto cuáles son las diferencias y las relaciones entre lo que es de "ser"

y lo que es de "debe", en esa materia? ¿O antes bien representa, dicho lenguaje, una forma de ontologización de nociones que son deónticas?

- ¿Los términos claves de la doctrina de los DH constituyen acaso "fórmulas vacías", "definiciones persuasivas", etc.? **●** bien, por el contrario, son aptos para desarrollar un discurso con exigencias de rigor similares a las de los lenguajes científicos propiamente dichos (ya sea dentro o fuera del marco estricto del lenguaje jurídico)?
- Y en general, ¿el lenguaje actual de los DH contribuye a sacar a luz los problemas de fondo que hemos indicado y sus eventuales soluciones, o antes bien contribuye a diluir la apercepción de dichos problemas?
- Pero por otro lado, y supuesto que en realidad se pudiera alcanzar allí un buen grado de precisión científica, ¿no iría eso en perjuicio del efecto práctico (eficacia popular) de dicho lenguaje y, por tanto, terminaría rindiéndole un "flaco favor" a la causa viviente de los DH?

§ 2) Tipos de enfoques doctrinarios

Muchos de esos problemas, tanto aquellos que son de fondo como también los terminológicos, y ya sea conjunta o separadamente, han sido abordados en estudios que se refieren a los DH. Cabe dividir esos estudios en dos grandes grupos.

Unos investigadores, tal vez la mayoría de los que han publicado trabajos centrados de manera específica en dicha temática, aceptan en principio y de manera general —más allá de todas sus diferencias de enfoque— que es lingüísticamente procedente hablar de unos "derechos humanos". Otros, en cambio, critican este lenguaje, o por lo menos las maneras más comunes de utilizarlo; niegan la existencia de "derechos humanos", o en todo caso critican las formas habituales de presentarlos en las sociedades capitalistas de régimen político democrático.

Posiblemente es más multicolor el panorama que se presenta en la dirección crítica, en cuanto a sus fundamentaciones filosóficas, que entre los partidarios de la referida doctrina. En efecto, el "ataque" contra ésta procede de posiciones muy diversas y hasta opuestas entre sí. A ese respecto hay cuatro tipos de variantes, por lo menos: una tendencia tradicionalista-conservadora (de Burke a Villey), un enfoque epistemológico-positivista (Topitsch), una tendencia izquierdista (de Marx al leninismo-stalinismo), una modalidad fascista (la doctrina de la Seguridad del Estado, puesta en boga por algunas dictaduras latinoamericanas).

Las divergencias entre estas contra-doctrinas de los DH saltan a la vista. Está demás subrayar las que se dan, desde el punto de vista polí-

tico y en general social, entre leninistas-stalinistas y fascistas. Pero son también considerables, sobre todo desde el punto de vista epistemológico, las diferencias entre dos autores como Michel Villey, de inspiración aristotélico-tomista, y Ernst Topitsch, quien sigue a Popper y a Kelsen. Ambos critican por impreciso e "ideológico" el lenguaje de los DH, pero mientras uno (Villey) lo hace en nombre del derecho natural aristotélico, el otro (Topitsch) desecha toda forma de iusnaturalismo, se basa en un ideal antimetafísico y rigurosamente cientista para el pensamiento en general.¹

*
* *

Examinaré en particular, aquí, la crítica formulada por el Prof. Villey, quien retoma en lo fundamental unas ideas que Edmund (Burke) difundió en su conocido alegato (1790) contra la Revolución Francesa. A ese respecto, el catedrático francés ha expuesto sus puntos de vista en dos artículos: "La philosophie du droit de Burke" (en nuestras citas: *Phil.*) y "Crítica de los Derechos del Hombre" (en nuestras citas: *Crit.*)²

Pienso que una discusión de puntos de vista como los de Villey me permitirá subrayar, al criticarlos, dónde se hallan localizadas las principales dificultades a que la doctrina de los DH, como esfuerzo teórico-práctico, se enfrenta en la actualidad. Esas dificultades son, en síntesis, las que indicamos en los dos catálogos de preguntas formulados más atrás. Se trata de una problemática que ha sido poco tematizada por la teoría

1 Cf. "Die Menschenrechte als Problem der Ideologiekritik" (Los derechos humanos como problema de la crítica de la ideología), en: Ernst TOPTISCH, *Sozialphilosophie zwischen Ideologie und Wissenschaft* (Filosofía social, entre ideología y ciencia), p. 71-96, Soziologische Texte 10, Luchterhand, Neuwied en el Rin y Berlín, 1971 (3ra. ed.). En cuanto a Villey, v. la nota siguiente y el apartado II del presente trabajo.

2 *Phil.* se halla reproducido en: Michel VILLEY, *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, p. 125-138, Dalloz, París, 1976; ese ensayo apareció publicado por primera vez en *Archives de Philosophie du droit*, t. XV (1970), p. 99-111. *Crit.* está en: Michel VILLEY, Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo, p. 239-248 (tr. de Alejandro Guzmán), Ediciones Universitarias de Valparaíso/Universidad Católica de Valparaíso (Chile), 1976; ese ensayo fue publicado por primera vez (en lengua francesa) en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 12 (1972) 2, p. 9 ss.

Cf. también: Michel VILLEY, *Compendio de Filosofía del Derecho. Definiciones y fines del Derecho*, Eunsa, Pamplona, 1979; vid. esp. los Nos. 83-85, 88-89 y 92 in fine; se trata de la traducción (por Diorki, revisión de Jesús Valdés y Menéndez Valdés) de *Philosophie du droit I*, Précis Dalloz, París, 1975 (En 1978 apareció una 2da. ed. francesa, corregida y ampliada, de ese tomo; ha sido publicado también el segundo tomo del Précis, *Philosophie du droit II. Les moyens du droit*, 1979). Sobre el Compendio se puede cf. asimismo, para un resumen general de su contenido, acompañado de algunas observaciones críticas, mi comentario: "Desde las aulas de Aristóteles, para el jurista de hoy", en *Revista Judicial* N° 20 (junio 1981), p. 11-23, Costa Rica.

tradicional de los DH, pero que tampoco aparece con claridad en el marco de planteamientos iusnaturalistas (como ocurre, según veremos, en el caso de dicho autor).

El análisis se ubicará primordialmente en el plano de aquellas cuestiones que calificáramos de *lingüísticas*. Mas ello con el fin de hacer ver que las otras cuestiones, las principales, las que llamamos "de fondo", están por encima de una disputa entre derechos "humanos" y derecho "natural"; esa disputa es, a nuestro juicio, de orden terminológico ante todo. Este estudio quiere mostrar que lo importante no es tomar partido dentro de una eventual alternativa entre esos dos modos de presentar los "derechos", sino superarla. Vale decir, abocarse a examinar las cuestiones que son realmente de fondo, para así conseguir encaminar por vías científicas la doctrina de los DH.³

Tales vías, las susceptibles de operar con resultados fundados en métodos *intersubjetivamente* controlables, han sido poco discutidas en el marco de la teoría general de los DH. Pero no menos suelen eludirlos los planteamientos iusnaturalistas. El propósito central del presente trabajo es subrayar ese déficit, para lo cual las observaciones de Villey suministran un valioso punto de partida, tanto por sus aciertos como por lo ilustrativas que son sus insuficiencias.

§ 3) Una posición iusnaturalista: (a) críticas a los "derechos humanos"

La posición de Villey —y también la de Burke (v. *infra*, n. 12)— no consiste en rechazar de manera pura y simple la idea de unos DH. Es más, reconoce que "esos derechos nos son todavía necesarios" a título de "ideal", dado que "el Positivismo jurídico no ofrece al individuo ningún recurso frente al Estado" (*Crit.* 242). No obstante, él considera que dicho ideal resulta en buena medida ilusorio, y hasta es contraproducente porque despierta falsas ilusiones.

Los aspectos fundamentales que el profesor francés, siguiendo a Burke, señala en su crítica al lenguaje de los DH, lo llevan a subrayar que estos presentan tres inconvenientes básicos (*Crit.* 242-4, *Phil.* 128-30): carácter metafísico, inaplicabilidad, efecto de impostura.

Carácter "metafísico". Los DH son abstracciones, en el peor sentido de la palabra. Esto es, son el producto de un racionalismo de tipo cartesiano, "que ha resuelto tomar como premisas de sus razonamientos unas

3 Algunas condiciones preliminares para lograr ese propósito, el de abocarse a un tratamiento científico y hasta interdisciplinario de la problemática de los DH, las he expuesto en mi artículo: "Derechos humanos, libertades individuales y racionalidad jurídica", en *Revista de Ciencias Jurídicas* N° 31 (enero-abril 1977), p. 159-180, Costa Rica; hay traducción al francés, publicada en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 25 (1980), p. 325-344. Ese trabajo sirve como base para los desarrollos que presentaré aquí.

ideas 'claras', 'simples' y 'distintas', pero irreales, ajenas a la observación" * (*Phil.* 129). Dicho racionalismo se manifiesta en "la moderna Filosofía individualista, la cual pretende extraer el Derecho de... algunos axiomas racionales concernientes a la 'naturaleza del Hombre'" (*Crit.* 242).

Inaplicabilidad. Por su carácter irreal, los DH son "ilusorios", utópicos, unas "falsas promesas" que no tienen ninguna posibilidad de ser llevadas a la práctica (*Crit.* 243).⁴

Impostura. Lo que es más grave aún, se trata de engaños muy dañinos, suscitan reivindicaciones imposibles. Pues "es de la esencia de un derecho el poder ser reivindicado; pero, tratándose de los Derechos del Hombre, la reivindicación no puede ser satisfecha. Ellos son espejismos, 'palabras verbales', pompas de jabón sin consistencia (...) se pretenden universales, dados a todos, y, sin embargo, no sirven más que al provecho de una minoría" (*Crit.* 243).⁵

En síntesis. "Las Declaraciones de los derechos humanos son un buen medio de evadirse hacia un verbalismo ilusorio y dispensarse de responder a los problemas reales" (*Phil.* 133); porque "todo aquello que en materia de derechos se da a los unos, se obtiene de los otros" (*Crit.* 244).

§ 4) Una posición iusnaturalista: (b) tesis básicas del Derecho Natural Clásico

La noción de DH suele ser catalogada como una forma de iusnaturalismo. Ahora bien, Villey no es por cierto un nihilista; ni siquiera es un no-cognitivista en materia axiológica, sino todo lo contrario. Lo peculiar de su manera de criticar los DH reside en que, lejos de rechazar el iusnaturalismo en general, si condena aquella doctrina lo hace en nombre de otro iusnaturalismo justamente. No objeta la idea de unos DH porque

4 "Estas grandes ideas utópicas no son factibles. La propiedad absoluta de los revolucionarios franceses ha debido desaparecer; la soberanía popular y el régimen democrático son inaplicables en el Congo y en varias otras partes; y la libertad de opinión y de publicar las opiniones —¡seamos más serios que la ONU!— no es algo realizable en muchos países y lugares del mundo. Hoy día los Derechos del Hombre han cambiado de contenido, han llegado a ser sustanciales, "sociales" —derecho al Trabajo, a la Salud, al Bienestar, a la cultura—; pero ellos no resultan menos ilusorios. Son —según decía Paul Claudel— como la mujer: 'promesas que no pueden ser cumplidas', o, según manifestaba nuestro economista Jacques Rueff de la moneda estadounidense, 'falsos créditos' que es imposible pagar" (*Crit.* 243).

5 "Aquello que se acuerda a los ciudadanos de Europa en relación con la salud, el Descanso o la Cultura, no se atribuye a los del Tercer Mundo, y todo aquello que en materia de derechos se da a los unos, se obtiene de los otros. Las Declaraciones de Derechos del Hombre no son, pues, solamente ilusorias; ellas son también algo embusteras" (*Crit.* 244).

ésta presuponga la existencia de algún tipo de derecho que sea "natural" para los hombres, sino porque, aunque tal tipo existe (a su juicio), considera que los llamados DH *no* corresponden fielmente a la "naturaleza" de las relaciones humanas. Los DH no serían en verdad "naturales", el auténtico "derecho natural" nos revelaría otra cosa.

A los ojos de nuestro autor, por tanto, su crítica no es meramente negativa, sino que resulta válida, además, porque al *ideal* de los DH cabe oponerle otro *ideal* que puede y debe sustituir a aquél en el pensamiento jurídico. Ideal más realista, según Villey, y que consiste en las directivas —metodológicas sobre todo— propias del llamado "derecho natural clásico", el de la línea Aristóteles/Santo Tomás de Aquino. Ahora bien, ¿en qué consiste ese otro ideal? (A decir verdad, pienso que Villey se resistiría a llamarlo un "ideal", atento al sentido "realista" que, según él, caracteriza a este enfoque.) Me limitaré a subrayar algunos puntos claves de dicha concepción; cf. *Phil.* 135-7, *Crit.* 245-9, y sobre todo los dos tomos del *Précis* (v. *supra* n. 2).

Desigualdad de derechos. Los derechos de los hombres no son iguales y absolutos, sino desiguales y limitados. "Hablar de un Derecho universal y común a todos parece un contrasentido" (*Crit.* 247). En efecto, "los derechos son forzosamente diversos, pues aquello que debe ser atribuido a cada uno, en un grupo social, depende de las circunstancias, de la masa de bienes para distribuir, del estado de la civilización, del grado de la cultura" (*Crit.* 246; cf. también *Phil.* 132). Los derechos consisten apenas en un "justo medio" (Aristóteles), no son ilimitados ("cada miembro de la sociedad no tiene derecho sino a una parte del *gâteau*"), y además comportan cargas (*Phil.* 131).

Carácter social y nacional de todo derecho. Tales derechos, los naturales, se conocen por una "observación" de la "naturaleza" de las sociedades dadas realmente. Vale decir que "el descubrimiento del derecho de cada uno, así concebido, no puede ser... deducido de una idea general de la esencia del 'hombre' (...) es necesario tener en cuenta las diferencias que distinguen concretamente a los individuos entre sí" (*Crit.* 245 *in fine*-246). Por tanto, "el Derecho... no puede definirse más que en el seno de una Sociedad política" (*Crit.* 246); "el verdadero derecho natural es, como dice Santo Tomás, 'ajustamiento' a las condiciones propias de cada país" (*Phil.* 136).⁶

⁶ Análogamente, también "Burke se niega a construir el derecho sobre la *idea* de 'la esencia del hombre' o la razón, sino que lo extrae de la observación de lo que existe según la naturaleza, *positivamente*. Su método consiste en aprehender en la historia de Inglaterra el orden que allí produjeron los siglos, el que los ingleses han heredado, que ha sido confirmado por la *prescripción*; pues la prescripción es el signo de que este orden es bueno y durable, que se beneficia del acuerdo general de los interesados, que armoniza con las condiciones de vida inglesas. (...) Tal es el derecho que debemos leer, extraer de la realidad, discernir, comprender por el esfuerzo de nuestra inteligencia; no es un establecer (*poser*), fabricar racionalmente" (*Phil.* 135-6).

Papel de la razón como control. Aun cuando esos derechos se dan en la realidad misma de las instituciones de un país, tampoco se trata, al reconocerlos, de un culto al *fait accompli* (caso del positivismo o del relativismo). Pues "nuestra razón no es pasiva, ni neutra, ante los acontecimientos... hay que efectuar un trabajo de selección, una labor de juzgarlos (*jugement*) que es indispensable (...) en la naturaleza no todo es movilidad, relativismo, se constata que allí existen unas permanencias (*Phil.* 136).⁷

Dialéctica como método. Para que la razón pueda juzgar todo eso —discernir qué soluciones son las realmente valiosas y, por ende, "naturales"— corresponde acudir a una *discusión* "dialéctica" entre los juristas (*Phil.* 136). Pero dialéctica de tipo aristotélico, esto es: un "diálogo" mediante el cual los participantes persiguen en forma colectiva, y sometiéndose para ello a un procedimiento reglamentado de discusión, el aproximarse (en forma siempre inacabada) a una verdad "razonable" sobre el punto que se intenta dilucidar. Por cierto, no se trata de un método "científico", en el sentido que la palabra método tiene para las ciencias formales o las de la naturaleza, sino de un "arte"...⁸

II.—METACRITICA Y OBSERVACIONES METODOLOGICAS

Los planteamientos recogidos en el apartado anterior comprenden, como se vio, dos ítems: señalamiento de tres vicios fundamentales que

⁷ "Es cierto que la razón no funda, no extrae el derecho de sus fondos propios; el orden natural del universo que procede de Dios la trasciende. Pero al menos ella tiene como función la de controlar, discernir entre el hecho que es conforme a la Providencia natural y los desarreglos que allí suscita sin cesar el pecado" (*Phil.* 136).

⁸ Acerca de estos aspectos, los propiamente metodológicos, Villey se extiende sobre todo en el t. II del *Précis* (*supra*, n. 2). Allí subraya que el derecho no es una "ciencia" (cf., p. ej., p. 49 y N° 153), sino un "arte" (p. 53), una "lógica de la invención" (N° 152). Pues su método es, como en la filosofía antigua y medieval (N° 160), la "dialéctica" de tipo aristotélico (Nos. 157 y 159), que consiste en un "diálogo" (N° 160) mediante el cual los participantes persiguen colectivamente —sometiéndose, para ello, a un procedimiento reglamentado (Nos. 163-8)— la aproximación (siempre inacabada) a una verdad "razonable" del punto que se discute (N° 159). Dicho "método" será aplicado para descubrir esas "verdades" en determinadas fuentes. Para el jurista, tales "fuentes" son "los principios originarios, transpositivos, de donde surge el derecho" (p. 85); el lugar "de donde surgen a la vez las sentencias y los textos legislativos... lo que está más allá del derecho positivo" (p. 123). Y es eso lo que constituye el "derecho natural" precisamente, tomando aquí la palabra "naturaleza" en su sentido antiguo: es decir, según un concepto *integral* de lo que es la naturaleza, de acuerdo al cual ella comprende también fines, valores, coincidencia entre "ser" y "deber ser" (*bonum est in re*) (Nos. 199-200). Así se comprende que dicha noción, la de "naturaleza", sea aplicable al descubrimiento de las "relaciones justas" —derecho natural— existentes en el seno de una colectividad (p. 145 y Nos. 204 ss.).

serían inherentes a la idea de unos DH, e indicación de los rasgos básicos de un enfoque más "realista" —derecho natural clásico— para determinar qué derechos (diferenciados) cabe reconocer según las sociedades que se tomen en cuenta. Analizaré en forma crítica estos planteamientos, sobre todo para hacer resaltar sus insuficiencias metodológicas.

§ 5) El peligro de falsas generalizaciones

En la medida en que la doctrina de los DH dice efectivamente lo que el Prof. Villey dice que ella dice, sin duda las observaciones que él efectúa son correctas, por lo menos hasta cierto punto. Pero la verdadera cuestión es: ¿dice eso, y solamente eso, dicha doctrina? Más aún, ¿cómo se puede saber si lo dice o no lo dice? Y de un modo todavía más general: ¿quién o cuál es la instancia llamada a determinar el contenido de la idea de DH? En una palabra, ¿cómo se hace para dejar fijada la "fuente" de explicitación a la que corresponderá dirigirse para conocer la enumeración y el alcance de esos derechos? (Dejaremos de lado la pregunta acerca de una eventual "fuente" ontológica. Nuestro planteamiento es meramente metodológico: solo nos interesa, aquí, saber cómo podemos identificar, localizar, cuáles derechos son los "humanos", sea cual fuere su "esencia").⁹

La respuesta a esas preguntas sería obvia, al menos desde el punto de vista práctico, si todo el mundo coincidiera en reconocer cuáles son los derechos propiamente "humanos" y, lo que es más importante aún, en qué forma —los grados, las maneras— debe procederse a realizarlos en cada tipo de situaciones. Mas tal acuerdo no existe. El contenido de los DH se manifiesta como un asunto abierto a controversia en amplios márgenes. Discusión tanto en lo referente a la enumeración misma, como todavía mucho más en lo atinente a sus relaciones jerárquicas y las modalidades de su concreción. En rigor no puede decirse que haya una doctrina de los DH, sino, en todo caso, cierto acuerdo general acerca de lo siguiente: que existen unos derechos que corresponden o deberían corresponder a todo ser humano, aunque en muchos aspectos sea discutible cuáles son o hasta qué punto llegan.

Formulémoslo con más precisión, recurriendo para ello a categorías de la filosofía lingüística contemporánea. En efecto, la situación actual

⁹ Claro que los métodos son "adecuados" en la medida en que se "adecúan" a su objeto justamente, vale decir, a tales o cuales caracteres del "ser" de éste. En ese sentido, por cierto que la metodología no es independiente de la ontología, sino que la presupone de alguna manera. No obstante, es posible examinar unas vías metodológicas, aun sin analizar propiamente cuál es la dimensión ontológica del objeto de referencia; o sea, limitándose a identificarlo, pero dejando abiertas distintas posibilidades de interpretación ontológica a partir de esa identificación que constituye apenas un señalamiento. Es en tal plano que se mueve nuestro estudio, pues las precisiones metodológicas que efectuaremos las consideramos compatibles con distintas interpretaciones posibles sobre la "naturalidad" última (ontología) de los DH: por ejemplo, con variadas concepciones iusnaturalistas y hasta con algunos de los enfoques que podrían llamarse "positivistas".

de la doctrina general de los DH es equiparable, en anchas franjas de su conceptualización, a la condición semántica de aquellos términos del lenguaje común que presentan una amplia zona marginal ("periferia", "halo", "penumbra") de vaguedad; zona que, además, es móvil, propensa a tolerar ensanchamientos ("textura abierta"). Es cierto que existe un "núcleo" (core) de derechos que son menos discutidos en el marco de esa doctrina (p. ej., el derecho a la integridad física), pero aun allí caben dudas respecto a algunas situaciones (p. ej., ¿hay "derecho" a no ir al frente de batalla, cuando el Estado pide eso para defender al país?). En suma, no tiene demasiado sentido el referirse a los DH *sin más*. El tema requiere un tratamiento más diferenciado, que distinga tipos de DH, unos más y otros menos básicos. E incluso en el seno de cada tipo básico puede importar, todavía, distinguir entre cuestiones de "núcleo" (de "lesa humanidad", diríamos) y de "periferia" (importantes también, pero menos esenciales), sobre todo en consideración a las posibles formas de violarlos.

Conviene no pasar por alto distinciones como las siguientes, por ejemplo:

- entre DH que se afirman en forma irrestricta (p. ej., el derecho a no ser torturado) y aquellos que pueden estar sujetos a ciertas clases de limitaciones (p. ej., el derecho de reunión);
- entre DH más fundamentales (p. ej., el derecho a la vida) y menos fundamentales (p. ej., derecho de escoger libremente el lugar donde vivir);
- entre DH cuya puesta en efectividad depende de la voluntad de los gobiernos (p. ej., derecho a la libre expresión del pensamiento) y DH cuya realización depende de condiciones económico-sociales que el gobierno no puede crear de un día para el otro (p. ej., derecho "a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo" —art. 23 inc. 4, Declaración de 1948).

§ 6) El ideal de los derechos humanos y su versión realista

Habida cuenta de las precisiones que acabamos de efectuar, así como de otras diferencias y matices que podrían igualmente ser traídos a colación,¹⁰ las observaciones de Villey no tocan sino a quienes sustentan una visión bastante simplificada de los DH. No digo que tal visión no existe, ni que escaseen formulaciones que la dan a entender. Sin embargo, me

¹⁰ Para una visión de las dificultades que ofrece el determinar en forma precisa qué alcance han de tener derechos como el de la libertad de expresión, el derecho a la vida, etc., esto es, establecer cuáles son sus posibles límites y cómo superar eventuales antinomias entre distintos derechos, cf.: John HOSPER, *La conducta humana*, cap. VIII (esp. N° 19), Tecnos, Serie Estructura y Función N° 12, Madrid, 1964, tr. de Julio Cerón.

resisto a reconocerla como el *común* denominador para todos aquellos que invocan unos "derechos humanos".

Es verdad que una Declaración como la de 1948, por la enumeración indiscriminada que formula y por su nivel general de imprecisión, es apta para justificar interpretaciones simplistas. Estando a ella, sería difícil mencionar algún derecho, real o hipotético, que al fin de cuentas no pudiera caber dentro de la categoría de los propiamente "humanos". Por cierto, si DH es *todo eso*, el concepto desemboca en un mar sin fondo. Se trataría, en efecto, de una concepción no menos fantástica que inútil, que en definitiva no permite distinguir nada de nada. Después de todo, nada hay que no sea un poco "humano"...

De hecho, sin embargo, la defensa de los DH ha sido invocada, en general, con más cuidado. En el sentido propio de la palabra, suelen ser tomados en cuenta sobre todo *algunos* de los principios enumerados en la Declaración. Entre ellos, por lo demás, se establecen (así sea implícitamente) gradaciones en cuanto a su importancia; y para apreciar el grado de su realización o violación, se consideran también circunstancias económico-infraestructurales y en general socio-políticas.¹¹

En definitiva, pues, una crítica como la del Prof. Villey, aunque lúcida, no alcanza a la doctrina de los DH, sino solo a una versión de esa doctrina. A la más superficial, la que se agota en vaguedades ontologizadas o simplemente en declamatoria política. Atento a ello, un "llamado a la realidad", como el que significan las observaciones de nuestro autor, debe ser muy bienvenido. Pero ante todo por parte de aquellos a quienes tal crítica *no se les aplica*. Me refiero a los que no recurren a esa visión de esfumante omnigenalidad para calificar de "humano" un derecho, sino que discriminan entre DH propiamente dichos y otros (muchos) derechos. Entre derechos más y menos básicos: un núcleo (realista) de derechos que cualquier Estado debería —pues si quiere, ¡puede!— reconocer, y otros derechos cuya realizabilidad depende de condiciones más contingentes (por más valiosos y deseables que estos sean).

En buena medida, diferencias de tal índole están presupuestas en una serie de pactos internacionales, ya que en ellos se otorgan recursos solo contra *determinados* tipos de violaciones; también son variados los recursos mismos. DH *propiamente dichos*, desde el punto de vista (tácito)

11 Sobre el alcance de los derechos establecidos en la Declaración de 1948, cf. la discusión doctrinaria de que da cuenta: Hernán MONTEALEGRE, *La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos*, Academia de Humanismo Cristiano, Santiago de Chile, 1979; v. cap. 32, sec. 1.a. (i). En el sentido de lo que nosotros llamaremos una visión "realista" de los DH, pueden ser traídas a colación, por ejemplo, las puntualizaciones de Lauterpacht recogidas en el lugar indicado (p. 667-9): "... como todas las disposiciones de los tratados internacionales, también las amplias obligaciones de la Carta en esta materia —que cubren, como lo hacen, en forma comprensiva la relación del hombre y el Estado— deben ser interpretadas en forma *razonable*. La obligación existe y debe dársele eficacia de buena fe, tomando en consideración las *circunstancias y condiciones* de los Estados" (subrayados nuestros).

de dichos pactos, no son sino los que pueden dar lugar a estos recursos. Ante ningún tribunal internacional se puede reclamar la efectividad de derechos cuya realización es imposible, siempre que la imposibilidad no consista justamente en impedimentos puestos o protegidos por el Estado demandado. En la práctica, la doctrina actual de los DH no presenta esa engañosa indistinción que ofrece en la versión de 1948 o en los escritos de algunos autores.

*
* *

De todos modos, dicha Declaración no debería ser tomada tan al pie de la letra. Si bien se mira, en buena parte ella no apunta sino a un ideal lejano, una meta hacia la cual es bueno irse encaminando, aunque sea dudoso que algún día pueda ser alcanzada plenamente. Las utopías no son desechables por el mero hecho de ser tales. Es más, muchas se han revelado como fructíferas, por cuanto destacan, de cualquier manera, un objetivo valioso, que no deja de serlo debido a que solo se pueda alcanzar parcialmente y por etapas (cf. los escritos de Ernst Bloch).

Todo ideal es más o menos contrafáctico. Lo que a la Declaración cabe objetarle no es que sea un *ideal*, y ni siquiera que hoy por hoy resulte imposible alcanzarlo en la mayoría de sus aspectos. Lo criticable es su *manera de exponerlo*, por recurrir a un lenguaje tan inadecuado que suscita la impresión de que *todo eso está en un mismo nivel*, tanto desde el punto de vista axiológico cuanto en lo referente a su realizabilidad. Es esta indistinción lo que hace que, si se acude a una interpretación piedeletrista, objeciones como las de Villey no estén descaminadas, aunque en realidad solo dan en el blanco con respecto a *parte* de lo formulado en dicho documento. (El cual, por lo demás, tiene muchos otros defectos técnicos: por ejemplo, usa constantemente modos del "es", allí donde corresponde el "debe").

En síntesis: aunque la crítica de Villey encuentra ciertamente materia propicia en la *letra* de la Declaración, y también en el tenor de muchos comentarios (de filósofos, juristas, políticos, etc.), tal crítica me parece ser muchos menos pertinente en relación con la doctrina *práctica* de los DH: lo que podríamos llamar su versión "realista", aquella que suele invocarse ante casos concretos respecto a los cuales se denuncian —y con toda precisión!— violaciones de ciertos derechos básicos. No me atrevería, por mi parte, a calificar de utópicos o injustificados *estos* derechos, contra cuyo irrespeto se suelen levantar las protestas (p. ej., en el caso de torturas o desapariciones). Es más, no creo que el propio Villey contemple sin indignación tales violaciones. Tal vez él prefiera, eso sí, hablar de un "derecho natural" (DN) para identificar los valores humanos que allí están en juego. Pero cabe preguntar: ¿se gana algo, ya sea desde el punto de vista metodológico o desde cualquier otro, con denominar DN, en vez de DH, el tipo de soluciones jurídicas que consideremos las más adecuadas, esos *ideales* que "nos son todavía necesarios" (*Crit. 242 in limine*)? Examinaré este punto a continuación.

§ 7) Insuficiencias del "derecho natural" como terminología y como método

No está claro qué ventaja se seguiría, para alcanzar más precisión, en llamar derechos "naturales" a aquellos (o a una parte de los) que actualmente se suele calificar de "humanos". Bien mirado, tan poco precisa es una terminología como la otra. Si la objeción de Villey es que se está denominando "humanos" a unos derechos que en la práctica es imposible reconocerle a la totalidad de los hombres, esto no puede significar sino una de las dos cosas siguientes: o que no existe *ninguna* clase de derechos que a todo ser humano le deban corresponder por el solo hecho de serlo; o que hay tales derechos, sí, pero que no se trata de *todos* aquellos conocidos como DH. En la primera hipótesis, obviamente no habría *nada* que correspondiese a esta denominación, y entonces Villey tendría razón en aconsejar que se prescindiera de ella. Por el contrario, en la segunda hipótesis —y me da la impresión de que tal es la posición de Villey—¹² no habría una diferencia de principio con la doctrina de los DH, al menos con lo que hemos denominado su versión "realista"; todo quedaría reducido a sustituir un adjetivo por otro, "humano" por "natural", pero esto sin que en nada la imprecisión propia de uno quede paliada por recurrir al otro.

En definitiva, lo que importa es el *método* de reconocimiento de los derechos en cuestión. Nuestro asunto desemboca, así, en la siguiente pregunta: ¿qué diferencia metodológica existe, si es que hay alguna, entre la manera de averiguar si algo es un DH y la manera de averiguar si algo es un DN? O planteado de otra manera: ¿hay DH que no sean DN, o DN que no sean DH, y en qué se diferencian unos de otros en cuanto a la manera de detectarlos? Que la diferencia en el método existe, y que ella es fundamental, constituye precisamente la tesis básica de Villey. Por mi parte, en cambio, lo considero bastante dudoso. Me explicaré.

Sobre la manera de determinar en general cuáles son los DH, y más aún acerca de conclusiones concretas en esa materia, existen y han existido divergencias, fundamentales a veces. No hay una respuesta única. En todo caso, se podría decir que en la etapa histórica actual la enumera-

12 Recuérdese que, según Villey, los DH constituyen un "ideal" y que como tal "nos son todavía necesarios" (*Crit.* 242; v. también *supra*, § 3 *in limine*). Ya Burke había dicho que "The rights of man, that is to say, the natural rights of mankind are indeed sacred things" (cit. en *Phil.* 133). Idea que Villey suscribe, para agregar de inmediato: "Tal vez haya un mínimo de ventajas sustanciales que hoy se le pueda reconocer a todos los habitantes del globo, a título de 'derechos humanos', aunque ese mínimo es bien vago, es indeterminado y escurridizo (*indistinct et fuyant*), sin consistencia definida" (*ibid.*). Y en el *Compendio* (*supra*, n. 2) subraya (Nº 92 *in fine*) que, para él, de lo que se trata no es de negar la "dignidad del hombre", sino que, por el contrario, está plenamente de acuerdo con que se debe "respetar la persona humana" y convencido de la "igualdad básica" de todos los seres humanos; solo que esto lo ve, él, como algo que se relaciona únicamente con "ciertos bienes", de carácter "espiritual", que no son divisibles y que, por tanto, no corresponderían a la esfera del "derecho" mismo (de acuerdo al sentido —estrecho— que nuestro autor le da a este término).

ción de aquellos derechos ha encontrado cierto consenso internacional, por lo menos de labios para afuera, con respecto a un núcleo básico de ellos (p. ej., hoy nadie se atreve a defender públicamente el uso de la tortura). A pesar de todo, justo es reconocer que desde el punto de vista metodológico sigue dejando que desear el nivel de precisión con que es tratado el concepto de DH.

Ahora bien, ¿es mayor la precisión con que está determinado qué pueda entenderse como DN? No lo creo. La metodología que Villey, inspirándose en la "dialéctica" aristotélica y en los procedimientos de controversia utilizados por los juristas romanos y medievales, nos ofrece como modelo, se caracteriza justamente por su falta de intersubjetividad científica. Por eso ella constituye ni más ni menos que un "arte"... Aun admitiendo que "existen" unos derechos de carácter "natural", y sea cual fuere el *status* ontológico de dicha "naturaleza" (¿psicológico o extrapsicológico? —¿individual o social? — ¿ser o valer? — etc.), es indudable que su descubrimiento o reconocimiento —dando por supuesto que de veras se trate de un descubrimiento o de un re-conocimiento— no se halla asegurado por procedimientos de resultado *unívoco*. Hay mucha controversia sobre esos puntos, incluso entre los especialistas (p. ej., entre juristas). Hasta la fecha no se ha descubierto ninguna vía para llegar con seguridad a acuerdos finales en los aspectos controvertidos, que no son escasos ni de importancia secundaria. Qué soluciones jurídicas son las más "naturales" y cuáles son antinaturales, es asunto que está lejos de ser evidente, tanto antes como después de discusiones "dialécticas" al respecto.

Claro que se puede hacer *como si* el acuerdo reinara, esto es, dejando establecido que al final de un procedimiento dado (judicial, por ejemplo) se aceptará lo que decida la mayoría o un intérprete autorizado. Mas esto, a diferencia de las verdades aceptadas en las ciencias propiamente dichas, no significa que se haya llegado a un auténtico consenso sobre el fondo. Solo significa que unos se resignan, de buena o mala gana, a seguir lo que dicen otros, aunque aquellos sigan creyendo que estos están equivocados. El "diálogo" de que habla Villey, del mismo modo que los "principios originarios, transpositivos" (v. *supra*, n. 7), en que se basarían esas soluciones, todo ello presenta un contenido que no es ni más ni menos inseguro que cualquier procedimiento, judicial o no, que pretenda aprehender unos derechos específicamente "humanos".

Sustituyendo DH por DN no hacemos más que poner Y en lugar de X. No menos discutible y discutidos son los segundos que los primeros. Tan "evidente" o tan poco evidente, según como se mire, es la distinción entre lo "natural" y lo "no natural" como entre lo "humano" y lo "no humano", si estas calificaciones se usan para tratar de distinguir derechos que *deben serle* reconocidos a cada persona. Ni en cuanto a las implicaciones semánticas ni en cuanto a los métodos de determinación aplicables, ninguna de estas calificaciones presupone cosas que no pueda presuponer también la otra. Así como ninguna de ellas suministra, tampoco, pautas metodológicas netas para determinar los contenidos jurídicos que se imputan a estas categorías.

§ 8) Paralelismo entre "derechos humanos" y "derecho natural", en cuanto a su función pragmática: (a) el valor heurístico y el efecto "emocionalizante".

En realidad, la noción genérica de DH, del mismo modo que el concepto genérico de DN, no son otra cosa que unas ideas que tienen alguna virtud *heurística* para cuando se encaran juicios valorativos sobre realidades políticos-sociales dadas o sobre la manera de llegar a hacerlas efectivas. Desde tal punto de vista, el de su virtud heurística, tanto puede servir (o no servir) la una como el otro, según los casos y las finalidades perseguidas; su función es exactamente la misma, como también es más o menos similar su indeterminación ("zonas marginales", textura abierta").

La idea heurística básica, en uno y otro caso, adquiere una concreción algo mayor en cuanto se pasa a indicar ciertos modelos particulares que se derivan o entran dentro de aquella calificación genérica: por ejemplo, derecho a la integridad física, derecho a no ser sometido a esclavitud o a segregación racial, etc. Pero incluso estos derechos, aunque más específicos ya, no suelen carecer de indeterminaciones. No es corriente —porque no es fácil lograrlo o porque no se quiere— que ellos sean objeto de definiciones cuyas notas resulten susceptibles de un neto control intersubjetivo para las modalidades de su realización práctica; definiciones que sean bastante operacionales, por lo menos hasta cierto punto. En ese sentido, tampoco la noción de DN suministra indicación alguna.

En síntesis: aunque existe, de hecho, un consenso acerca del "núcleo" de algunos valores que corresponden a aspiraciones de los individuos, en forma tal que suele aceptarse que toda organización debe asegurarle a las personas humanas las garantías necesarias para que dichos valores no se vean perjudicados en su realización, vale decir, que al menos no lo sean con el consentimiento del Estado; en cambio, el acuerdo falta sobre el contenido de las "zonas marginales" de dichos conceptos, que pueden ser amplias, y acerca del contenido que ha de tener la reglamentación concreta de aquellas garantías. Para todos estos efectos resulta indiferente que esos valores sean clasificados como DH o DN o ambas cosas a la vez.

Esos dos calificativos tienen, desde el punto de vista de la comunicación, características similares. Son fórmulas que se mueven antes bien en el plano axiológico que en el de lo empírico-descriptivo, cumplen una función básicamente "emocionalizante". Decir que algo es "derecho", significa ya, de por sí, una manera de dar a entender que *está bien* actuar de la manera correspondiente y que *está mal* obstaculizarlo. Mucho más aún si se le agrega el calificativo de "humano" o de "natural". Lo "humano" y lo "natural" toman un sentido de última *ratio* en el discurso ético-político. Si alguna de estas calificaciones es aceptada para el objeto en cuestión, ella obra como un fundamento inimpugnabile a los ojos de mucha gente, incluso de filósofos. Se supone que eso no requiere justificación ulterior, que no admite discusión. No ocupan el puesto de una conclusión, sino que se presentan como *axiomas*, como los puntos de partida mismos del razonamiento que recurre a dichos calificativos. Son de

orden sacralizante, obran al modo de "términos-bandera", o sea, que tienden a suscitar una adhesión *inmediata* y no la discusión en torno a la legitimidad de lo presentado bajo esas etiquetas.

La función lingüístico-pragmática de llamarle a algo DH o DN, es el extraer esos derechos —es decir, las aspiraciones que éstos promocionan— del cuadro de aquellos cuya legitimidad pueda llegar a ser cuestionada. Eso se logra por medio justamente del "sentido emotivo" (Ch. L. Stevenson) que va anejo a dichas expresiones. Desde el punto de vista lógico, se trata de un "expediente de inmunización" (H. Albert). En el plano del razonamiento político social opera un "cierre del universo del discurso" (H. Marcuse), dentro de los lindes que le trazan ciertas pre-comprensiones-tabú de la ideología subyacente.¹³

§ 9) Paralelismo entre "derechos humanos" y "derecho natural", en cuanto a su función pragmática: (b) bases "sacralizadas" en el discurso científico.

Sin embargo, pienso que la "inmunización" no constituye, *en sí misma*, un impedimento para desarrollar en forma metódica la doctrina de los DH. Máxime teniendo en cuenta que la sacralización ni siquiera puede ser refutada, aunque tampoco confirmada, desde el punto de vista científico. En efecto, no habría que perder de vista algunas otras puntualizaciones, a saber: (1) Solo aceptando (y no hay por qué hacerlo) la más estrecha de las visiones positivistas acerca de la ciencia política y la jurídica, resultaría que valoración = discurso "desechable"; por lo demás, si un "positivista" sostiene esto, él mismo está valorando, con lo cual se ve envuelto en un círculo vicioso o en un regreso al infinito de valoraciones negativas, nunca alcanzaría la ansiada "objetividad" (avalorativa). (2) El discurso ético-político no puede ser sino valorativo, al menos parcialmente, salvo ubicándonos en un plano como el de la metaética; pero ésta, por definición, no sirve para marcar objetivos políticos, no *establece* derechos. (3) Todo razonamiento, aun el de las ciencias lógico-formales o las de la naturaleza, y el avalorativo en general, parte de unos presupuestos básicos que, por ser tales, están sustraídos a la discusión; esas bases se asumen allí como *in-discutibles* en el marco del razonamiento así presentado. (4) Lo único peculiar de las bases admitidas para un razonamiento ético-político —bases como pueden serlo ciertos DH, por ejemplo— es su carga emotiva; pero tal "carga" viene simplemente a acompañar los aspectos descriptivo-conceptuales de dichas bases, sin afectar su *status* lógico

13 Cf. mi estudio: *Control sobre las libertades, por medio de "la" Libertad como ideología*, ponencia presentada al X Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, México 1981, que ha sido publicada en *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, vol. XX, N° 51 (junio 1982), p. 55-69; v. allí el apartado IV, en donde utilicé el concepto de *término-bandera* para analizar la función "ideológica" de la palabra "libertad".

de "bases", así como tampoco un presupuesto científico queda descartado, como tal, por el hecho de que uno o más investigadores crean "apasionadamente" en él.

En consecuencia: aunque es cierto que los DH constituyen una base inimpugnable del discurso que los toma como última *ratio*, y que el "sentido emotivo" de tal base se contagia a ese discurso todo entero, ello no afecta forzosamente la racionalidad de éste. No la afecta, siempre y cuando los escalones del discurso estén ilados con coherencia lógica y no contradigan conocimientos empíricos; eso sin perjuicio de que, por referirnos allí a juicios de valor, tales juicios no se agoten en dichos conocimientos ni se desprendan de éstos propiamente. El carácter "sacralizante" del lenguaje de los DH no constituye, pues, un motivo suficiente para descartar la corrección racional (eventual) de dicho lenguaje, aunque tampoco cabe darla por supuesta sin más. Por más "sagrado" que pueda ser considerado lo que se afirma en la base, esto no representa un argumento en contra ni a favor de la posibilidad de edificar un discurso científico a partir de ella.¹⁴

Aunque las bases de un razonamiento tengan connotaciones más o menos "emotivas", desde el punto de vista científico eso es indiferente si aquél ofrece las siguientes condiciones: (i) que el contenido conceptual de dichas bases se encuentre, de todos modos, delimitado con suficiente *precisión* (significado inequívoco); (ii) que los eslabones y las conclusiones del discurso guarden *coherencia* lógica entre sí y con aquellas bases; (iii) que en la medida en que las premisas y las conclusiones contengan afirmaciones sobre hechos (ser), éstas resulten empíricamente *contrastables*, ya sea en forma directa o indirecta; (iv) que las tres condiciones precedentes sean *inter-subjetivamente* verificables y comunicables.

Ahora bien, desde estos cuatro puntos de vista tanto da que las bases del razonamiento jurídico-político, una vez que son presupuestas, se identifiquen como DH o DN. Ambas etiquetas son conciliables con cualquier metodología, aunque sean emotivizantes. Claro que también son conciliables con cualquier renuncia a la aplicación de métodos científicos propiamente dichos, para lo cual basta con dejar su contenido conceptual lo

¹⁴ Ello es así en virtud del papel específico que la racionalidad puede tener en la esfera de los juicios de valor. Más concretamente aún, por la naturaleza de la relación medios-fines, ya que los fines (valores) pueden consistir en postulados que no son ellos mismos susceptibles de ser probados científicamente; sin que esto excluya que consigan ser científicos, si los medios puestos al servicio de dichos fines. Por tanto, no existe un impedimento de principio para construir un discurso racional que tome en cuenta valoraciones como base: cf., a este respecto, los clásicos planteamientos de Max Weber. En cuanto al concepto de "ciencia" en sentido estricto, y en relación también con lo anterior, cf. Arnold BRECHT, *Teoría política*, Depalma, Buenos Aires, 1963; v. p. 28-30, 118-121, 232-239, 290-292 y *passim*. Acerca del papel que a la racionalidad le corresponde específicamente en el discurso jurídico sobre los DH, cf. el N° II.3 del trabajo mencionado *supra*, n. 3; cf. también el trabajo mencionado *infra*, al final de la n. 16.

bastante indeterminado, como ocurre con ese "arte" que nos propone el DN "clásico". En síntesis: nada depende de que prefiramos concebir ontológicamente estas bases como manifestación de unos DH o antes bien como producto de un DN; en la práctica, todo depende del *método*, o de la falta de método, con que identifiquemos los contenidos normativos concretos que imputaremos a dichas etiquetas. Mas desde el punto de vista de los métodos, ya vimos que el DN clásico no procede menos acientíficamente ("arte") que la teoría tradicional de los DH.

§ 10) *Paralelismo entre "derechos humanos" y "derecho natural", en cuanto a su función pragmática: (c) eficacia.*

Si nos trasladamos a una perspectiva distinta —no ya indagando la corrección científica, sino la *eficacia* práctica de estos discursos— cabría discutir, por ejemplo, otras dos cosas todavía: (1) si no será indispensable, para asegurar la efectividad de los derechos en cuestión, acudir a algún lenguaje emocionalizante, como el calificarlos de "humanos" o "naturales"; (2) y si, supuesto que se acepte una contestación afirmativa para (1), ha de resultar más "eficaz" hablar de DN que de DH, o al revés, o si tanto da lo uno como lo otro.

(1) Cabe pensar que, dada la manera eminentemente "ideológica" en que la gente piensa sobre las cuestiones político-sociales, resultaría difícil (si no imposible) asegurar un consenso "viviente" sobre ciertos principios si éstos fueran presentados en un lenguaje que tenga la asepsia del de las ciencias; y esto aunque en dicho lenguaje ni siquiera se echase mano a términos técnicos. Un buen grado de simplificación y de "emotivización", que solo en el mejor de los casos no coquetea con le demagogia, parece constituir la condición mínima para que una idea se "haga carne" en la generalidad de las personas, sin excluir a los juristas.

(2) No sé si alguien opinará que puede resultar más adecuado, para alcanzar una realización generalizada de ciertos derechos, que los veamos como "naturales" antes bien que como "humanos". Por mi parte, no me animaría a zanjar esta cuestión, ni creo que poseamos elementos de juicio ciertos (quiero decir, empíricamente corroborados) para saberlo. De todos modos, no veo mayor motivo para suponer que el adjetivo "natural" tenga, en ese sentido, un efecto más eficaz que el adjetivo "humano". Tampoco desde tal punto de vista se logra apreciar alguna ventaja en sustituir el segundo por el primero.

§ 11) *Algunas conclusiones de orden metodológico*

En definitiva, las cuestiones claves son dos: (1) *qué* valores de la conducta humana han de dar lugar a derechos básicos; (2) *cómo* pueden ser estos realizados de la manera más consecuente y eficaz.

(1) La pregunta se refiere ante todo a unas *decisiones últimas*, a valores que no pueden ser fundamentados ellos mismos. Eso no puede ser resuelto por vías de la ciencia,¹⁵ ni en general racionalmente, sino que tales valores (o valoraciones) constituyen el punto de partida mismo de cualquier cadena racional en la materia. El papel de la racionalidad, con respecto a ellos, se reduce a la posibilidad de formular de la manera más intersubjetiva posible una delimitación conceptual de dichos valores —pero no a justificarlos como tales— y luego a razonar (extraer consecuencias lógicas o empíricas) en función de estos presupuestos. Claro que dicha delimitación, aunque solo es instrumental, resulta de lo más importante como punto de partida, si se desea colocar las *ciencias* al servicio de la puesta en práctica de aquellos valores tomados como fines. Si logramos fijarlos en el marco de buenas conceptualizaciones, vale decir, definirlos de manera que resulten *delimitados* en la medida necesaria como para alcanzar el grado de intersubjetividad que ostentan los términos básicos de todo lenguaje *propiamente* científico, entonces poco importa que prefiramos imputarlos a la categoría DH o a la categoría DN; como tampoco importará, a estos efectos, discutir si esas dos categorías son o no son la misma cosa más o menos.

(2) Una vez adoptadas las decisiones (acientíficas) que exige el punto anterior, resuelto cuáles son los fines que se perseguirán, pasa a plantearse la cuestión de los *medios* para llevarlos adelante. Y es aquí donde nos enfrentamos a la opción: ¿métodos científicos o "arte"? También esta opción será resuelta, en definitiva, por una decisión que en sí misma no es científica, sino que constituye un acto de fe, resulta de nuestro grado de confianza o desconfianza en las posibilidades de la ciencia para resolver problemas de la conducta humana.

Hay quienes (i) piensan que los métodos de las ciencias nomológicas son por esencia inadaptados para "comprender" (*Verstehen*) y, por ende, para organizar dicho campo. Es el caso, por ejemplo, de una posición como la de Villey, cosa que lo lleva a pregonar que semejantes asuntos son cuestión de un "arte", el cual no puede sino proporcionar soluciones más o menos "razonables". Otros (ii) consideran, en cambio, que los esfuerzos pueden y deben estar dirigidos más bien en sentido contrario: tratar de sustituir, en el mayor grado posible, los inseguros y a menudo contradictorios razonamientos de talés "artes" por una *racionalidad* científica, de modo tal que, también en aquel campo, sean aplicados métodos firmemente intersubjetivos para analizar los problemas y controlar las soluciones.¹⁶

15 V. *supra*, n. 14.

16 Sobre la alternativa entre las dos vías mencionadas, cf. mi artículo: "Lo racional y lo razonable", en *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica* N° 43 (enero-junio 1978), p. 1-32. Me he referido también a ello en: "Rationalité et méthode dans le droit", *Archives de Philosophie du Droit*, t. 23 (1978), p. 265-293 (v. esp. p. 282 ss.); y "Rationalität der Autoritäten oder Autorität der

Villey señala que la concepción del DN conlleva una orientación del tipo (i). Sin embargo, no alcanzo a percibir qué dificultad habrá en aplicar también esa orientación, igual o análogamente, a los llamados DH, ya que con tanta elasticidad puede concebirse el contenido de éstos como el del DN ("clásico" o no). En cuanto a la orientación (ii), cabe subrayar que: por un lado, lo cierto es que la doctrina general de los DH no presupone tal orientación; por el otro lado, sin embargo, esta doctrina no se pronuncia tampoco contra dicha posibilidad, la de recurrir a métodos propiamente científicos, y esto no se vería forzosamente impedido ni siquiera por considerar "naturales" a la totalidad o a algunos de esos derechos.

*
* *

Desde el punto de vista práctico, por tanto, lo fundamental no es la disputa —ontológica o terminológica, como se quiera— acerca de si los derechos en cuestión son esencialmente "humanos" o "naturales", o ambas cosas a la vez, sino cómo y con qué *rigor* —¿científico o meramente "razonable"?— se resolverán los puntos siguientes (relacionados con las preguntas que señaláramos al principio: *supra*, § 1):

- Distinción entre fines (postulados indemostrables) y medios (tal vez determinables científicamente, pero de racionalidad instrumental, subordinada);
- Grado de precisión con que sean formulados esos fines y establecidos los medios, para que de ello puedan seguirse consecuencias que resulten lo más intersubjetivamente determinables y controlables con vistas a la aplicación práctica de dichos medios;
- Dilucidar si estos conceptos pueden (vale decir, si son lo bastante intersubjetivos como para) ser puestos en relación con conocimientos adquiridos por la ciencia política y la sociología científico-experimental, de modo que, al abocarse a la instrumentación práctica de los derechos en cuestión, se pueda aprovechar también los aportes de estas disciplinas;
- Delimitar, con el mayor realismo posible, el ámbito de aquello que es verdaderamente viable en materia de realización y defensa de los DH, para lo cual habrá que tener también muy en cuenta las posibles contradicciones entre ellos (esto es, los tipos de situaciones donde la realización de ciertos derechos va en perjuicio de la de otros.)¹⁷

Rationalität?", *Rechtstheorie* t. 8 (1977/2), p. 145-163 (v. esp. p. 155 ss.). sobre la cuestión general de saber qué tipo de "cientificidad" puede corresponderle al derecho, cf. mi estudio: "Ciencia jurídica como un problema de métodos", en el Apéndice IV de la *Enciclopedia Jurídica Omeba*.

EN CONCLUSION.—Que a ciertos derechos, considerados particularmente importantes para todas las personas humanas, los llamemos DH o DN, es un asunto de convenciones lingüísticas. Lo que desde el punto de vista científico cuenta, es el grado mayor o menor en que sean precisados los términos y los planos que allí están en juego, o sea, lograr la más rigurosa delimitación conceptual intersubjetiva del contenido de los fines y de los medios que se han de poner en práctica. Es este problema, el de los métodos de razonamiento aplicables, lo decisivo: ¿ciencia o "arte"? —¿lo racional o lo meramente "razonable"? No creo que tal alternativa equivalga, y ni siquiera que sea tematizada, por una disyuntiva del tipo: ¿derechos "humanos" o derecho "natural"? Antes bien, un tratamiento científico de la problemática de los DH requiere superar esta opción, o simplemente olvidarse de ella.

LECTURAS DE LA COMISIÓN DE POLÍTICA DICTAMEN

17 Sobre esas contradicciones, cf.: Enrique Pedro HABA, *La idea de Totalitarismo y la libertad individual. Autopsia de una noción mistificadora*, Temis, Bogotá, 1976; v. cap. II, sec. B (esp. N° 29). Cf. también el cap. de Hospers indicado *supra*, n. 10.

LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO EN EL ARTICULO 49 DE LA CONSTITUCION POLITICA*

Licda. Elvira Batalla

Asesora Parlamentaria

* El estudio fue realizado en el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, a raíz de una consulta en el trámite del Proyecto de Ley de Creación del Sistema Nacional de Radio y Televisión Cultural.

El acento del derecho uruguayo en la Constitución se advierte en aquellas disposiciones que hacen alusión a las instituciones públicas, especialmente al referirse a su autonomía. La incidencia se explica por la fuerte influencia de la corriente uruguayista de principios de siglo en el campo del derecho administrativo, que impregnaba el pensamiento jurídico de algunos de los redactores del Proyecto de Constitución del cuarenta y nueve, así como el de varios miembros de la Junta de Gobierno y de representantes del Partido Social Demócrata a la Asamblea Constituyente. Sin embargo, en gran parte el precedente de la ley española de 1956 inspira el numeral 49 al reformarse éste en junio de 1963, lo cual no obsta para que con un criterio legalista, típicamente costarricense, queden dentro de la regulación "todas las entidades de derecho público".

En el sistema jurídico nacional se tienen como entidades de derecho público las que realizan funciones administrativas, sea que la actividad de la Administración deriva del ejercicio de su potestad de imperio, dentro de sus facultades regladas o discrecionales por normas de derecho público. Tal es el criterio sostenido por nuestros más altos tribunales y recientemente confirmado por la Sala de Casación que declaró persona de derecho público a la Corporación Costarricense de Desarrollo (CODESA), empresa estatal estructurada como sociedad mercantil con regulaciones propias del derecho común y aparentemente fuera de los controles que establece el derecho público.

En general la doctrina determina si un ente, por su naturaleza jurídica, es de derecho público o privado, estableciendo si lo regula uno u otro régimen. Al efecto, señala Sayagués Laso, "se estará en primer término a la voluntad legislativa: si el derecho positivo da una solución, el intérprete no puede desconocerla. Cuando la cuestión no quede resuelta en esa forma, se examinará el conjunto de disposiciones relativas al origen, organización y funcionamiento de la entidad, especialmente las que establecen su forma de creación, fines que persigue, existencia de potestades o privilegios típicos del derecho público y naturaleza del contralor a que se encuentra sometido".¹

La gran agrupación de las personas públicas incluye, además de las que estructuran la administración, las que para descentralizar las funciones del Estado forman las corporaciones municipales, los entes autónomos y las empresas del Estado. Se suman al conjunto, integrando una categoría distinta, las llamadas personas públicas no estatales; pero en definitiva

¹ Sayagués Laso, Enrique, "Tratado de Derecho Administrativo", Editorial Martín Bianchi Altuna Maldonado 2215, Montevideo, 1959, tomo I, p. 176.

todas son entidades de derecho público por cuanto actúan total o parcialmente conforme a normas de tal régimen.

La distinción entre personas públicas estatales y personas públicas no estatales no tiene cabida en nuestro sistema, con vista del artículo 49 de la Constitución, que establece la jurisdicción contencioso-administrativa para todas las personas de derecho público que realicen funciones administrativas. Esa vía no es aplicable en sistemas jurídicos en donde existen entidades de derecho público no estatales, cuyas decisiones no se consideran actos administrativos con potestad de mando, típicos de la Administración y en donde expresamente la Constitución lo señala —como sucede con la de Uruguay, cuyo artículo 309 y siguientes determinan que contra las decisiones de dichas entidades no proceden los recursos administrativos ni la acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y las impugnaciones de las mismas se hacen conforme a las reglas especiales que establece la ley—.

El sistema jurídico costarricense en cambio sí es acorde con el derecho uruguayo en lo que se refiere a la autonomía que tienen algunos órganos por la descentralización de funciones. Entre las características que presentan los entes administrativos descentralizados, resulta esencial que ellos tienen personalidad jurídica, por ella las instituciones autónomas gozan de independencia administrativa (Art. 188 de la Constitución), potestad que les permite darse sus propias normas sin más sujeción, en materia de gobierno, que las que le señale la ley. Aún cuando tales entidades administran sus propios intereses financieros y dictan sus presupuestos, con observancia de lo dispuesto en el artículo 176 de la Constitución, la Contraloría General de la República debe examinarlos, procediendo a su aprobación o improbación, así como a fiscalizar su ejecución y liquidación (Art. 184 idem.).

En cuanto a la integración de los órganos de las instituciones autónomas, la designación puede provenir del Consejo de Gobierno, como lo señala el inciso 4) del artículo 147 de la Constitución; por elección —como sucede en nuestras universidades— o por algún otro procedimiento que determine la ley. En todo caso, la integración de los directores tendrá su origen en la propia Administración o provendrá de otras fuentes que no estén inhibidas de participar en la escogencia de los mismos. En este sentido no es posible la intervención por parte del Poder Judicial, que conforme a la Constitución le corresponden las funciones que dicho texto señala y las de administrar justicia. Tampoco podría hacerlo la Asamblea Legislativa, pues la Constitución le confiere atribuciones exclusivas, sin que pueda la misma arrogarse otras, precisamente porque por esa vía podría llegar a desmembrar a los demás poderes del Estado de aquellas que les son propias.

Entre la gran gama de personas públicas estatales, están comprendidas las empresas del Estado. Su régimen legal dependerá de la naturaleza de sus actividades específicas, por ello "todos los actos de los entes estatales, aún cuando parcialmente estén regidos por el derecho privado,

DE DERECHO
mantienen no obstante su carácter de actos administrativos regidos primordialmente por el derecho público".²

En sentido amplio las empresas del Estado se refieren a toda empresa económica que se encuentre en el sector público de la economía. Estas serían:

1. *Las empresas propias* (sin personalidad jurídica propia, administradas directamente por la organización administrativa central).
2. *Las sociedades de economía mixta* (con la participación de capitales estatales y privados). El calificativo de "mixtas" expresa la confluencia del derecho público y el privado. La participación estatal y la privada se da tanto en el capital como en la gestión de la sociedad en razón de un "interés general". Es indiferente la procedencia de los capitales, éstos pueden ser nacionales o extranjeros. Los elementos considerados por la doctrina como notas constitutivas de la institución son: a) razones de interés general que justifiquen la participación del estado. El "interés general" se entiende como complemento de los fines del Estado como tal. Debe hacerse la calificación en cada caso concreto. b) Coparticipación en el capital del Estado y con las personas de derecho privado. c) Coparticipación en la gestión del Estado con las personas de derecho privado. Entre los aspectos de importancia que debe señalar la ley que los regule, están los siguientes: Amplia participación (por ejemplo, en la legislación peruana se establecen porcentajes iguales del capital del sector privado y del sector estatal). El control de tal liberalidad es el derecho de veto que tiene el Estado y el régimen de designación de directores y miembros del Consejo de Vigilancia que tutela los intereses del Estado. El sistema se estructura para la formación, revisión, observación, aprobación y divulgación de las cuentas sociales. (En Perú se sigue el sistema de la Ley Alemana de Sociedades por Acciones). "En la actualidad, las sociedades de economía mixta constituyen un régimen de explotación económica bastante difundido, especialmente en lo que se refiere a las grandes empresas de servicios públicos y también a empresas industriales de interés general cuando el capital privado o estatal resulta insuficiente para su debida explotación o se trata de actividades en las que, por razones de conveniencia política o económica, se hace necesario el control del sector público".³

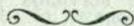
2 Dictámenes del 22 de enero de 1965 de la Procuraduría del Tesoro de la Nación, cit. por Gordillo, Agustín A., "Empresas del Estado", Buenos Aires, 1966, Ed. Macchi, p. 85.

3 Maisch von Humbolt, Lucrecia, "Sociedades de Economía Mixta", Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1973. Passim.

articulado señalan fuentes de ingreso, pero sin determinar su suficiencia para el eficiente cumplimiento de los fines que persigue y si puede la entidad disponer de su patrimonio en cuanto a su distribución y empleo. Las partidas que se le llegaren a asignar en los presupuestos de la República, quedan a juicio del Poder Ejecutivo, lo cual no es garantía de independencia económica; distinto sería si se le asignara el monto proveniente de un impuesto específico, como por ejemplo lo tienen algunas instituciones, derivados del consumo de cigarrillos, bebidas gaseosas, etc., o de alguna otra fuente, como lo es el ingreso que reciben algunos colegios profesionales por concepto de timbres especiales, del cual disponen libremente.

En cuanto a aspectos de política de la institución, el Proyecto no permite aún conocer cómo se determinarán. Conviene establecer algún lineamiento en ese sentido y así también la integración de su cuerpo de directores y los controles de éste, señalándose además los requisitos de nombramiento de esas personas, las causas de su remoción, la investigación que corresponda al efecto y a quién o quienes compete la destitución de esos cargos cuando proceda.

Una posibilidad para integrar el cuerpo de directores de la entidad, sería que el Consejo de Gobierno escogiera personas incluidas en ternas propuestas por la Universidad de Costa Rica, que es la única que en estos momentos cuenta con escuela de periodismo; otros miembros podrían seleccionarse de entre las listas que sometan los partidos políticos —por ejemplo que tres de ellos, inscritos a escala nacional y que hayan obtenido mayoría de votantes en la elección inmediata anterior—. La mecánica podría ser la utilizada por la ley conocida como del "4-3" (Ley N° 4646 de octubre de 1970), mediante la cual se renovaban algunos de los siete miembros de diversas instituciones después de cada cambio de Gobierno (tres o cuatro directores, según correspondiera), por un período que vencía cada ocho años. En la entidad el Poder Ejecutivo no tendría representación, aunque correspondiera al Consejo de Gobierno hacer los nombramientos, éste no podría revocarlo si no es con base en información de la Contraloría General de la República, en la que se ponga de manifiesto que hay causa para ello.



Reseñas bibliográficas:

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis: *Filosofía del Derecho* (Quinta edición, revisada y aumentada), Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1979, 836 p., 21,5 x 15,5 cm.

El manual del profesor Legaz y Lacambra es, desde hace muchos años, una obra clásica de referencia en España; junto con el de Recaséns constituyen los dos textos más difundidos de filosofía del derecho, entre los pertenecientes a escritores de habla castellana. La edición a que me referiré constituye la última versión de dicho manual, por lo que no quiero dejar de señalarla aquí.

Este libro constituye, puede decirse, el testimonio de toda una vida consagrada al estudio y a la enseñanza de la filosofía jurídica. Consigue ofrecer, por ello, una información realmente vasta sobre un extenso abanico de temas que han sido tratados bajo ese rubro. Se encuentran agrupados en diez grandes capítulos, cada uno de los cuales está dividido en secciones, las que a su vez constan de otras subdivisiones, de modo que el material aparece presentado de una manera conveniente para facilitarle al lector la debida ubicación sistemática en el seno de una obra que contiene tanta cosa. La exposición es llana, muy accesible, y en general trae referencia a las principales posiciones que suelen ser sostenidas alrededor de cada punto, sin perjuicio de que el autor pone mayor acento en explayar aquellas que se hallan más cerca de sus propias ideas. Las notas bibliográficas, a menudo muy nutridas, suministran un cuadro abundante de la literatura (sobre todo la europea) referente a los temas examinados; tienen además el mérito de estar muy al día. El índice analítico general, que abarca ocho páginas, permite localizar con comodidad los puntos que hilvanan las líneas de la exposición.

La orientación del autor es de corte iusnaturalista. Cabe ubicarla (cf. p. 289 s.) en el marco del cognotivismo axiológico —aunque él no usa esta terminología. Legaz considera que, entre los elementos de una "definición descriptiva del Derecho", corresponde reconocer que "la idea de justicia... tiene carácter absolutamente constitutivo y fundamental" (*ibid.*). Ello le hace pensar que "ciertas realidades humanas son, *ex se*, realidades jurídicas, porque son *de suyo* una cierta justicia o injusticia, y al jurista corresponde entender, interpretar y desentrañar ese sentido, valorarlo e incluso desvalorizarlo si desde el punto de vista de una perspectiva ideal más elevada resulta disminuido en su pretensión de representar una configuración *intrínseca* y *absolutamente* justificada de la vida social" (p. 290 —subrayados míos, excepto para "ex se"). Más específicamente, se trata de un iusnaturalismo de tipo tomista (muy afín, por ejemplo, al de un autor como Arthur Kaufmann), aunque también incluye elementos señalados por pensadores como Francisco Suárez, Ortega y Gasset,

etc.: por ejemplo, cf. p. 279 ss., 288 ss., 311 ss. En definitiva, nuestro autor considera que "no depende del querer del hombre el que exista en general Derecho; y aunque su contenido, es decir, sus determinaciones positivas, sí que dependen del querer, es con ciertas limitaciones, pues el Derecho positivo es obra humana, y como todo lo humano ha de obedecer a una justificación. Esta justificación responde, en parte, a criterios *absolutos* y, en parte, a criterios *relativos*" (p. 311 —el subrayado me pertenece).

Tales bases filosóficas se traducen, por supuesto, en la manera de tratar cada uno de los numerosos aspectos enfocados en el libro. Pero justo es reconocer que éste no deja de contemplar también, en cada caso, posiciones de distinto orden, "positivistas" si se quiere —aun cuando la presentación de estos otros puntos de vista es menos integral que la de argumentaciones tendentes a respaldar posiciones que lo son más caras a Legaz y Lacambra. De todos modos, la exposición es lo suficientemente matizada como para que no merezca ser calificada de unilateral.

En suma, un manual de alto valor informativo. Sigue mereciendo ser muy tenido en cuenta por quienes quieran conocer los problemas fundamentales que se plantean en torno a los alcances del pensamiento jurídico.

E. P. Haba

DEL VECCHIO, Giorgio: *Los principios generales del derecho* (Traducción y apéndice de Juan Ossorio Morales, Prólogo de Felipe Clemente de Diego), Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1979 (3ª ed.), 151 p., 22 x 14,5 cm.

La editorial Bosch ha tenido el acierto de reeditar hace poco este estudio Del Vecchio, que es un clásico sobre el tema. Vale la pena señalarlo al lector de nuestra Revista, porque se trata de un trabajo que, en cierto modo, no ha envejecido. Las tesis que su autor —así como el del Prólogo (treinta y cuatro páginas) y el del Apéndice (nueve páginas)— sostenía allí, en 1920, siguen teniendo vigencia para buena parte de la doctrina jurídica contemporánea, tanto entre tratadistas de ramas del derecho positivo como también entre iusfilósofos, pues explícita o implícitamente se manejan concepciones análogas en estudios actuales.

Los principios generales del derecho son concebidos, en el marco de posiciones semejantes, como ideas que, sin perjuicio de tener su lugar dentro del derecho positivo, a la vez están más allá de éste, lo exceden en valor y amplitud. Como pautas básicas del orden jurídico —de todo orden jurídico, en principio— se considera que valen por su racionalidad eminente, intrínseca, de derecho natural; pero además, esa misma racionalidad hace que sean recogidos ("positivizados") por el legislador, expresa o implícitamente, en mayor o menor medida.

Tales principios, los cuales se han ido abriendo paso y confirmando su vigencia a lo largo de la tradición del pensamiento jurídico, presentan la relación de lo general (ellos) a lo particular (otras normas estatuidas por el legislador). De ese modo queda asegurada "la homogeneidad del sistema, o sea, la ausencia en él de contradicciones entre lo general y lo particular" (p. 63). Esta "conexión lógica, exigida por la naturaleza del ordenamiento jurídico, puede en principio atestigüarse tanto descendiendo de las normas generales a las particulares, como ascendiendo de éstas a aquéllas (*ibid.*). En otras palabras: esos principios puede descubrirlos la razón directamente, en "la fuente viva que tiene en sí misma" (p. 65), o bien ella encontrará "cierta ayuda en el examen de las normas particulares" (*ibid.*), esto es, abstrayéndolos a partir de éstas.

En la práctica resulta ineludible "recurrir a semejantes criterios, y en general a la razón jurídica natural, . . . por ser necesariamente incompleto todo derecho positivo" (p. 115). En efecto, "las reglas particulares del derecho no son realmente inteligibles si no se las pone en relación con los principios de los cuales descienden; si bien éstos pueden no estar, y la mayor parte de las veces no están, formulados en el Código" (p. 64). Tales principios son indispensables tanto para la interpretación de las normas particulares, como también para proceder a la integración del ordenamiento jurídico cuando en aquellas no se puede encontrar la solución de derecho para el caso (cf. p. 137 ss.). A lo largo del estudio, el autor proporciona numerosos ejemplos de esas funciones que tienen dichos principios.

Sin embargo, principios y normas particulares no se corresponden de una manera integral. Vienen a comportarse más bien, en sus relaciones, como círculos secantes. "Así como de los principios generales no pueden obtenerse *a priori*, por simple deducción, todas las normas particulares del ordenamiento jurídico, que contienen también elementos empíricos y contingentes; así tampoco puede inferirse de las simples normas particulares el conocimiento apropiado de aquellos principios, que en su generalidad superan virtualmente toda aplicación particular" (p. 65 s.). Por eso, será "misión propia de la crítica valorar las leyes positivas en relación con la idea absoluta del derecho o de lo justo natural; sin que pueda jamás imputarse a esa idea la defectuosa correspondencia que encuentre en el orden positivo" (p. 69).

De cualquier manera, a pesar de no ser lo normal, se da el caso de que "normas sancionadas por el derecho pueden también no corresponder de un modo absoluto a los principios, derivados de la razón, y contradecirlos en parte o modificarlos o restringirlos de diversas formas" (p. 118 s.). Frente a tal situación, y aunque no duda que en general "corresponde lógicamente a los principios la prioridad y la supremacía" (p. 137 s.), nuestro autor llega a la conclusión, pragmática, de que "el intérprete debe atenerse a las leyes tal como son y no tal como debieran ser según los puros principios"; de lo contrario se llegaría "inevitable a infringir la unidad del sistema, confundiendo a cada momento el *jus conditum* con el *condendum* y la función del juez con la del legislador", con lo cual "se

despojaría al derecho positivo de aquella certidumbre que, en cuanto tal, no puede dejar de pertenecerle" (p. 118).

Hasta aquí, algunas de las ideas centrales que Del Vecchio —quien parece inspirarse sobre todo en ciertas ideas del iusnaturalismo aristotélico-tomista— presenta en este trabajo (aunque, por supuesto, allí las expone y fundamenta con mucho mayor detalle). Pero quiero también dejar señalados, sin desarrollarlos, dos ángulos para la crítica, sobre todo si se parte de perspectivas como las que suelen servir de base a los estudios actuales de Teoría Fundamental del Derecho que corresponden a la filosofía analítica. (1) Por lo pronto, a esa concepción de los principios como absolutamente racionales, de derecho natural, etc. (cf. especialmente los caps. IV y XI), le son aplicables todas las objeciones que existen contra el iusnaturalismo en general. (2) Más concretamente aún, si se somete a análisis un lenguaje como el de Del Vecchio, salta a la vista lo poco determinados que son sus términos claves, por lo menos en el uso que él les otorga ("razón", "justo natural", "conexión lógica", etc.), al punto tal que resulta prácticamente imposible inferir de allí criterios *inequívocos* para aplicarlos en el marco de una metodología que tenga un verdadero carácter intersubjetivo; se trata más bien de "fórmulas vacías", que luego cada intérprete (o grupo de intérpretes) llenará de acuerdo a sus *preferencias* ideológicas o, en todo caso, según una costumbre predominante en el círculo de juristas respectivo. En cuanto a lo que el propio Del Vecchio entendió por Derecho "natural", acaso puede dar alguna pista, más concreta, el hecho de haberse convertido en adherente notorio del régimen de Mussolini (... claro que esto no deja de ser un argumento *ad hominem*).

Sea como sea, es al lector que le corresponderá juzgar si esa interpretación iusnaturalista merece ser tenida por convincente. Para esos efectos, no cabe duda que el trabajo comentado suministra una fuente privilegiada para recoger argumentos en favor de esta tesis, que podríamos llamar "optimista", acerca de la naturaleza de los llamados principios generales del derecho. En el acuerdo o en el desacuerdo frente a ella, lo cierto es que el estudio de Del Vecchio suministra un acceso privilegiado a la manera en que muchos juristas "ven" el origen y el funcionamiento de este sector de su lenguaje profesional.

E. P. Haba

INDICE

	Pág.
Presentación	9
<i>Ensayos:</i>	
Aspectos fundamentales que se deben incorporar en la legislación costarricense para una moderna regulación de los contratos agrarios.	
Dr. Rodrigo Barahona	11 ✓
Las cédulas o cupones de los títulos-valores.	
Dr. Gastón Certad	21 ✓
El derecho del socio al dividendo en las sociedades anónimas.	
Dr. Fernando Mora	33 ✓
Industrialización, desarrollo y delincuencia violenta (Costa Rica).	
Dr. Enrique Castillo	49 ✓
El acto administrativo.	
Dr. Jorge Enrique Romero Pérez	89 ✓
¿Derechos humanos o derecho natural?	
Dr. Enrique P. Haba	105 ✓
<i>Dictamen:</i>	
Las entidades de derecho público en el artículo 49 de la Constitución Política.	
Licda. Elvira Batalla	131
<i>Reseñas bibliográficas:</i>	
Legaz y Lacambra; <i>Filosofía del derecho</i> (E. P. Haba)	139
Del Vecchio, Giorgio; <i>Los principios generales del derecho</i> (E. P. Haba)	140