

340
R
Nº 33
Set - Dic
1977
REV 155855

Director

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez



NOV. 1978

23330
4 DIAS



COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS

No. 33

161-219

SAN JOSE, COSTA RICA
SEPTIEMBRE - DICIEMBRE
1977



AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

Presidente Consejo Universitario:
Dr. Alberto Sáenz Renauld

Vice-Rector de Vida Estudiantil:
Lic. Luis Fernando Mayorga

Rector:
Dr. Claudio Gutiérrez

Vice-Rector de Administración:
Dr. Luis Garita

Vice-Rector de Docencia:
Dr. Fernando Durán

Decano Facultad de Derecho:
Dr. Jorge Enrique Guier

Vice-Rector de Investigación:
Dr. Manuel María Murillo

Vice-Decano Facultad de Derecho:
Dr. Francisco Castillo

Vice-Rector de Acción Social:
Dra. María Eugenia Bozzolli

Coordinador del Sistema de Estudios de
Posgrado:
Dr. Elmer Bornemisza

Coordinador de la Comisión Editorial:
Ing. Agr. Primo Luis Chavarría

PRESENTACION

Este número 33 de la Revista esperamos que sea del agrado e interés de parte de los estudiosos del fenómeno jurídico.

Deseamos, en estas breves líneas, indicar que el artículo del Profesor Ricardo Zeledón —titulado— *Elementos de calificación del fuero agrario del Perú dentro del nuevo período histórico-jurídico y su influencia en América Latina* (impreso en la Revista N° 32, ps. 145 a 178), fue publicado en la *Rivista di Diritto Agrario* (fascículo segundo, ps. 183 a 229, 1978), órgano del *Istituto di Diritto agrario internazionale e comparato*. En este ensayo las notas fueron puestas al final del mismo por razones de impresión, pues eran muy extensas. Y, en lo referente al comentario del libro de Ibo Alvarenga *Temas de Derecho Agrario y Reforma Agraria*, realizado por el Profesor Francisco Morera, (Revista N° 32, ps. 225 a 228), el párrafo último (p. 228) debe leerse con este inicio: "Muy bien logrado afirmamos, el ensayo que se reseña en su totalidad, porque contribuciones de este tipo abren...".

En lo que concierne al presente número se editan varios ensayos relativos a diversos campos del derecho, como son: privado, penal, internacional público, presupuestario, de familia, parlamentario, lógica jurídica, y constitucional. Asimismo, incluimos una sección de comentarios de libros.

j. e. romero p.

PRESENTACION

Este número 22 de la Revista representa que los dos ejemplares de parte de los editores del momento final...

Donde se trata de un nuevo libro... el libro de los autores... el libro de los autores... el libro de los autores...

En lo que concierne al presente... el presente... el presente...

LA RESPONSABILIDAD DEL ARRENDATARIO

Dr. Víctor Pérez Vargas
Profesor de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Costa Rica.

CONCEPTO DEL ARRENDATARIO

El arrendatario es el sujeto que... el sujeto que... el sujeto que...

El arrendatario es el sujeto que... el sujeto que... el sujeto que...

SUMARIO: INTRODUCCION. I. LOS DEBERES DEL ARRENDATARIO.
II. EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES CONTRACTUALES POR
PARTE DEL ARRENDATARIO. III. LAS CONSECUENCIAS DEL IN-
CUMPLIMIENTO DEL ARRENDATARIO.

REV 155855

INTRODUCCION

En todo contrato de arrendamiento de cosas encontramos dos sujetos: arrendante y arrendatario; el primero es el que, sea o no propietario, por tener facultades de disposición o de administración¹, concede al segundo el uso y goce de la cosa (artículo 1127 del Código Civil) a cambio de un precio (artículo 1125 y 1141 del Código Civil); el segundo es quien habiendo celebrado un contrato de arrendamiento puede usar y gozar del bien a cambio de un precio, debiendo, además cumplir una serie de deberes igualmente importantes para los efectos de la valoración de su conducta como cumplimiento o incumplimiento; la violación de cualquiera de estos deberes es configurable como "acto ilícito contractual"² (en cuanto viola una preexistente valoración axiológica de fuente contractual) capaz de generar el derecho del arrendante de pedir la resolución y de cobrar los correspondientes daños y perjuicios. Al examen de estos deberes estarán dedicadas las siguientes páginas.

I. LOS DEBERES DEL ARRENDATARIO.

Como se ha observado, el arrendatario además del deber de pagar el precio, tiene para con el arrendante una serie de deberes. Estos son, fundamentalmente, el deber de conservar la cosa y emplear en su cuidado la diligencia de un buen padre de familia, el deber de usar la cosa y, en particular, el de usarla para el fin destinado contractualmente (o por los usos del lugar), el deber de comunicar al arrendante cualquier perturbación y el deber de evitar daños, conexos a los de conservación y cuidado.

¹ Dentro de las facultades concretas en que se especifica la facultad de administración del apoderado general está (de conformidad con el artículo 1255 del Código Civil) la de "3º alquilar o arrendar los bienes muebles o inmuebles hasta por un año...", término que, sin embargo, no es vinculante para el arrendatario según la ley de inquilinato. V. Sala de Casación N-122, 16 hrs., 22 setiembre 1959, II, II, p. 972.

² Sobre el concepto de "acto ilícito" v. FALZEA, Angelo, Patto giuridico, Voci di teoria generale del diritto, Giuffrè-ed, Milano, 1972, p. 389 y ss. V. trad. en el folleto "Los hechos jurídicos", Instituto de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, 1974, p. 20 y ss.

I-A Los deberes de conservación y cuidado.

Establece el artículo 1138 del Código Civil: "El arrendatario es obligado a emplear en la conservación de la cosa el cuidado de un buen padre de familia..."³

Obsérvese que la ley exige la diligencia de un buen padre de familia, no una diligencia simple o no calificada. El "bonus pater familias" es "el adulto cuidadoso y diligente, el hombre medio consciente de su responsabilidad"⁴. Esta diligencia calificada es exigida también en otros contratos como el comodato⁵ (artículo 1336) y el depósito⁶ (artículo 1349) y a figuras "cuasicontractuales" como la gestión de negocios⁷ (artículo 1296). La diligencia del buen padre de familia consiste en la conducta del hombre prudente, activo y honesto...⁸. En términos generales la ley establece que en todo caso la obligación de conservar conlleva implícita la de "...emplear en la conservación los cuidados de un buen padre de familia..." (artículo 698 del Código Civil)⁹.

El arrendamiento es uno de los contratos que, precisamente, implican la obligación de conservar¹⁰. "La obligación de recibir la cosa conlleva implícita la obligación del arrendatario de custodiaria para poder restituirla luego"¹¹. "En materia de cuidado de las cosas confirmamos el hecho de que pertenece a la esencia misma de ciertas prestaciones que se lleven a cabo en modo que sean protegidos los bienes del acreedor. Así, en tema de arrendamiento, el artículo 1144 expresa: "El arrendatario debe restituir la cosa al fin del arrendamiento en el estado en que la recibió, salvo su exención de responsabilidad por las

³ "El arrendatario está obligado a usar de la cosa como un buen padre de familia y de acuerdo en un todo con el fin a que la cosa ha sido destinada en el arriendo, o según el fin presunto, en armonía con las circunstancias..." COLIN Y CAPITANT, Curso elemental de Derecho Civil, Tomo IV, Instituto Editorial Reus, 1955, pág. 345.

⁴ CARBONNIER, Jean, Derecho Civil, tomo II, vol. II, Bosch ed, Barcelona, 1971, pág. 556.

⁵ "El comodatario está obligado a cuidar de la cosa como buena parte de familia".

⁶ "Es obligado el depositario a prestar en la guarda y conservación de la cosa el cuidado y la diligencia que acostumbra emplear en la guarda de sus propias cosas".

⁷ "El gestor está obligado a emplear todos los cuidados de un buen padre de familia".

⁸ CARBONNIER, op. cit., supra 4, pág. 569. V. tamb. TRABUCCHI, Alberto, Istituzioni di diritto civile, Cedam, Padova, 1971, pág. 784 y CABANELLAS, Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, I, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1976, pág. 216.

⁹ El Código Civil francés establece en su artículo 1137: "La obligación de cuidar de la conservación de la cosa sujeta al que se encargó de ella a poner todo el cuidado de un buen padre de familia".

¹⁰ V. CARBONNIER, op. cit., supra 4, pág. 556.

¹¹ MESSINEO, Francesco, Manuale di diritto civile e commerciale, vol. IV, Giuffrè-ed, Milano, 1974, pág. 171.

pérdidas o deterioros de que no fuese culpable"¹². En el arrendamiento encontramos en ambos sujetos la obligación de entregar la cosa: en el arrendante la de entregarla para su uso y goce al arrendatario al inicio del contrato; en el arrendatario la de restituirla al término del mismo. Nuestra ley preceptúa "La obligación de dar lleva consigo la de conservar la cosa hasta la entrega" (artículo 697, Código Civil).

La importancia y gravedad de este deber de diligencia de buen padre de familia en el arrendamiento es muy amplia. Alcanza a cubrir hasta los daños causados por otras personas¹³.

Como implicación lógica necesaria de este deber de conservación y cuidado, se encuentra el de actuar con diligencia previsor y preventiva¹⁴. La doctrina ha hablado de la responsabilidad del deudor por los acontecimientos que pudieron ser evitados mediante el empleo de una diligencia conveniente¹⁵.

I-B Los deberes de uso y comunicación.

Junto a los deberes de conservación y cuidado la ley establece los deberes de uso. "Cuando el arrendatario emplea la cosa en uso diferente de aquél de su destino o no la usa como buen padre de familia o por un goce abusivo en uno u otro caso respectivamente, causa perjuicio al arrendador, éste puede pedir el restablecimiento de las cosas a su estado normal, y siendo grave la contravención que se resuelva el contrato, con indemnización de daños y perjuicios".

El primero de estos deberes es el "deber de uso" en sentido estricto: el arrendatario debe usar la cosa, no debe dejarla en estado de abandono, por los riesgos de destrucción o deterioro. El deber de usar va muy ligado al deber de conservación antes analizado. Al respecto se ha afirmado: "En primer lugar, el arrendatario debe usar la cosa... aún en el caso de que se tratara de un cuarto destinado a habitación no estaría el inquilino dispensado de habitar sino a cambio de justificar que ha tomado las oportunas medidas para asegurar la conservación del inmueble en buen estado"¹⁶. Este deber de uso tiene una doble

¹² PEREZ, Victor, El comportamiento de las partes (acreedor y deudor) durante la fase de actuación de la relación obligatoria, Revista Judicial N° 34 mayo 1977, pág. 54.

¹³ "El arrendatario, responde, aun si el perecimiento o deterioro de la cosa sea causado por persona por él admitidas, aunque sea temporalmente, al uso o goce de la cosa" MESSINEO, op. cit., supra 11, pág. 172. En el mismo sentido v. CARBONNIER, op. cit., supra 4, pág. 565.

¹⁴ Sobre este deber en la doctrina alemana de los Sicherungs und Shadenverhütungspflichten v. PEREZ, op. cit., supra 12, pág. 53.

¹⁵ V. en este sentido CARBONNIER, op. cit., supra 4, pág. 580.

¹⁶ COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra 3, pág. 345. "Las principales obligaciones del arrendatario son las de recibir la cosa y servirse de ella para el uso pactado o para el uso normal según las circunstancias, con la diligencia del buen padre de familia y de pagar el precio convenido" RESCIGNO, Pietro, Manuale del diritto privato italiano, Jovene, Nápoli, 1976, pág. 730.

vinculación: uso cuidadoso y uso destinado. "El arrendatario está obligado a servirse de la cosa con la diligencia de buen padre de familia y para el uso determinado en el contrato"¹⁷. La doctrina alemana ha hablado de un "deber de respeto al fin"¹⁸.

Se incumple abusivamente este deber, cuando se usa la cosa para un fin diverso¹⁹.

Las consecuencias del incumplimiento del "deber de respeto al fin" son las mismas consecuencias de todo incumplimiento contractual, en particular la posibilidad de resolución del contrato con los correspondientes "daños y perjuicios" a cargo del arrendatario que ha incumplido. Así lo confirma la doctrina especializada: "El locatario está obligado a limitarse al uso o goce estipulado, y a falta de convenio al que ha servido antes o al que regularmente sirven cosas semejantes. Se incumple esa obligación cuando se cambia el destino... el no cumplimiento de estos deberes puede llevar hasta la rescisión (léase resolución) del arrendamiento"²⁰.

Junto al deber de uso existe el deber de comunicación que se fundamenta, en conexión con los deberes de conservación y cuidado, en el deber de prevenir riesgos²¹. Este deber se refiere tanto a los defectos del bien²², como a cualquier perturbación sufrida²³.

En síntesis, el arrendatario, además del deber de pagar el precio tiene otros deberes igualmente relevantes: los deberes de conservación y cuidado y los deberes de uso y comunicación. Su posición se encuentra de este modo vinculada. El incumplimiento de cualquier de estos vínculos es incumplimiento contractual y como tal puede permitir al arrendante solicitar la resolución y reclamar el pago de los daños y perjuicios correspondientes.

¹⁷ MESSINEO, op. cit., supra 11, pág. 170.

¹⁸ PEREZ, op. cit., supra 12, pág. 53 y CABANELLAS, op. cit., supra 8, pág. 216.

¹⁹ V. MESSINEO, op. cit., supra 11, pág. 171.

²⁰ ALTERINI, Jorge H., La locación y los derechos reales con función equivalente. Editorial Platense, La Plata, 1970, pág. 51.

²¹ V. CARBONNIER, op. cit., supra 4, pág. 569.

²² Así, COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra 3, pág. 365: "La prueba de un defecto de construcción no le eximiría si él lo conocía y hubiera cometido la torpeza de no haberlo puesto en su día en conocimiento del propietario".

²³ Artículo 1135 Código Civil: "El arrendatario pierde el derecho de reclamar la garantía cuando no ha denunciado al arrendador la perturbación o embarazo que sufre".

II. EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES CONTRACTUALES POR PARTE DEL ARRENDATARIO.

II-A La existencia del contrato.

El primer hecho que debe ser demostrado por el arrendante que solicita la condenatoria de daños y perjuicios por incumplimiento del arrendatario es la existencia misma de la relación obligatoria contractual. A falta de documento puede procurarse la prueba por medio de la confesión de éste, o por otros medios, de conformidad con las reglas generales en materia probatoria.

II-B La presunción de culpa del arrendatario.

Una vez establecida la existencia del contrato de arrendamiento operan varias presunciones de culpa contra el arrendatario²⁴. La presunción opera particularmente en el caso de destrucción de la cosa ya que la obligación de entregarla al término del contrato es una obligación de resultado²⁵. "Al final del arrendamiento el arrendatario debe restituir la cosa en el estado en que la recibió no teniéndose en cuenta el deterioro normal"²⁶.

La presunción de culpa del arrendatario es "iuris tantum", por lo que corresponde a éste la carga de la prueba de su actuación diligente; no incurre en culpa sólo si prueba haber observado la diligencia debida²⁷. Debe probar su falta de culpa, su falta de negligencia, su diligencia, pues él "es responsable de los deterioros de la cosa, a menos que demuestre que se han producido sin su culpa"²⁸. Se ha resumido esta responsabilidad en el sentido de que "el arrendatario responde por el perecimiento de la cosa... aunque derive de incendio; a él se le admite sólo probar que no le es imputable la causa"²⁹. "Recurre aquí el principio de la inversión de la carga de la prueba"³⁰.

²⁴ "Existe en punto a la carga de la prueba una sustancial diferencia entre la responsabilidad delictual y la contractual; mientras que en una la falta del deudor ha de ser probada por la víctima, en la otra dicha falta se presume" CARBONNIER, op. cit., supra 4, p. 555.

²⁵ "La falta puede presumirse en las obligaciones de resultado y debe probarse en las obligaciones de medios" CARBONNIER, op. cit., supra 4, pág. 554.

²⁶ TRABUCCHI, op. cit., supra 8, pág. 784. V. tamb. COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra 3, pág. 360.

²⁷ V. CARBONNIER, op. cit., supra 4, p. 556.

²⁸ COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra 3, pág. 360.

²⁹ MESSINEO, op. cit., supra 11, pág. 541. V. tamb. CABANELLAS op. cit., supra 8, pág. 216.

³⁰ MESSINEO, op. cit., supra 11, pág. 172.

II-C La culpa por negligencia en el cumplimiento de los deberes.

La culpa por negligencia del arrendatario puede imputarse de acuerdo a diversos criterios:

1. El criterio de la conducta oportuna: "Es necesario valorar la conducta del deudor y comparar lo que ha hecho con lo que hubiera debido hacer"³¹,
2. El criterio de la circunstancia de la obligación: "la diligencia exigible depende del título de que provenga la obligación y de las circunstancias"³². Nuestra jurisprudencia ha hablado de "las medidas que las circunstancias exigían"³³,
3. El criterio subjetivo: "el acreedor contractual se halla en condiciones de valorar la diligencia congruente con el alcance intelectual y formación del deudor..."³⁴.
4. El criterio del tipo de obligación: "El deber de diligencia se concretiza con respecto a la naturaleza misma de la obligación"³⁵.

Todos estos criterios proporcionan cánones para guiar la valoración de legitimidad del comportamiento concreto asumido por el deudor, tomando en cuenta las particularidades del caso³⁶.

Ha sido caracterizada la culpa como "la omisión de la diligencia del buen padre de familia y, en particular, de la exigida por la naturaleza de la obligación y correspondiente a las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar"³⁷. Implica un dejar de hacer (una omisión de diligencia)³⁸, por lo que se manifiesta como una comisión por omisión, o, como se ha dicho, "un abandono"³⁹.

Con el deber genérico de diligencia resulta comprensible la relación entre el hecho del incumplimiento y la presunción de culpa⁴⁰. Esta última relación entre daño y descuido ha sido puesta de relieve por nuestra jurisprudencia⁴¹.

³¹ CARBONNIER, op. cit., supra 4, pág. 556.

³² En este sentido CARBONNIER, op. cit., supra 4, pág. 556.

³³ SALA DE CASACION. N-73, de 10 y 15 horas del 16 de julio de 1959.

³⁴ CARBONNIER, op. cit., supra 4, pág. 569.

³⁵ PEREZ, op. cit., supra 12, pág. 71.

³⁶ PEREZ, op. cit., supra 12, pág. 72.

³⁷ CARBONNIER, op. cit., supra 4, pág. 558.

³⁸ Idem.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ PEREZ, op. cit., supra 12, pág. 70.

⁴¹ Se habló de los daños causados en los bienes dados en arrendamiento "... en razón del descuido de los arrendatarios, quienes asumieron, también contractualmente, la obligación de devolverlos en perfecto estado" SALA DE CASACION, N-36 de 10 hrs. de 13 de mayo de 1952, sem. I, tomo único, p. 399.

II-D La responsabilidad derivada del incumplimiento culposo del arrendatario.

La culpa del arrendatario en la observancia de cualquiera de sus deberes determina la existencia de responsabilidad⁴². "El fundamento del deber de resarcir los daños y perjuicios contractuales reside en la conducta, activa u omisiva, que en virtud de dolo o culpa —elemento subjetivo de la culpabilidad— contraviene —elemento objetivo de la antijuricidad— el tenor de la obligación"⁴³.

En términos generales, el incumplimiento negligente que causa daño genera responsabilidad⁴⁴ "... el deudor debe realizar el comportamiento en la forma en que dé satisfacción al interés del acreedor. La falta de realización de este comportamiento es lo que se denomina incumplimiento... que genera la responsabilidad por daños y perjuicios"⁴⁵ (artículo 702 del Código Civil)⁴⁶.

II-E La presunción de culpa de los coarrendatarios.

Cuando en un contrato de arrendamiento hay pluralidad de arrendatarios se plantea el problema de la distribución de la responsabilidad.

En primer término, se admite una presunción de culpa colectiva⁴⁷. La distribución de la responsabilidad en este caso es un tema que ha sido objeto de controversiales puntos de vista: por un lado se afirma la tesis de la distribución proporcional⁴⁸, por otro, se sostiene la tesis de la solidaridad. Esta segunda alternativa es favorecida por la doctrina en razón de que "si subsiste la presunción de culpa... mal se concibe que una culpa común dé nacimiento a una obligación divisa y no a una obligación in solidum"⁴⁹.

⁴² V. CARBONNIER, op. cit., supra 4, pág. 559.

⁴³ CARBONNIER, op. cit., supra 4, pág. 563.

⁴⁴ PEREZ, op. cit., supra 12, pág. 70.

⁴⁵ Op. ult. cit., pág. 71.

⁴⁶ SALA DE CASACION N-36 de 10 hrs. de 13 de mayo de 1952. "... tampoco existe infracción del artículo 692 del Código Civil pues no siempre es indispensable que se resuelva el contrato para reclamar daños y perjuicios, desde luego que la responsabilidad indemnizatoria no dimana propiamente de la resolución sino del incumplimiento" SALA DE CASACION, N-26 de 15 hrs. de 12 de marzo de 1971.

⁴⁷ V. MESSINEO, op. cit., supra 11, pág. 181.

⁴⁸ Así por ejemplo en la ley francesa: "Si hubiera varios inquilinos, todos ellos son responsables del incendio proporcionalmente" Cit. p. COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra 3, pág. 367. V. tamb. MESSINEO, op. cit., supra 11, p. 181.

⁴⁹ COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra 3, pág. 369.

II-F En particular sobre la responsabilidad del arrendatario en caso de incendio.

Se ha sostenido que en caso de incendio el arrendatario, obligado a conservar y restituir la cosa arrendada, debe su valor⁵⁰. También aquí opera el fenómeno antes descrito de "inversión de la carga de la prueba"⁵¹ y se acentúa la presunción de culpa a que se ha hecho referencia: "Cuando se trata de un incendio, que es de todas las causas de destrucción la más peligrosa, la ley muestra un rigor mayor. En este caso interviene una presunción de culpa, que encuentra su fundamento histórico en un texto romano (Incendia plerumque fiunt culpa inhabitantium) . . . presunción de que los incendios se producen en la casi totalidad de los casos, por culpa de los ocupantes"⁵². El rigor de la presunción se observa en el principio de que no exime de culpa el hecho de que el inquilino demostrase que no habitaba el inmueble en el momento del incendio⁵³. En síntesis "El arrendatario responde de las pérdidas y los deterioros de la cosa que ocurran en el curso del arrendamiento, aún si derivan de incendio, mientras no pruebe que hayan ocurrido por causa no imputable a él"⁵⁴.

Nuestra jurisprudencia también ha sostenido la existencia de una presunción de culpa del arrendatario en caso de incendio: "... en cuanto al fondo y en relación con los artículos 1138 y 1139 del Código Civil, que se afirma por el recurrente que han sido violados se advierte que esas disposiciones han sido interpretadas por los jueces de instancia en el sentido de que la ley establece contra el arrendatario una presunción de culpa que se destruye con la prueba de los hechos que el 1139 indica; de modo que con la alegación de que el actor no probó que el arrendatario no hubiera tenido el cuidado necesario en la conservación de la cosa o que cometiese faltas, no se pueden tener por infringidos en el caso aquellos preceptos legales..."⁵⁵.

Si el arrendatario, en caso de incendio, no demuestra (inversión de la carga de la prueba) el cumplimiento de todos los deberes contractuales con la oportuna diligencia, esto es, si no demuestra que ha cuidado la cosa con la diligencia de un buen padre de familia, que la ha usado y, en particular que la ha usado para su destino natural, que ha comunicado al arrendante los defectos o perturbaciones y que ha tomado todas las medidas necesarias para prevenir daños; si no demuestra que ha cumplido diligentemente todos estos deberes, opera en su contra la presunción y no vale contra ella la alegación de fuerza mayor. El fundamento de esta idea ha sido explicado en el sentido de

⁵⁰ Op. ult. cit., pág. 362.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra 3, pág. 363.

⁵³ Así, op. ult. cit., pág. 364.

⁵⁴ TRABUCCHI, op. cit., supra 8, pág. 784.

⁵⁵ SALA DE CASACION, 14 y 45 hrs. de 10 de enero de 1946, Primer semestre, pág. 69, y ss.

que "la falta excluye la fuerza mayor... suprime su efecto liberatorio, lo que explica la existencia de fuerzas mayores que hacen subsistir la responsabilidad en cuanto son absorbidas por las faltas que las precedieron..."⁵⁶.

III. LAS CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL ARRENDATARIO.

III-A Incumplimiento e indemnización.

El incumplimiento contractual, como acto ilícito contractual, tiene eficacia constitutiva de un nuevo deber: el deber resarcitorio. Es idea generalmente admitida la de que si el arrendatario no cumple las obligaciones legales que le son impuestas se puede pedir la resolución del contrato y la indemnización de daños y perjuicios⁵⁷.

El fundamento radica en la existencia de una falta contractual, entendida como la contravención imputable de una obligación⁵⁸. La resolución judicial del contrato de arrendamiento, lo mismo que la condena al pago de daños y perjuicios se presenta como una sanción de la falta contractual⁵⁹.

Independientemente de la petición de resolución del contrato, el arrendante, por el simple hecho del incumplimiento puede exigir al arrendatario el pago de los daños y perjuicios, no ya como resultado de la resolución, sino como derecho autónomo a exigir resarcimiento por el daño (y perjuicio) que se le ha causado con el incumplimiento contractual. En efecto, establece nuestro Código Civil: "El deudor que falte al cumplimiento de su obligación... será responsable por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza mayor o caso fortuito" (artículo 702)⁶⁰.

⁵⁶ CARBONNIER, op. cit., supra 4, pág. 580.

⁵⁷ CARBONNIER, op. cit., supra 4, pág. 656.

⁵⁸ Op. ult. cit., pág. 568.

⁵⁹ Op. ult. cit., pág. 645. "En los contratos bilaterales va siempre implícita la condición resolutoria por falta de cumplimiento. En este caso la parte que ha cumplido puede exigir el cumplimiento del convenio o pedir se resuelva con daños y perjuicios" (artículo 692 del Código Civil).

⁶⁰ V. tamb. art. 704 Código Civil. Nuestra jurisprudencia ha expresado: "Establecido por la sentencia que el demandado incumplió una obligación contractual, la de reparar los daños y perjuicios deriva de lo estatuido en el artículo 702 del Código Civil" SALA DE CASACION N-96 de 16 hrs. de 13 de noviembre de 1956, sem. II, tomo II, pág. 1903 V. tamb. sobre el tema SALA DE CASACION N-128 de 15 y 30 hrs. de 8 de noviembre de 1972, sin publicar.

III-B Daños y perjuicios.

III-B-1 Daños.

“Es daño todo detrimento que a causa de inejecución imputable, experimenta el acreedor en un bien de vida o *valor patrimonial cuya conservación o subsistencia se hallaba pensada en función inmediatamente dependiente del cumplimiento del contrato*”⁶¹.

En caso de incendio total entrarían dentro de este concepto, por ejemplo, el valor de la construcción y el valor de los muebles perdidos.

III-B-2 Perjuicios.

Es de rigor aclarar previamente que el lucro cesante (perjuicio) debe determinarse de acuerdo a la probabilidad del beneficio cuya frustración se invoca⁶².

Así, en caso de incendio el perjuicio sería el valor de los alquileres que se dejen de percibir desde el momento del incendio hasta el momento en que sean pagados los daños⁶³. La jurisprudencia francesa ha sido todavía más estricta pues ha establecido que los perjuicios (alquileres dejados de percibir) corren “durante el tiempo necesario para la reconstrucción del inmueble y su vuelta a hallarse en estado de ser alquilado...”⁶⁴.

En nuestro medio interesa recordar que en materia de incumplimiento del arrendatario se consideran perjuicios todas las sumas que dejó de obtener el arrendante⁶⁵. En el mismo fallo citado se consideraron perjuicios también los “intereses sobre las cantidades a que se alcanza esta condenatoria, desde la notificación de la demanda hasta la fecha de su efectivo pago”⁶⁶.

⁶¹ CARBONNIER, op. cit., supra 4, pág. 564.

⁶² Idem.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra 3, pág. 366.

⁶⁵ SALA DE CASACION N-29 de 15 hrs. 40 m. de 25 de marzo de 1958, Consideraciones del Juez, confirmadas por la Sala Civil y mantenidas por la Sala de Casación.

⁶⁶ Op. ult. cit.

ORGANIZACION Y FUNCIONAMIENTO DEL MINISTERIO PUBLICO EN COSTA RICA*

Dr. Mario Alberto Houed Vega

Profesor
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

* Este ensayo es continuación del anterior, publicado en esta revista (Nº 32, 1977, pp. 179 a 208), con el nombre El Ministerio Público (o. Fiscal) en el proceso penal. La división que hemos hecho, se debe a razones editoriales. Por tal razón, las citas al pie de página de este artículo y el espíritu de que lo anima debe verse como una unidad de sentido, de estilo y de voluntad. (Advertencia del director).

SUMARIO: A. PRINCIPIOS DE UNIDAD Y DEPENDENCIA. B. COMPOSICION DEL MINISTERIO PUBLICO COSTARRICENSE EN RELACION CON LA DEL MINISTERIO FISCAL ESPAÑOL. a. En general. b. Reclutamiento del personal. c. Condiciones e incompatibilidades. d. Responsabilidad criminal y civil. e. Otros aspectos. C. FUNCIONES PROCESALES DEL MINISTERIO PUBLICO COSTARRICENSE. a. En general. 1. Promover la acción de la justicia y velar por la observancia de las leyes. 2. Poder coercitivo del Ministerio Público en el ejercicio de sus funciones. b. En particular. 1. Fase o etapa de Instrucción (sumario). 2. Fase o etapa de juicio oral o debate (plenario). Legislación italiana respecto de las actividades del Ministerio Público en el debate.

Síglas usadas con más frecuencia:

- C.P.P. = Código de Procedimientos Penales de Costa Rica.
- M.F. = Ministerio Fiscal.
- M.P. = Ministerio Público.
- R.O. = Reglamento Orgánico.
- LOPJ = Ley Orgánica Poder Judicial de Costa Rica.
- P.J. = Policía Judicial.
- LECr = Ley de Enjuiciamiento Criminal (España).
- A.T. = Audiencias Territoriales (España).
- A.P. = Audiencias Provinciales (España).

A. PRINCIPIOS DE UNIDAD Y DEPENDENCIA

Estos dos principios, también denominados de unidad corporativa o individualidad el primero, de subordinación, indivisibilidad¹ el segundo, constituyen el sustento fundamental de la organización del Ministerio Público (M.P.) Ministerio Fiscal (M.F.) en la mayoría de los países de Occidente.

En nuestro país (Costa Rica) la legislación no los establece en forma expresa, al contrario de la española, en la que fueron introducidos por el Real Decreto de 26 de abril de 1844, pero se infieren de diversas normas legales como posteriormente veremos, cumpliéndose y respetándose.

Según Jiménez Asenjo el principio de unidad "significa que la constitución del Ministerio Fiscal es simplemente monocrática e impersonal, en el sentido de que todos sus organismos y personas componentes pierden su personalidad para fundirse en el corpus jurídico en donde se integra toda la Institución"².

El principio de unidad alude, pues. "a la íntegra y esencial conformidad de todas las determinaciones, acuerdos y pareceres de los distintos funcionarios fiscales en cuanto responden a una misma dirección e impulsión"³.

En España el Fiscal del Tribunal Supremo es el Jefe inmediato del M.F. en todo el país, procediendo de él las directrices de actuación, "aunque a su vez se halle bajo la inmediata dependencia del Ministerio de Justicia, que no quiere decir sometimiento, sino facultad de éste para

¹ CFR. LEONE, G. Ob. cit. (T. I) págs. 424 y ss. Según este autor el principio de unidad y dependencia (él habla de un solo principio y no de dos) nació en Francia, sirviendo en Italia para significar que "todos los magistrados que forman parte del mismo oficio del ministerio público, tienen todos y cada uno de ellos, en su unidad personificada por el jefe del oficio, igual competencia para tratar el asunto penal encomendado a cada uno por el jefe del oficio". (p. 426 primer párrafo, ibidem.)

² JIMENEZ ASENJO, E. Ob. cit. p. 392. Este mismo autor agrega, con toda razón, que esa idea estructural expuesta, la personalidad de cada uno de sus miembros es absorbida por la función: "Cada uno en el ejercicio de sus funciones actúa como si todos los miembros del Ministerio Público estuvieren presentes y cada uno representa el cuerpo entero. La concepción jurídica del Instituto es, por tanto, eminentemente corporativa, frente a la judicial, que es sustancialmente personalista, ya que en ella se pretende realzar, sobre todo, la independencia de sus elementos humanos". Ibidem.

³ MENENDEZ PIDAL, R. Derecho Judicial español, 1936. pág. 87.

excitar el celo del M.F. a fin de que ejercite las acciones y cumpla los deberes que le correspondan”⁴.

Lo anterior ha llevado a afirmar a Jiménez Asenjo, que humanamente puede decirse “que el M.F. es el Fiscal del Tribunal Supremo”⁵, opinión ésta con la que no estamos de acuerdo, por cuanto, aunque sea “humanamente”, estaríamos personalizando hasta sus últimas consecuencias, una institución corporativa que actúa conforme lo establece la ley y no según “capricho” y voluntad única de su Jefe jerárquico, aunque éste es, en principio, la cabeza actuante, valiéndose de sus subordinados que proceden por *representación* y por *delegación*. (Art. 43 Est.).

El otro principio, el de *dependencia*, se refiere a la subordinación jurídica que debe existir entre los miembros del M.P., en el sentido de que están obligados en sus funciones a seguir las directrices y cumplir las órdenes de los superiores, pero “naturalmente dentro de la legalidad y de sus atribuciones, sin que ello suponga una falta de autonomía en el ejercicio de la misma, ya que lo que se pretende es únicamente mantener la unidad de criterio”^{6,7}. Esta misma opinión nos sirve para rechazar en forma absoluta, la determinación exclusiva del M.P., aunque sea sólo humanamente, en la persona de su Jefe, que el mismo Jiménez Asenjo termina, sin proponérselo, por desestimar al hablar de las limitaciones de la subordinación, refiere que “la obediencia sólo es comprensible a los actos escritos, pues las requisitorias orales del funcionario son totalmente libres y no le obligan más que en el fuero de la conciencia”⁸. En definitiva, los principios de unidad y dependencia exigen que el subordinado cumpla las instrucciones e indicaciones del superior, dando cuenta, en el caso de España, de las actividades que desarrolla, y le consulte en casos graves y especiales (art. 43 Est.).

Algunos autores españoles han criticado la excesiva dependencia del Ministro de Justicia en que se halla el M.P. manifestando que aquél “no puede ser nunca un órgano jurisdiccional de aplicación de la ley en el caso concreto, sino que como órgano de gobierno tienen que pesar en él, junto a los motivos de estricta legalidad, aquellos de *discrecionalidad*, necesarios y de real existencia en las conyunturas de go-

⁴ PRIETO-CASTRO, L. Ob. cit. supra nota 65; p. 419. Asimismo ver el artículo 42 del Estado vigente, y los arts. 86 y ss. del Reglamento Orgánico donde se regula la unidad y dependencia del M. F.

⁵ JIMÉNEZ ASENJO, V. Ob. cit. p. 392.

⁶ RODRIGUEZ DEL BARCO, J. Ob. cit. págs. 269 y 270.

⁷ Según MENENDEZ PIDAL, en la práctica esa unidad de criterio se trata de una supremacía directiva que se significa por medio de Circulares, siempre de carácter general, instrucciones y consultas en casos concretos, acompañada aquélla de la vigilancia disciplinaria, lo que viene a robustecer la adhesión de los funcionarios entre sí. (Ob. cit. p. 497).

⁸ JIMÉNEZ ASENJO, V. Ob. cit. p. 294.

bierno”^{9,10}, situación que lógicamente podría dar lugar a intromisiones de carácter político poco deseables en una institución como la de nuestro estudio, desnaturalizando su verdadera función. Desde luego, no necesariamente la situación expuesta debe darse por el hecho exclusivo de pertenecer el M.P. al Poder Ejecutivo, pero el riesgo subsiste en mayor grado.

El actual Reglamento Orgánico del Ministerio Fiscal español, de fecha 27 de febrero de 1969, que derogó y sustituyó al de 21 de febrero de 1958, dedica el Capítulo I del Título III (que incluye los artículos 86 a 95) a la Unidad y Dependencia del mismo, sobresaliendo en esas disposiciones algunas que en nuestro particular criterio tienden a fortalecer, en forma excesiva, la mencionada dependencia, motivando la crítica razonada de Ibáñez y García-Velasco aún antes de que fuese puesto en vigencia el nuevo Reglamento, ya que teniendo conocimiento del contenido del mismo y de su futura aprobación, sostuvo que no observaba en éste nuevas disposiciones que hicieran variar el objeto de su análisis (crítica)^{11,12}.

De la Plaza ha tratado de reducir el alcance de la dependencia a límites ponderados, que no destruyan absolutamente la autonomía de los funcionarios del M.P., pero considera, al igual que otros autores y

⁹ IBAÑEZ Y GARCIA-VELASCO, Miguel. Independencia y autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal. Separata de la Revista de Derecho Procesal. NUM. II, abril-junio del año 1967, p. 138.

¹⁰ El mismo autor expresa con anterioridad su criterio respecto de la situación institucional que no debe tener el M.F. (M.P.) diciendo: “...pero lo que es para nosotros claro y evidente, disintiendo con ello de CHIOVENDA (refiriéndose a lo que éste expresa en su obra denominada Principios de Derecho Procesal) que considera al M.P. como un cuerpo de funcionarios del orden judicial pero investidos de función administrativa, es que no es posible que el Ministerio Fiscal (M.P.) sea un órgano jerarquizado dentro de la administración del Estado y al mismo tiempo defienda y dependa sólo de la ley”. *Ibidem*.

¹¹ IBAÑEZ Y GARCIA-VELASCO, M. Ob. cit., págs. 130 y ss.

¹² Entre las disposiciones que hemos aludido, encontramos la de que el Ministro de Justicia puede dirigir al Fiscal del Tribunal Supremo (Jefe del M.F.) orden escrita o verbal, en caso de urgencia, respecto de asuntos genéricos o especialmente determinados en los que deba intervenir el M.F., y el Fiscal del T.S. mencionado las cumplirá ejercitando las acciones procedentes (art. 86-2), lo cual aparentemente y en casos hipotéticos desde luego, equivaldría a sustituir la voluntad del Jefe del instituto por la del Ministro, quien, como explica Ibáñez, está expuesto a aplicar criterios de discrecionalidad por ser órgano de gobierno (Ver notas 130 y 131). Asimismo el Fiscal del T.S. debe dar al Ministro de Justicia los informes que éste le pida en los asuntos en que intervengan, o sobre el funcionamiento en general de la administración de Justicia (art. 86-3). En casos de excepcional urgencia, las indicadas órdenes e informes pueden darse o pedirse a los Fiscales de las A.T. (Audiencias Territoriales) o P. (Provinciales), que tienen las mismas facultades y obligaciones que el Fiscal del Tribunal Supremo respecto de su cumplimiento. En este caso el Ministro de Justicia y los representantes del M.F. mencionados, deberán dar cuenta de dicha circunstancia al Jefe del M.F. (art. 86-4).

tratadistas, que este principio es clave de su misma función, mientras se admita en forma no incondicionada¹³.

En Costa Rica, como ya dijimos, los principios de unidad y dependencia no han sido establecidos en forma expresa en la ley, pero sí se encuentran contenidos implícitamente en diversas normas legales (arts. 39 y ss. del CPP, entre otros), e inclusive en el Proyecto de Ley Orgánica de nuestro M.P.¹⁴ están aludidos de modo indirecto, cuando se determinan las atribuciones y deberes del Fiscal General (art. 16), así como las de los demás Fiscales (art. 17).

Lo más importante, es en cualquier caso, que tanto el principio de unidad como el de dependencia se articulen o conciban "de tal suerte —utilizando las palabras del Dr. Prieto-Castro— que no merme la diversidad de opiniones y la independencia de cada uno de sus miembros en particular"¹⁵ a lo que sin duda alguna se opone el artículo 92 (último párrafo) del actual Reglamento Orgánico del M.F. español (que se ha conservado, inclusive con el mismo numeral, del derogado R.O. de 1958, motivo el cual, la crítica de Ibáñez, compartida por nosotros, sigue teniendo validez).

Según dicha norma legal, en su actuación los funcionarios fiscales no pueden dar a entender, clara ni veladamente, si obedecen a iniciativas y convencimientos personales, o a órdenes superiores, estén o no conformes con ellas, lo que permite que puedan ser impuestas actuaciones que podrían estar en contradicción con sentimientos o convicciones particulares¹⁶.

Nos resulta difícil emitir una opinión clara referida a una disposición con tales caracteres, aunque en principio estamos de acuerdo en que ningún funcionario del M.P. debe hacer manifestaciones en el sentido expresado; pero en todo caso consideramos que haría mal un Superior en obligar a un subordinado a sostener criterios que no son compartidos por éste, guardando silencio, y que inclusive podrían estar en contra de una profunda convicción legal (porque no creemos que ningún funcionario del M.F. (M.P.) fuese capaz de imponer algo francamente reñido con la moral o las buenas costumbres, (y menos que otro lo mantenga) pues debemos pensar que en las múltiples situaciones y facetas en que a diario se desarrolla el derecho penal, los

¹³ IBÁÑEZ Y GARCIA-VELASCO afirma, con sobrada razón, que "la admisión incondicionada de este principio plantea en el orden teórico una serie de problemas de acoplamiento, y en la práctica hace posible hondas perturbaciones que pueden llegar a producir una auténtica alegaldad en su actuación, que podrían trascender en el proceso penal en forma de auténticas absoluciones administrativas o gubernativas". Ob cit. págs. 131 y 132.

¹⁴ En este Proyecto de Ley Orgánica que hemos incluido en el Apéndice del presente trabajo, se señala, entre las atribuciones y deberes primordiales del Jefe del M.P. y de sus subordinados (Fiscales y Agentes Fiscales) la de mantener esa unidad "corporativa" a que ya hemos hecho referencia, aunque no se dice en forma expresa (Ver arts. cit.).

¹⁵ PRIETO-CASTRO, L. Ob. cit., supra nota 65, p. 419.

¹⁶ IBÁÑEZ Y GARCIA-VELASCO, M. Ob. cit. págs. 137 y ss.

puntos de vista jurídicos personales no pocas veces discrepan, siendo precisamente ahí donde debe operar la libertad de "opinión profesional" (siempre y cuando la misma se encuentre bien fundamentada, desde luego). En tal sentido el criterio del profesor Prieto-Castro¹⁷ de que el principio de unidad y dependencia debe estar "concebido de tal suerte que no merme la diversidad de opiniones y la independencia de cada uno de sus miembros en particular", resume de mejor modo nuestro pensamiento.

Lo más justo sería que el Superior buscara, en caso de discrepancia con cualquier subordinado, a un funcionario que comparta su criterio, o procurar la obtención del convencimiento mediante el diálogo franco y sincero. Pero ciertamente nos produce temor la forma en que ha sido redactada la disposición que comentamos. Es como si se pretendiere, para efectuar un parangón contrario y absurdo, imponer al Juez la obligación de decir si condena o absuelve por órdenes superiores o por convicción propia.

En el plano de las libertades humanas (y más tratándose de profesionales del Derecho) creemos que debe actuarse con mucha cautela, porque, afortunadamente, ninguna persona goza del monopolio de la razón y la verdad absoluta.

B. COMPOSICION DEL MINISTERIO PUBLICO COSTARRICENSE EN RELACION CON LA DEL M.F. ESPAÑOL

a) En general

La composición de nuestro M.P. (M.F.) difiere bastante de la del español, no sólo por cuanto aquél, según se explicó, participa en el proceso penal únicamente (inclusive con más amplias funciones que las asignadas al M.F. en España como posteriormente veremos), sino porque al ser mucho menor el ámbito territorial en que debe desempeñar sus funciones (Costa Rica tiene una extensión aproximada de cincuenta mil kilómetros cuadrados), lógicamente se simplifica la configuración del citado instituto, siendo menor también su escala de jerarquías.

Aunque entre los componentes del M.F. español existen diversas categorías, en la opinión de Rodríguez del Barco¹⁸ "ello no significa

¹⁷ PRIETO-CASTRO, L. Ob. cit. supra nota 65, pág. 419.

¹⁸ RODRIGUEZ DEL BARCO, J. Ob. cit. pág. 275. En Costa Rica, como veremos posteriormente, los Fiscales y Agentes Fiscales (encargados del procedimiento denominado de "Citación Directa") tienen bajo su mando personal subalterno (no profesional), pero sin constituir una verdadera articulación jerárquica del M.P.

subordinación o dependencia de unas a otras, pues propiamente la articulación jerárquica del Ministerio Fiscal está en la distinción entre Fiscales Jefes o representantes y Auxiliares”.

/ —De esta manera, pues, encontramos en la cúspide de dicha jerarquía al Fiscal del Tribunal Supremo como Jefe del Ministerio Fiscal, bajo la inmediata dependencia del Ministro de Justicia¹⁹.

El citado Jefe del M.F. español tiene una serie de facultades²⁰ similares en la mayor parte de los casos, a las de su homónimo costarricense (de “hecho”, por cuanto aún no ha sido promulgada la Ley Orgánica, según explicamos).

Después del Fiscal del Tribunal Supremo se encuentran los Fiscales de las Audiencias Territoriales, como Jefes en sus respectivos territorios, y por último los Fiscales de las Audiencias Provinciales, como Jefes en sus respectivas provincias. Los Fiscales de las Audiencias Territoriales y los de las Audiencias Provinciales, tienen respecto de los funcionarios fiscales que les están subordinados las mismas facultades que se le reconocen al Fiscal del T.S. (ver nota 20) —a excepción, en el caso de los segundos mencionados, de lo relativo a materias civiles—, pero siempre deben sujetarse a las instrucciones y órdenes generales o especiales del Jefe del Ministerio Fiscal, o a la de éste y a las que pudiesen impartir los Fiscales de las Audiencias Territoriales,

¹⁹ Las relaciones de dependencia están señaladas, entre otras normas legales, en el TIT. III, CAP. Primero, del Reg. Org. del M.F. (Decreto de 27 de febrero de 1969, anteriormente indicado. Ver asimismo la Nota nº 134 de este trabajo).

²⁰ Entre esas facultades se encuentran las siguientes que nos hemos permitido resumir:

1. Exponer al Presidente del T.S. lo que estime necesario o conveniente para la más cumplida administración de justicia.
2. Respecto del M.F.:
 - a) Dar a todos sus subordinados las instrucciones generales o especiales sobre interpretación y aplicación de preceptos legales.
 - b) La alta inspección de todos los servicios fiscales y de la actuación de todos los funcionarios del M.F.
 - c) Imponer correcciones disciplinarias a los funcionarios de la Carrera Fiscal y personal de servicio en las Fiscalías.
 - d) Examinar y calificar las Memorias de los Fiscales Jefes de las A.T. y las observaciones que hagan a las de los Fiscales de las A.P.
 - e) Llamar a los funcionarios de la Carrera Fiscal que necesite para comunicarles directamente instrucciones.
 - f) Designar a un miembro del M.F. para que intervenga en un determinado asunto.
 - g) Dar a los funcionarios del M.F. las órdenes (escritas o verbales) que estime conveniente.
 - h) Pedir a los funcionarios del M.F. informes sobre el modo en que funcionan los tribunales, ya sea de manera general, o que se trate de algún asunto determinado en que intervenga el Fiscal. (Art. 87 del R.O. del M.F.).

si se trata de los Fiscales de las Audiencias Provinciales. (Ver arts. 88-1, y 89 del Reglamento Orgánico del M.F.).

Los Auxiliares o subordinados están bajo las inmediatas órdenes del Fiscal Jefe (Fiscal del T.S.), y obran siempre en su nombre y por delegación.

El Fiscal del T.S. tiene los siguientes Auxiliares: el Inspector Fiscal²¹ y el Teniente Fiscal, Fiscales Generales y Abogados Fiscales del mismo Tribunal (T.S.).

Son Auxiliares de los Fiscales de las Audiencias Territoriales y de las Provincias, los Tenientes y Abogados Fiscales respectivos.

Por último deben incluirse en esta relación jerárquica a los Fiscales de Distrito, anteriormente denominados Fiscales Municipales y Comarcales (reforma introducida por el Real Decreto nº 2104 de 29 de julio de 1977, que aprobó el texto articulado parcial de la Ley de bases 42 de 28 de noviembre de 1974 —Ley Orgánica del Poder Judicial—)²², que están integrados en el M.F. en grado inmediatamente inferior a los de la Carrera Fiscal (subordinados directamente al Fiscal de la Audiencia Territorial y al de la Provincial respectiva —ver artículo 7º, incisos 1º, 2º y 3º del Real Decreto antes mencionado—), así como los Fiscales de Paz.

Resumiendo, pues, la composición del M.F. español según lo que dispone el Decreto de 27 de febrero de 1969, (R.O. del Estatuto del M.F.), con las reformas correspondientes, así como otras disposiciones

²¹ Los principales objetivos de la Inspección Fiscal son los siguientes:

- 1º El conocimiento de la regularidad con que funcione el M.F.
- 2º El de las prácticas generales que en las Fiscalías se siguen para el despacho y el curso de los asuntos en que deba intervenir el M.F.
- 3º El de las condiciones, aptitudes y conducta de los funcionarios fiscales.
- 4º El examen de las quejas que se produzcan sobre el modo de proceder de los funcionarios fiscales.

Respecto de las funciones que cumple la citada Inspección Fiscal, debemos decir que en nuestro país están asumidas por la llamada Inspección Judicial (Ley Orgánica del Poder Judicial en su TIT. VI, CAP. I, reformada por Leyes Ns. 5229 y 5495) encargada para tales efectos de los Tribunales y del M.P., ya que en el Proyecto de Ley Orgánico de éste ni siquiera se alude a un organismo (como el de la Inspección Fiscal español) que se encargue exclusivamente del instituto mencionado, lo que a nuestro juicio constituye un error, pues, tal y como ahora está constituida la Inspección Judicial (arts. 120 a 124) su actividad y facultades (incluso disciplinarias) pueden estar en contradicción con la naturaleza propia del Ministerio Público, ya que viene a restar potestades al Jefe del mismo. Nos parece conveniente (y así lo proponemos) que exista un organismo dentro del M.P. costarricense encargado de la labor de inspección fiscal, tal y como la legislación española ha previsto.

²² Cfr. RODRIGUEZ DEL BARCO, J. Apéndice III al Compendio de Derecho Judicial (Organización de Tribunales). Madrid, 1974, págs. 57 y 58. Asimismo ver la exposición de motivos del R.D. de 29 de julio de 1977, donde se explica que la finalidad del mismo es “hacer desaparecer la distinción entre Administración de Justicia y Justicia Municipal...”

legales (como por ejemplo el Decreto de 30 de junio de 1966, nº 1647, referido a la Plantilla de Destinos de la Carrera Fiscal) encontramos la siguiente relación:

1. El Fiscal del Tribunal Supremo.
2. Funcionarios pertenecientes a la Carrera Fiscal.
3. Fiscales de Distrito (Según R.D. de 29 de julio 1977).

Los funcionarios del M.F. español tienen las categorías siguientes ²³:

1. Fiscal del T.S., con los mismos honores y dotaciones que los Presidentes de Sala del Tribunal.
2. Fiscales Generales, con dotación y honores de Magistrados del T.S.
3. Fiscales, con dotación y honores de Magistrados.
4. Abogados Fiscales, con dotación y honores de Jueces de primera instancia.
5. Fiscales de Distrito, (anteriormente Municipales y Comarcales).
6. Fiscales de Paz.

(La Carrera Fiscal sólo la constituyen los funcionarios comprendidos en las categorías segunda a la cuarta, ambas inclusive).

Asimismo existe un organismo con funciones muy amplias, pero determinadas con la suficiente claridad por la legislación española correspondiente (Reg. Org. del Est. del M.F.), que se denomina Consejo Fiscal ²⁴ y reside en la Fiscalía del T.S., estando constituido por un Presidente y cuatro Vocales. En él actúa como Secretario —sin voto— uno de los funcionarios de la Inspección Fiscal (Ver arts. 169 a 178 del R.O. del M.F.).

²³ Cfr RODRIGUEZ DEL BARCO. *Ibidem*.

²⁴ Este organismo, presidido por el Fiscal del T.S. debe reunirse por lo menos una vez al mes, y siempre que lo considere necesario el Presidente. Atenderá cuidadosamente en la realización de su cometido, respecto del personal del M.F., y especialmente en el ejercicio de sus funciones inspectoras, a observar los defectos y deficiencias y a corregir, y a ser posible evitar, toda infracción o abuso; pero no deberá dar menos importancia a señalar positivos méritos y procurar el premio de cuantos lo merezcan. El C.F. tendrá como atribuciones y deberes, examinar los expedientes personales de todos los funcionarios de la Carrera Fiscal. Tendrá también cuantas facultades y deberes se le encomienden en el Estatuto, en el R.O. y en cualquier otra disposición con fuerza de Ley. Este es otro organismo que no ha sido previsto por el Proyecto de Ley Orgánica del M.P. costarricense y que a nuestro juicio puede resultar de sumo interés si se determinan sus funciones como se ha hecho en la respectiva legislación española.

En Costa Rica la composición actual del M.P. es la siguiente:

- a. El Fiscal General (Jefe del Instituto), con dotación y honores similares (no iguales) a los de Presidente de Tribunal Superior ²⁵.
- b. Los Fiscales (llamados también "Fiscales de Juicio" por desarrollarse su principal actividad en la fase de plenario o juicio —oral—). Tienen una dotación igual a la de los Jueces Penales (Jueces "Sentenciadores").
- c. Los Agentes Fiscales (que participan fundamentalmente en la fase de instrucción y tienen a su cargo la denominada "citación directa", siendo en ésta verdaderos jueces instructores, con funciones muy parecidas a las conferidas al M.P. alemán después de la Gran Reforma, según fue explicado con anterioridad).

En el Proyecto de Ley Orgánica del M.P. se instituyen los denominados "Agentes Fiscales Auxiliares" (art. 2) que serían designados por el Fiscal General o por los Fiscales para intervenir en determinados casos (art. 19) La dotación de los Agentes Fiscales es igual a la de los Jueces de Instrucción.

A falta de la aprobación de la Ley Orgánica (Estatuto o Reglamento) nuestro M.P. se ha ido estructurando "de hecho", siguiendo las líneas del M.P. de la Provincia argentina de Córdoba, aparte de las disposiciones particulares que el CPP establece, pero nosotros creemos necesaria la existencia, lo más pronto posible, de una Ley o Reglamento orgánico que determine con mayor exactitud, los deberes y atribuciones, entre otros aspectos de importancia, de los funcionarios fiscales ²⁶. Sin embargo, muy a nuestro pesar, opinamos que el Proyecto de Ley Orgánica tantas veces citado no es satisfactorio, como puede comprobarse, porque adolece de no pocos defectos, entre los que se aprecia una

²⁵ Al ser el M.P. dependiente del Poder Judicial, tanto el Jefe del mismo como los demás funcionarios, son nombrados por la denominada Corte Plena, de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 70 y 71 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

²⁶ El artículo 40 del CPP regula en forma general las atribuciones de los Fiscales diciendo: "Además de las funciones acordadas por la ley, el Fiscal del Tribunal de Juicio actuará durante el juicio (se refiere a la segunda fase del proceso, que es oral) y podrá llamar por intermedio del Tribunal al Agente Fiscal que haya intervenido en la instrucción..." y el art. 41 *ibidem* regula las del Agente Fiscal expresando: "El Agente Fiscal actuará ante el Juez de Instrucción y el Juez Penal, practicará la información sumaria (en el denominado procedimiento de "citación directa") y cumplirá además, la función atribuída en el artículo anterior".

Debemos aclarar que también el Agente Fiscal interviene en la fase de juicio oral (ante el Juez Penal de acuerdo con el artículo precedente) y excepcionalmente ante los Tribunales Superiores cuando así se lo solicite el Fiscal respectivo por tratarse de un asunto complejo o por estar en desacuerdo con su "requerimiento" (art. 40 incs. 1º y 2º *ibid.*).

inconveniente distribución de funciones para los distintos miembros del instituto ²⁷.

b) *Reclutamiento del personal del M.P.*

En España el reclutamiento del personal del M.F. se efectúa por el mismo sistema que el de la Judicatura, es decir, mediante oposición y cursos en la denominada Escuela Judicial ²⁸, "por haberse estimado que los beneficios y ventajas que en ella se consiguen deben ser comunes a dos Cuerpos tan íntimamente enlazados" ²⁹.

En Costa Rica varios Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y en especial el actual Presidente del Consejo de Personal, Edgar Cervantes Villalta, se han preocupado por ir fortaleciendo la llamada Escuela de Capacitación Judicial que funciona en nuestro medio, sobre todo adiestrando personal subalterno (y aún impartiendo cursos de especialización para Profesionales del Derecho), pero no existe —por lo menos en la actualidad— selección similar a realizada por la Escuela Judicial Española.

El nombramiento (y selección) de los funcionarios del M.P. costarricense (Fiscales y Agentes Fiscales) se lleva a efecto por el mismo sistema que el de los funcionarios judiciales ³⁰, esto es mediante "con-

²⁷ Ver artículos 16, 17, 18 y 19, especialmente.

²⁸ Dicha Escuela, que tiene su sede en Madrid, desempeña una labor muy importante, seleccionando y adiestrando a todos los funcionarios al servicio de la Justicia. En el artículo segundo de su Reglamento (aprobado por Decreto n° 204/1968 de 27 de enero, con las modificaciones introducidas por Decreto 1280/1969 de 12 de junio) se expresa: "Para el cumplimiento de sus fines corresponde a la Escuela organizar y desarrollar las actividades siguientes:

- a) Las pruebas selectivas exigidas para el ingreso en los Cuerpos de funcionarios al servicio de la Justicia para los que se requiere poseer título facultativo.
- b) Cursos selectivos y de formación para los funcionarios en prácticas aspirantes a las Carreras Judicial y Fiscal..."

La selección para ingresar en la Escuela Judicial se hace mediante libre oposición que convoca el Ministerio de Justicia (artículo 3° Reg. de la Esc. Jud.) cuando el número de vacantes previsible lo justifique (art. 3°, 2° ibíd.). La citada oposición consta de varios ejercicios que establece el art. 4° del mismo Reglamento y en los que se incluyen pruebas escritas y orales. Así, por ejemplo, dispone la mencionada norma en su inciso segundo, que deberán desarrollarse oralmente dos temas de Derecho Civil, dos de Derecho Penal, y uno de Derecho mercantil, "sacados a la suerte de entre los comprendidos en el cuestionario que al efecto será publicado, al menos, tres meses antes del comienzo de la oposición". El sistema de selección es, pues, a nuestro juicio, de gran conveniencia, ya que garantiza la idoneidad (y capacidad) del funcionario cuyo nombramiento se pretende.

²⁹ PRIETO-CASTRO, L. Ob. cit. supra nota 65, pág. 418.

curso de antecedentes", dependiendo en última instancia de la libre elección realizada por la "Corte Plena" ³¹.

Aún el nombramiento del Jefe del M.P. se efectúa por parte del organismo antes citado (Corte Plena) en igual forma, mientras que en España, por ser el M.P. dependencia del Poder Ejecutivo, el nombramiento o designación del Fiscal del T.S. es de libre elección del Gobierno entre Letrados (art. 7° de la L. de 17 de Jul. de 1945).

c) *Condiciones e incompatibilidades*

Tanto en Costa Rica como en España, se requieren condiciones parecidas para ser nombrado funcionario del M.P. (M.F.); a excepción de la nacionalidad española exigida en el segundo, ya que en nuestro país no se exige para ello la condición de ser "costarricense".

Así, pues, para ser nombrado funcionario del M.F. española se requiere:

- 1) Ser español, mayor de edad, de estado seglar.
- 2) No hallarse comprendido en causa de incapacidad o incompatibilidad. (Reg. Org. art. 11).

Los requisitos en Costa Rica son: *P" = AL MP.*
Ser mayor de edad, ciudadano en ejercicio y del estado seglar. (Ley Org. del Pod. Jud. art. 13).

En una y otra nación se establecen los casos de quienes no pueden ejercer funciones fiscales (asimilando en nuestra situación, lo dispuesto para los funcionarios judiciales en la Ley Orgánica del Poder Judicial). Así encontramos que no pueden ejercer funciones fiscales:

- 1) Los que no tengan aptitud física o intelectual. (En Costa Rica también se excluyen los sordos, los mudos y los ciegos).

³⁰ Dispone el art. 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que cuando quede vacante un puesto de Juez (o Fiscal en el caso tratarse del M.P.) "no podrá hacer (la Corte Plena) el nombramiento de sustituto en propiedad", sino que debe hacerse insertar en el "Boletín Judicial" un aviso dando cuenta de la vacancia, para que ofrezcan sus servicios (aportando el respectivo "curriculum vitae") los que tengan interés. El nombramiento no se puede hacer antes de que hayan transcurrido ocho días naturales contados desde la primera publicación del citado aviso (que debe salir tres veces consecutivas) "El nombramiento de funcionarios y empleados judiciales se hará en votación secreta. En las actas de Corte Plena no se consignarán, por ningún motivo, manifestaciones, votos salvados o protestas de los Magistrados que en alguna forma, directa o indirecta, insinúen o indiquen el modo en que sus votos fueron dados o los detalles de la votación". (Art. 18 de la Ley Org. del Pod. Jud.).

³¹ "La Corte Plena será regida por el Presidente de la Sala de Casación y estará formada por todos los Magistrados que componen las Salas, incluyendo a los supientes que temporalmente se hallen reponiendo Magistrados propietarios o que sustituyan a cualquiera que, para el caso, estuviere impedido de tomar parte en una junta". (Art. 70 de la Ley Org. del Pod. Jud.).

- 2) Los que se hallaren procesados por cualquier delito, en tanto no recaiga sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento. (En Costa Rica se excluyen los que estaban procesados con auto de enjuiciamiento, de acuerdo con el procedimiento penal derogado, que equivale actualmente al auto de procesamiento).
- 3) Los que hayan sido condenados por delito doloso mientras no hayan obtenido la rehabilitación. (En Costa Rica: "... los que estuvieren sufriendo la pena de inhabilitación para cargos u oficios públicos, los condenados por delitos que merezcan prisión con pena ordinaria...").
- 4) Los quebrados no rehabilitados. (En Costa Rica, ídem).
- 5) Los concursados mientras no sean declarados inculpables. (En Costa Rica ídem).
- 6) Los que tengan vicios vergonzosos. (En Costa Rica solamente se señala el caso de la embriaguez).
- 7) Los que hayan cometido acto ú omisiones que, aunque no penales, les hagan desmerecer en el concepto público. (En Costa Rica la ley señala a "... los que no observen una buena conducta o tengan antecedentes de dudosa moralidad...").

(Para la correspondiente comparación entre las anteriores legislaciones, ver el art. 12 del Reg. Org. del M.F. español y el art. 14 de la Ley Org. del Pod. Jud. costarricense).

Es lógico que el ejercicio de los cargos de la Carrera Fiscal (ó simplemente el de funcionario del M.P.) sea incompatible con el de Juez o Magistrado, o con el de cualquier otra jurisdicción, así como con los de Procurador en Cortes Diputado Principal, Alcalde o Concejal, en España.

En Costa Rica, a falta de la Ley Orgánica del M.P. como tantas veces hemos explicado, nuevamente debemos recurrir (como fuente "supletoria") a la Ley Orgánica del Poder Judicial, siendo los casos de incompatibilidad similares a los señalados por la legislación española. (Art. 14 del Reg. Org. del M.F. español; y arts. 11, 27 y 29 de la L.O. P.J. respectivamente).

En uno y otro país también es incompatible el ejercicio de los cargos fiscales con el desempeño de cargos públicos o políticos de elección (además de los anteriormente mencionados), o retribuidos por el Estado, exceptuando la docencia, así como el ejercicio libre de la Abogacía a no ser en los casos de excepción que la ley taxativamente establece (por ejemplo en asuntos propios o del cónyuge, etc.). En Costa Rica además, como la mayoría de los Abogados son también Notarios, se prohíbe a los funcionarios del M.P. y judiciales en general, el ejercicio de tal actividad profesional.

d) Responsabilidad criminal y civil

En relación con estos aspectos existen algunas variantes entre las legislaciones española y costarricense.

La responsabilidad criminal del M.F. español (Cap. III de su R.O.) únicamente se puede exigir, en términos generales, en virtud de querrela del propio Ministerio Fiscal, así como por acuerdo del Tribunal competente (con autorización del Fiscal del T.S.) (art. 148 íbid.), mientras que en Costa Rica, estando en manos del M.P. el ejercicio exclusivo de la acción penal pública, solamente éste podría exigir la citada responsabilidad (ya sea actuando de modo propio o por denuncia de cualquier particular). Desde luego, quedan excluidas las acciones por hechos privados.

En cuanto a la responsabilidad civil también podemos apuntar ciertas diferencias. En España (Cap. II, arts. 138 a 147 del R.O.) la misma únicamente puede exigirse cuando los funcionarios del M.F. en el desempeño de sus funciones infrinjan las leyes por negligencia o ignorancia inexcusable (art. 138 íbid.). En Costa Rica, recurriendo nuevamente a la L.O.P.J., en el apartado donde se regula la responsabilidad civil (Cap. III del Tít. X, arts. 224 a 229), observamos que se dispone que la misma podrá ser intentada "sin que sea necesario que haya precedido acción criminal" (ref. de esta manera por ley nº 1266 de 21 de feb. de 1951).

De la misma forma que en España, la responsabilidad se limita al resarcimiento de daños y perjuicios (artículo 225 LOPJ).

También en ambos países se dispone que la demanda de responsabilidad civil no podrá ser interpuesta hasta que quede terminado por sentencia o auto firme el asunto en que se suponga causado el agravio.

e) Otros aspectos

Tanto el régimen disciplinario del M.F. español³² como el del M.P. costarricense son bastantes estrictos, no solo en el comportamiento respetuoso y las relaciones de consideración que deben mediar entre los subalternos y sus superiores, sino en el ejercicio de las funciones, entre otras cosas.

³² Dispone el artículo 124 del R.O. de 1969 que serán corregidos disciplinariamente los funcionarios del M.F. aludidos en el art. 123 de la siguiente manera que nos hemos permitido resumir:

1. Cuando faltaren manifiestamente en forma grave a la subordinación debida a sus superiores.
2. Por abandono del servicio.
3. Cuando sus informes escritos u orales adoptaren acuerdos o emitieren informes ilegales.
4. Por observar conducta contraria a los principios fundamentales del "Movimiento Nacional".

La diferencia podría estar principalmente, en el hecho anteriormente explicado de la no existencia en nuestro país de una Inspección Fiscal, sino que la labor de ésta es ejercida por la denominada Inspección Judicial, que se encarga de ejercer "un control regular y constante sobre todas las dependencias del Poder Judicial" (el M.P. lo es) y vigilar "por el buen cumplimiento de los deberes de los servidores judiciales", además de otros asuntos (art. 120 de la LOPJ).

Asimismo la institución de las Juntas Fiscales así como del Consejo Fiscal (éste último regulado en el Tít. VIII del R.O. arts. 169 a 178) nos parece de gran conveniencia en nuestra nación, aunque de "hecho" se realicen juntas de fiscales a solicitud del Jefe del M.P. o de alguno de los funcionarios del mismo, pero sin la necesaria regularidad.

Por último hemos observado en el R.O. español la creación de Tribunales de Honor (Tít. IX arts. 179 a 189), que pueden ser constituidos por dos clases de motivos:

1. Por aquellos que afectan a la honorabilidad del funcionario, tanto en el ejercicio de sus funciones como en su conducta privada³³.
2. Por los de ineptitud de orden intelectual, negligencia o abandono graves.

Entre los que pueden promover la formación de estos Tribunales (pues únicamente se integran para el caso concreto) están: el Consejo Fiscal, el Fiscal del T.S. y el Ministro de Justicia. La resolución final es adoptada en conciencia y honor por mayoría de votos (el Trib. de Hon. está constituido por siete funcionarios y dos suplentes designados por sorteo) y puede contener uno de estos pronunciamientos: a) absolución, y b) separación del servicio, con reserva del derecho a la pensión que corresponda al funcionario.

5. Cuando de palabra o por escrito falten a la subordinación debida a sus superiores.

6. Por negligencia o por condena, entre otros.

7. Cuando perturben el servicio de la Fiscalía infringiendo disposiciones reglamentarias.

8. Por conducta moral irregular y viciosa.

9. Por infringir las prohibiciones del art. 17 del R.O. o los deberes que impone el Estatuto en el art. 34.

10. Cuando hubiesen incurrido, por causa que les fuere imputable, en alguno de los casos de incompatibilidad que el mismo R.O. señala.

11. Por ausencia injustificada.

12. Cuando reiteradamente y no obstante las advertencias del Consejo Fiscal, los Fiscales Jefes faltaren notoriamente a la equidad en la distribución del trabajo.

³³ Cfr. RODRIGUEZ DEL BARCO, J. en su Ob. cit. ps. 295 y ss. así como el Apéndice III de la misma.

En nuestro particular criterio los Tribunales de Honor cumplen una función extrajudicial que no nos satisface plenamente, porque pueden emitir un pronunciamiento (que, además, carece de recurso alguno) como lo es la separación del servicio, que en el caso de nuestra legislación debe conocer y resolver un Tribunal de Trabajo, puesto que las consecuencias más importantes, a nuestro modo de observar dicho pronunciamiento, son efectivamente laborales.

C. FUNCIONES PROCESALES DEL MINISTERIO PUBLICO COSTARRICENSE

a) En general

De manera similar, que ocurre en España, salvo la exclusividad (monopolio) con que lo hace, el CPP establece como función primordial del Ministerio Público el ejercicio de la acción penal pública, que deberá iniciar de oficio (art. 5 del mencionado cuerpo de leyes)³⁴.

Pero además del ejercicio de la acción penal y de acuerdo con lo dispuesto por el art. 39 del CPP, el M.P. debe practicar "...la información sumaria previa a la citación y ejercerá la acción civil en los casos previstos por el artículo 10"³⁵.

Los casos a que alude la anterior norma legal son los siguientes:

1. "Cuando el titular de la acción, sin constituirse en actor civil³⁶, le delegue su ejercicio:
2. Cuando el titular de la acción sea incapaz de hacer valer sus derechos y no tenga quien lo represente, sin perjuicio de la intervención del Patronato Nacional de la Infancia..."

Como puede observarse, hemos subrayado el inciso 1º del artículo anterior, por las razones siguientes: la situación que en él se expone,

³⁴ Los funcionarios del M.F. español tienen la obligación de ejercitar, "...con arreglo a las disposiciones de la ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada..." (Art. 105 de la LECr) (El subrayado no es del texto).

³⁵ El artículo 39 señalado de nuestro CPP es muy parecido a 162 del CPP de la Provincia de Córdoba (Argentina), de donde fue tomado. Este art. expresa: "El Ministerio Fiscal promueve y ejercita la acción penal en la forma establecida por la ley y realiza la instrucción sumaria con el auxilio de la policía judicial".

³⁶ Para constituirse en actor civil nuestro CPP, señala los requisitos correspondientes en el artículo 57.

de ejercicio de la acción civil por delegación del titular de la acción es algo absurdo en sí mismo, a nuestro juicio, porque presenta, en primer lugar, al M.P. como una especie de "servidor" de los particulares y, además, porque la práctica ha venido a demostrar que aún las personas de mayores recursos económicos prefieren acogerse a la citada "delegación" (nótese que ni siquiera se dice en qué forma deberá hacerse la misma), por tratarse de un servicio gratuito.

Nos parece más lógico que, como ocurre en la legislación española³⁷, la acción civil se entable siempre conjuntamente con la penal o por el contrario, que se elimine el precitado inciso 1º del artículo 10, dejando únicamente la obligación por parte del M.P. de ejercer dicha acción en los casos del inciso 2º *ibíd.* (casos excepcionales) como en alguna ocasión propusimos.

1. Promover la acción de la justicia y velar por la observancia de las leyes.

Entre las funciones primordiales del M.P., no sólo de nuestro país sino del mismo como instituto universal, está la de promover la acción de la justicia en lo que atañe al interés público, ejercitando con tal motivo, la acción (o pretensión) de igual carácter en las causas o juicios penales, así como velar porque las leyes se observen y cumplan.

La anterior disposición (que se encuentra contenida en forma explícita en los artículos 763 de la LOPJ y 1º del Est. del M.F. español), constituye la primera norma legal del Proyecto de Ley Orgánica de nuestro M.P., incluyéndose en la misma, además, el "velar por la buena marcha administrativa de la justicia represiva con los deberes y atribuciones que adelante se determinan"³⁸.

2. Poder coercitivo del M.P. en el ejercicio de sus funciones

El artículo 42 del CPP determina que el M.P. dispondrá, en el ejercicio de sus funciones, de los poderes conferidos al Juez por el artículo 101 *ibídem.* Esos poderes señalados por esta norma jurídica son los de requerir la intervención de la fuerza pública y disponer

³⁷ "La acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables". (Art. 108 de la LECr). En la legislación costarricense el "desistimiento" (tácito o explícito) implica la renuncia del pretendido derecho "resarcitorio" (art. 70 en relación con el 69, ambos del CPPCR).

³⁸ Cfr. al respecto, entre otros autores, a: FENECH, N. Ob. cit. pág. 310; MANZINI, V. Ob. cit. (T. II) pág. 318; PRIETO-CASTRO, L. Ob. cit. *supra* nota 65, 421 y ss.

todas las medidas necesarias para el seguro y regular cumplimiento de los actos que ordene.

En la LECr española no encontramos una disposición similar, de lo que lógicamente interpretamos que el M.F. en esta nación carece de tales poderes, ajustándose al respecto a lo que el juzgador ordene o disponga. En cambio, el M.P. italiano sí está investido de los poderes citados³⁹, e igualmente el M.P. de algunas provincias argentinas (Córdoba, por ejemplo) cuyas legislaciones procesales se han inspirado en la italiana.

Ahora bien, decidir si es conveniente o no que el M.P. (M.F.) disponga de poderes coercitivos, como los anteriormente expuestos, depende, según nuestro criterio, de la constitución misma que presente aquél en cada legislación: en España, donde no existe únicamente la acusación estatal (a cargo del M.F.) y en donde dicho instituto no realiza funciones propiamente instructorias, como ocurre en otros países, no es necesario ni prudente que el M.F. (M.P.) disponga de tales poderes. En Alemania, Italia, Argentina (algunas provincias) y Costa Rica, donde sólo existe la acusación estatal (monopolio a cargo del M.P.) y en donde el instituto estudiado debe realizar —en mayor o menor grado, según luego veremos— funciones instructorias (caso de la instrucción sumaria, o de la "citación directa"), es indispensable que el M.P. disponga de dichos poderes.

El Ministerio Público o Fiscal es parte legítima en todas las causas (procesos penales) por delitos de acción pública, como bien afirma el tratadista Fenech⁴⁰ correspondiéndole, tanto en la legislación española como en la costarricense, ejercitar las acciones penales (o pretensiones punitivas) que estime procedentes, independientemente de que haya o no acusador particular en el caso de la primera (art. 105 de la LECr), excluyéndose en uno y otro país las causas que los respectivos Códigos Penales reservan exclusivamente a la querrela privada.

b) En particular

Como las principales funciones del M.P. se desenvuelven en diversas actividades que varían según la etapa o período procesal en que tienen lugar, es conveniente estudiarlas por separado en cada una de esas etapas.

³⁹ El art. 77 del CPP italiano extiende al M.P., en el ejercicio de sus funciones, todos los poderes que el art. 146 del mismo cuerpo de leyes confiere al Juez Cfr. LEONE, G. Ob. cit. (VOL. I) pág. 439 y (VOL. II) págs. 140 y ss. respecto de la manera sumaria" (o instrucción sumaria) que realiza el citado instituto en dicha nación.

⁴⁰ FENECH, N. Ob. cit. p. 310.

NOTA: Según el criterio que ya anteriormente expusimos en el apartado correspondiente, el Ministerio Público es "parte" en sentido formal.

1) Fase o etapa de instrucción (Sumario)

Deliberadamente hemos omitido referencia alguna a la participación del M.P. en las investigaciones preliminares⁴¹, por cuanto, aunque de hecho existe, la actividad más importante la realiza la Policía Judicial⁴², que contrariamente a lo que ocurre en España, donde la Policía gubernativa o de seguridad es la misma que la Judicial, se encuentra completamente separada de aquélla desde hace varios años, aún antes de que fuera puesto en vigencia el actual CPP, actuando con notable éxito y mereciendo no pocos elogios.

El nuevo concepto de Policía Judicial, en contraposición con el de Policía Gubernativa, de Seguridad, o de Policía en general⁴³ ciertamente ha revolucionado el sistema de investigación criminal, constituyendo un poderoso auxiliar del M.P.

⁴¹ El M.F. español interviene en las investigaciones preliminares, auxiliado por la Policía Judicial que le está subordinada (arts. 283, 284, 287 a 290, de la LECr), debiendo actuar para hallar los fundamentos subjetivos y objetivos de la pretensión punitiva, que debe hacer valer en el proceso, realizando las investigaciones que estime necesarias para el descubrimiento de los delitos y la averiguación de los delincuentes. (Art. 2º, nº 16 del Est. del M.F.). Sin embargo, pese a tener el nombre de "policía judicial" y de estar regulada como tal en la LECr, no existe verdaderamente una policía de este tipo, sino que sus funciones son ejercidas por la misma policía gubernativa.

⁴² "La policía judicial, por iniciativa propia, por denuncia o por orden de autoridad competente procederá a investigar los delitos de acción pública..." (art. 161 del CPP). Los miembros de la P.J. "... cumplirán sus funciones bajo el control directo del Ministerio Público y deberán ejecutar las órdenes de jueces y fiscales..." (art. 163 *ibid.*) (El subrayado es nuestro).

⁴³ MANZINI, aclara que el concepto de policía judicial (contra poniéndolo al de policía de seguridad o al de policía en general) "indica la actividad investigadora que se orienta a descubrir los delitos, a impedir que se los lleve a consecuencias ulteriores y a identificar a sus autores". Siendo esta distinción de origen francés —continúa Manzini— no siempre fue perfectamente advertida, sobre todo si se tiene en cuenta que en el siglo IX las tareas propias de la policía judicial se delegaban en personas dignas de fe, quienes bajo juramento se obligaban a denunciar los delitos y a los delincuentes, bajo amenaza de graves penas; (castigos corporales, etc.). Mientras que la policía de seguridad ha sido creada para prevenir las posibles violaciones legales, la judicial actúa en el momento en que tales violaciones ocurrieron, para determinar la verdad de los hechos, los autores de los mismos y asegurar su comparecencia ante la justicia. (MANZINI, *Ob. cit.* págs. 321 y ss.).

Para CLARIA OLMEDO la policía judicial "es un organismo público integrado por un conjunto de funcionarios y empleados debidamente jerarquizados que cumplen funciones determinadas por la ley, a veces en sentido amplio y otras específicamente, para custodiar el orden público y la tranquilidad social, proveyendo a la estabilidad de las instituciones y a la seguridad de los ciudadanos que integran la colectividad". (CLARIA OLMEDO; *Ob. cit.* pág. 53). En cualquier caso, debe quedar claro que el nuevo concepto de "policía judicial" ha sido perfectamente asimilado por la legislación costarricense.

En Costa Rica la Policía Judicial está integrada en el denominado organismo de Investigación Judicial y tiene su propia Ley Orgánica.

Nuestro M.P. debe requerir⁴⁴ la instrucción o practicar la información sumaria previa a la citación directa⁴⁵, cuando tenga conocimiento⁴⁶ de un delito por el cual una u otra corresponda. (Arts. 169, 184, 401 y 402 del CPP).

El requerimiento (fiscal) de instrucción que inicia la causa, por así decirlo, debe contener una serie de requisitos formales que son los siguientes: (art. 170 *ibid.*).

- 1) Las condiciones personales del imputado (esto es, inculpado en la leg. española), o si se ignoraren, las señas o datos que mejor puedan darlo a conocer;
- 2) La relación circunstanciada del hecho, con indicación, si fuere posible, del tiempo y modo de ejecución y la norma penal que considere aplicable; y
- 3) La indicación de las diligencias útiles para la averiguación de la verdad.

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando hay discrepancia entre el Agente Fiscal y el Juez de Instrucción? Por ejemplo, aquél le solicita a éste la desestimación de la denuncia (formulada por cualquier particular) y

⁴⁴ El "requerimiento" es la querrela del Ministerio Público en nuestro país (como ocurre en España, donde la querrela puede ser presentada por cualquier clase de sujetos —públicos o particulares—). De acuerdo con el criterio de CLARIA OLMEDO, el término requisitoria o requerimiento procede de la legislación italiana, invirtiendo el sentido originario proveniente de Francia (ver arts. 31 y ss. del Code de Procédure Penale), porque en aquella nación se distinguen claramente los dos modos de actuación del M.F.: por requisición o por acción. En el primer caso, puede decirse que no actúa por propia iniciativa, ya que es el juez de instrucción quien solicita su opinión. En el segundo caso actúa por iniciativa propia ejercitando la acción penal, valiéndose para ello de todos los procedimientos que las partes disponen para hacer valer sus derechos en el proceso. (CLARIA OLMEDO, *Ob. cit.* pág. 292). En la legislación italiana el Ministerio Público presenta un requerimiento, el cual, en primera instancia, esto es, como promoción de la acción penal y actos a ella correlativos, se reduce a una mera demanda de decidir acerca de una "notitia criminis"; pero en la fase de impugnaciones tiene un contenido específico, a saber, se presenta como una demanda de reforma o de anulación (LEONE, G. *Ob. cit.* T. I. pág. 422).

⁴⁵ La "citación directa" es el medio de iniciar un procedimiento especial (artículo 401 a 422 del CPP) que posteriormente será estudiado.

⁴⁶ De acuerdo con el art. 152 CPP cualquier persona que tenga noticia de un delito de acción pública "podrá denunciarlo al Juez de Instrucción, el Agente Fiscal o a la Policía Judicial, salvo que la acción dependiera de instancia privada". Cuando esa denuncia, que puede ser escrita o verbal (art. 153 *ibid.*) es hecha ante el Juez de Instrucción, éste debe ponerla inmediatamente en conocimiento del Agente Fiscal, quien en el término de 24 horas, o menos si la urgencia del caso lo requiere, deberá decidir si formula requerimiento conforme al art. 170, o si se desestima o debe remitirse a otra jurisdicción (art. 158).

el Juez de Instrucción estima que existe mérito suficiente para abrir causa.

La solución está en el párrafo del art. 158 final: "Si el Agente Fiscal pidiere que la denuncia sea desestimada y el juez no estuviere conforme, se procederá como dispone el artículo 347". Este último artículo, que regula otros casos de disconformidad entre Agente Fiscal y Juez de Instrucción, dispone que "el Juez que no estuviere de acuerdo remitirá el proceso, por resolución fundada al Fiscal del Tribunal de Apelación⁴⁷, quien dictamará con arreglo al artículo 39"; así pues, quien resuelve la controversia es el Fiscal designado a ese efecto: si éste da la razón al Agente Fiscal, el Juez debe pronunciarse en tal sentido (por ejemplo, desestimando la denuncia como se le solicitó); pero si el Fiscal estima que la postura más razonable es la del Juez, entonces, al dictaminarlo así, se pasa la denuncia a otro Agente Fiscal para que, en el caso de nuestro ejemplo, proceda a efectuar el requerimiento.

Desde luego, es obvio que la desestimación de la denuncia del particular por parte del Agente Fiscal (representando al M.P.) no impediría que posteriormente pueda intentarse (por parte del particular denunciante) su presentación ante otro Agente Fiscal.

En España, donde el Juez inclusive puede actuar de oficio (arts. 259 y ss. de la LECr)⁴⁸, no se requiere intervención inicial del M.F.

⁴⁷ Actualmente y por falta de la reglamentación orgánica del Ministerio Público, no existen Fiscales específicos para los Tribunales de Apelación (tal como señala el CPP en distintas normas legales), sino que los mismos Fiscales de Juicio (de acuerdo con un orden establecido en la distribución del trabajo) desempeñan esta función.

⁴⁸ Con relación a la existencia en la legislación española de la acusación estatal (a cargo del M.F.) y la acusación popular, las cuales pueden presentarse y subsistir en forma conjunta, IBÁÑEZ GARCIA-VELASCO ha señalado la siguiente crítica:

"¿Por qué en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal se regula la existencia de dos acusaciones posibles: la pública y la particular." Si ambas coinciden en sus actuaciones huelga una de ellas, y si no coinciden alguna de las dos estará equivocada y dará como resultado constituir un entorpecimiento a una exacta y rápida justicia, pero sin entrar a discutir cuál puede ser la causa del entorpecimiento en el caso concreto, la admisión de la acusación popular como hoy la conocemos parece partir de un criterio de desconfianza hacia la actividad fiscal, con su secuela obligada de agravar la economía, tanto crematística, como "cronológica" (sic) (el autor se refiere a la demora) del proceso. Ahora bien —continúa IBÁÑEZ— ¿no será esta desconfianza razonable consecuencia de la desafortunada regulación del Ministerio Público, de su dependencia orgánica y de su escasa autonomía procesal?" (IBÁÑEZ GARCIA-VELASCO, M. Ob. cit. págs. 105 al final y 106).

Nota: La crítica anterior, escrita por el autor mencionado en el año de 1967, (esto es dos años antes de la aprobación del actual Reglamento Orgánico del Ministerio Fiscal) sigue teniendo validez, a juicio nuestro, ya que el actual R.O. del M.F. (de 27 de febrero de 1969) no varió, en su esencia, las disposiciones fundamentales a las que Ibañez dirige su crítica. —En nuestro país tuvimos experiencia similar a la española en lo que se refiere a la existencia de la acción popular, mientras estuvo vigente el anterior Código de Procedimientos Penales, siendo bastante positiva (de acuerdo con lo observado hasta ahora) la medida de su eliminación.

(aunque puede darse), ya que, como puede observarse en la respectiva legislación procesal, no necesita interponer la "querrela"⁴⁹ para actuar en el sumario, puesto que la ley le concede este derecho con independencia de la misma en virtud de la función inspectora que le atribuye en la formación de aquél. (art. 306 de la LECr)⁵⁰.

Una vez requerida la instrucción (arts. 169-170 CPP)⁵¹, el juez ante quien se presentó el "requerimiento"⁵² estimando pertinente el

⁴⁹ El concepto de "querrela" se aplica en nuestro actual CPP exclusivamente en los "juicios por delitos de acción privada" (CAP. IV, SEC. I, arts. 428 y ss.), puesto que para los juicios por delitos de acción pública el M.P. actúa mediante la presentación de "requerimientos", como ya se explicó, cuyos requisitos formales son semejantes a los de la "querrela", según puede corroborarse comparando los arts. 277 de la LECr y el 170 del CPP (req. del requerim. fiscal). PRIETO CASTRO y GUTIERREZ DE CABIEDES, explicando el concepto de "querrela" dicen: "... es un nombre de origen latino que adquirió en el Derecho español la significación específica de medio de dar al juez noticia de la realización (por alguien) de un hecho susceptible de constituir delito o falta y de la decisión de ejercer la correspondiente acción penal por ese hecho, constituyéndose en parte la persona que la interpone. Esta es llamada por la LECr "querellante" y el sujeto pasivamente legitimado, querellado" (Ob. cit. supra nota 96, pág. 151). DE PINA la define como "el escrito en el que, con las exigencias formales que la ley determina, se ejerce la acción penal". DE PINA, RAFAEL, Manual de Derecho Procesal Penal, Ed. Reus, S. A., Madrid, 1934, pág. 125, GOMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA conceptúan la "querrela" como el "acto procesal consistente en una declaración de voluntad dirigida al órgano jurisdiccional competente, por la que el sujeto de la misma, además de poner en conocimiento de aquél la noticia criminis ejercita la acción penal". (Ob. cit. pág. 133). Desde luego, es obvio que "denuncia" y "querrela" son conceptos radicalmente distintos. (Consultar al respecto las obras de los autores antes mencionados).

⁵⁰ Cfr. FENECH, M. Ob. cit. págs. 309 y 310.

⁵¹ De acuerdo con el art. 185 del CPP, la instrucción tiene por objeto, entre otras cosas las siguientes:

1. Comprobar si existe un hecho delictuoso, mediante todas las diligencias contendentes al descubrimiento de la verdad.
2. Establecer las circunstancias que califiquen el hecho. (Agravantes, atenuantes, etc.).
3. Determinar a los autores, cómplices e instigadores.
4. Verificar la edad, educación, condiciones de vida, estado y desarrollo de las facultades mentales, etc. del "imputado".
5. Comprobar la extensión del daño causado por el delito, aunque no se hubiere ejercido la acción resarcitoria.

Similar (no igual) a la anterior disposición, es la contenida en el art. 299 de la LECr al expresar que "constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos".

⁵² VAZQUEZ I., y CASTRO, autores argentinos, al hacer un comentario sobre lo que es el "requerimiento" en el sistema procesal penal mixto, explican: "Siendo el Agente Fiscal el titular de la acción penal es a él a quien corresponde promoverla mediante requerimiento. No existe otro modo posible de acuerdo con este sistema procesal penal mixto (se están refiriendo al de la Pampa) de promover la acción penal sino por medio de la actividad propia del Ministerio Fiscal". VAZQUEZ IRUZUBIETA, C., y CASTRO, R. A.; Procedimiento Penal Mixto (Tomo II), ed. Plus Ultra Buenos Aires, 1969; pág. 57.

mismo, debe proceder directa e inmediatamente a investigar los hechos que aparezcan cometidos en su jurisdicción y si es necesario practicar diligencias fuera de su circunscripción, las deberá encomendar a la autoridad judicial correspondiente. (Art. 186 *ibíd.*).

Si por el contrario el Juez rechaza el requerimiento (lo que debe hacer mediante auto), el M.P. puede apelar de dicha resolución. (Art. 188 *ibíd.*).

La fase de instrucción, caracterizada por la busca y preparación de elementos probatorios⁵³, da oportunidad al M.F. para que participe en todos los actos de la misma y examine en cualquier momento las actuaciones (art. 90 *ibíd.*).

Tanto el M.P. como las partes pueden proponer diligencias, practicándolas el Juez cuando fueren pertinentes y útiles; en caso de rechazarlas, su resolución en tal sentido será irrecurrible. (art. 196)⁵⁴.

El sumario sólo puede ser examinado por las partes y sus defensores *después de la declaración del "imputado"* (antes está prohibido) pero el Juez puede ordenar el "secreto", por resolución fundada, siempre que la publicidad ponga en peligro el descubrimiento de la verdad (dicho secreto no puede durar más de diez días, salvo que la gravedad del hecho o la dificultad de su investigación exijan que aquélla sea

⁵³ MANZINI destaca que la averiguación de la verdad real es tarea que no se agota ni en el debate mismo combatiendo a los que asignan a la instrucción la finalidad de fijar los elementos de convicción para el debate, ya que, en tal caso, se "limitaría la libertad del tribunal de juicio y además se llevaría a cabo una inútil duplicación de actos procesales". La instrucción —continúa— se caracteriza por la busca y preparación de elementos probatorios, predominando durante el debate la actividad de contralor, discusión y juicio. Si se tratara en la fase instructora de preparar la acusación, se caracterizaría como una actividad propia a favor del M.P. Pero es sabido que también durante la instrucción se recogen las defensas del "imputado", que hasta pueden llegar a servir para concluir la causa sin enviarla a juicio (sistema generalmente seguido por algunos Estados europeos como Alemania, Holanda, Bélgica y España). Distinto es, en cambio, el sistema anglosajón, donde resulta obligatorio el examen previo de toda acusación por parte de un colegio de jurados (gran jurado de acusación). MANZINI, V. Ob. cit. págs. 173 y ss. LEONE a su vez explica que la instrucción del proceso penal tiene por finalidad "comprobar, mediante un primer examen de la noticia criminis, si existen elementos para pasar a la fase de juicio". LEONE, Ob. cit. VOL. II, págs. 84 y ss.

En igual sentido, ver PRIETO-CASTRO y GUTIERREZ DE CABIEDES, quienes afirman que "... los resultados que por la comprobación o averiguación se obtienen en la investigación no pasan a constituir base de la sentencia..." (Ob. cit. supra nota 96, págs. 162 y ss.) E, igualmente GOMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA sostienen que "... el sumario, está, pues, con el juicio oral en relación de medio a fin ya que aquél no se concibe sino en función de éste. Pero esa finalidad positiva toma un matiz negativo cuando el sumario no da base para abrir el juicio oral, desembocando, por el contrario, en el sobreseimiento..." (Ob. cit. págs. 123 y ss.).

⁵⁴ Esta disposición no nos satisface y nos parece mejor la solución que da la LECr española, permitiendo al M.F. apelar o recurrir en queja cuando hubiere denegatoria (art. 311 de la misma), aunque lo que pretenda el artículo 196 del CPP sea proporcionar mayor agilidad durante el proceso.

prolongada hasta por otro tanto) (art. 195). Es de observar que en la precitada norma legal no se excluye del "secreto" al M.P., como sí se hacía en el anterior Código Procesal Penal, y como establece la legislación española, en el artículo 316 de la LECr. Desde luego, en la realidad los jueces permiten que los miembros del M.P. examinen el sumario bajo "secreto", pero algunos de ellos han entendido erróneamente que tan sólo el Fiscal o Agente Fiscal asignados al caso en concreto gozan de esa "prerrogativa" (por así decirlo), negándosela a los demás funcionarios del instituto, con lo que provocan cierta ruptura del principio de unidad corporativa que anteriormente analizamos.

En todo caso, es claro que el error (por omisión) proviene de la misma Ley.

El M.P. puede recurrir contra los autos de procesamiento y de "falta de mérito" —esto es, falta de base para proceder (art. 290 CPP)⁵⁵—; también contra la resolución que hace cesar la prisión preventiva (art. 294 *Ibíd.*), así como asistir a cualquier diligencia probatoria, para lo cual el Agente Fiscal (en representación del M.P.) debe ser avisado con suficiente tiempo, aunque el acto o diligencia no se suspende ni retarda por su ausencia (art. 195, párrafo final, del CPP).

Una vez que el Juez estima que la instrucción ha sido cumplida o ha concluido⁵⁶, debe dar audiencia al Agente Fiscal por el "plazo" (nuestro Código utiliza con frecuencia la palabra "término", que nos parece menos acertada) de seis días, "prorrogables hasta por otro tanto en casos graves y complejos a juicio del juez y a solicitud del propio Agente Fiscal" (Art. 338 *ibíd.*); pero si vencido el plazo de la instrucción, incluyendo las prórrogas previstas en el artículo 199 de nuestro cuerpo de leyes procesales anteriormente mencionadas, "no correspon-

⁵⁵ El auto de falta de mérito tiene cierto parecido con el auto de sobreseimiento provisional (permitido en la LECr art. 641 —así como en nuestro anterior Código Procesal Penal—), pero se distingue esencialmente porque debe dictarse (si es que procede) dentro del plazo de seis días a contar desde la declaración del "imputado" (art. 286 *ibíd.*) y se dicta solamente cuando el juez estima que no hay mérito para ordenar el procesamiento ni tampoco para sobreseer (art. 289 *ibíd.*). El sobreseimiento provisional ya no existe en nuestra legislación procesal; únicamente el sobreseimiento (que siempre es "definitivo", esto es, "libre" según la LECr art. 634), que puede ser dictado en cualquier momento durante la instrucción (o sumario), e inclusive, en algún caso excepcional, durante la fase de juicio oral o debate (art. 320, inc. 4º *ibíd.*).

⁵⁶ De acuerdo con el art. 199 del CPP "la instrucción deberá concluirse en el término (plazo) de dos meses a contar de la declaración del imputado (Inculpado). Si resultare insuficiente, el juez solicitará prórroga al Tribunal de Apelación, el que podrá acordarla hasta por otro tanto... y en los casos de suma gravedad y de muy difícil investigación, la prórroga podrá exceder excepcionalmente de dicho plazo, no pudiendo sobrepasar de otros dos meses". En resumen, la instrucción de un asunto complejo puede durar hasta seis meses como máximo, dentro de los límites normales de desarrollo del proceso (tomando en cuenta las posibles dificultades que se puedan presentar en la investigación).

diere sobreseer ni las pruebas fueren suficientes para disponer la elevación a juicio", el juez deberá ordenar por auto fundado, aún de oficio, la denominada *PRORROGA EXTRAORDINARIA* de la instrucción⁵⁷, "por un término (plazo) que fijarán en seis meses si la pena del delito perseguido fuera de un año o menos; y de un año si la pena fuera mayor" (art. 325 del CPP).

Una vez que, según explicábamos, el Juez estima cumplida la instrucción y dá audiencia al Agente Fiscal por seis días (que pueden ser prorrogados), éste tiene que manifestar, al pronunciarse, lo siguiente (art. 339):

1. Si la instrucción está completa, o en caso contrario, que diligencias considera necesarias para ello; o
2. Estimándola completa, si correspondiere sobreseer, ordenar una prórroga extraordinaria o *eleva la causa a juicio*.

Si opta por lo último, debe presentar el llamado "requerimiento de elevación a juicio" de acuerdo con los requisitos formales que señala el artículo 341 de nuestro Código procesal.

Con base en ese requerimiento, y estimando el Juez su procedencia (ver incidente que puede plantear el defensor del inculcado con base en el art. 343 CPP), deberá dictar el auto de elevación a

⁵⁷ La citada "Prórroga extraordinaria" tiene también cierto parentesco con el sobreseimiento provisional aunque analizados en su esencia son completamente distintos. Por ejemplo, cumplida la prórroga extraordinaria sin modificarse la situación que la determinó, es obligación del juez "dictar" o pronunciar el sobreseimiento (que como ya fue explicado es siempre definitivo o libre) (art. 327). Sobre la función que desempeña la citada prórroga extraordinaria en el proceso, algunos autores argentinos explican que "... cumpla la misión de demorar legalmente la clausura de la instrucción en los casos de dudosa prueba insuficiente. Si se observa detenidamente alguno de sus efectos propios, podrá advertirse el escondido pero cercano parentesco que existe entre la prórroga extraordinaria y el sobreseimiento provisional del sistema procesal anterior. Pero analizada la misma en su naturaleza jurídica, puede colegirse que se trata de un instituto paralizador de la actividad investigadora del Juez". VAZQUEZ I. y CASTRO R., Ob. cit. (T. III) pág. 408. RICARDO LEVENE (h), en un trabajo que lleva por título "La Reforma y Unificación Procesal Argentina" (págs. 190 y ss.) se muestra francamente enemigo de introducir dentro de los Códigos de Procedimiento General el instituto de la prórroga extraordinaria, pues, según su criterio, su consagración legislativa significa claramente que se introduce en el proceso el sobreseimiento provisional, legalmente criticado; situación ésta que resulta intolerable si se tiene en cuenta que una causa no puede mantenerse por largo tiempo abierta y a la espera de nuevos elementos de prueba que pudieran surgir" (Datos tomados de la obra de VAZQUEZ y CASTRO —T. II— págs. 409 y 410, por no haber sido posible localizar la obra original del autor). Otros tratadistas, como Vélez Mariconde y Clariá Olmedo, abogan a favor de la citada institución sobre todo éste último, quien advierte que la misma significa una evolución legislativa tendiente a desterrar de las legislaciones el sobreseimiento provisional, que tiene su origen en el derecho español y fué acogido por los antiguos Códigos de la materia. (CLARIA OLMEDO, Ob. cit. págs. 120 y ss.).

juicio, que únicamente puede ser apelado por el defensor del procesado que hubiere ejercido el derecho concedido por el artículo 342 (ibídem) ante el Tribunal de Apelaciones (esto es, haberse opuesto a la elevación a juicio, instando el sobreseimiento o una prórroga extraordinaria de la instrucción)⁵⁸.

Si contrariamente a lo expuesto, el Agente Fiscal solicita sobreseimiento o prórroga extraordinaria, el Juez que no estuviere de acuerdo debe remitir el proceso, por resolución fundada, al Fiscal del Tribunal de Apelaciones (ver nota n° 47), quien dictará con arreglo al artículo 39 (347 del CPP) en uno u otro sentido, conforme fue analizado anteriormente.

La instrucción queda clausurada cuando el Juez pronuncia el auto de elevación a juicio, o queda firme la providencia que así lo ordena (art. 348 CPP)^{59, 60, 61}.

2) Fase o etapa de juicio (oral) o debate. Plenario.

En este segundo período del proceso (en el derecho costarricense no aparece señalado especialmente lo que se llama "período intermedio" en el derecho español y otros) al cual se pasa únicamente cuando ha habido *elevación a juicio*, la actividad del M.P. es fundamentalmente oral, aunque en los actos preliminares del mismo se conservan algunas diligencias escritas.

⁵⁸ En algunas Provincias argentinas donde opera el sistema procesal penal mixto en forma casi igual al nuestro, el auto de elevación es inapelable. (caso del art. 321 del CPP de la Pampa y del 315 de Catamarca).

⁵⁹ Se "dicta" una simple providencia de elevación a juicio cuando no hubo oposición al "requerimiento fiscal" por cuanto no ejerció el defensor la potestad a que alude el art. 342, pues cuando a éste le son notificadas las conclusiones de dicho requerimiento, puede, en el plazo de tres días, 1—deducir excepciones no interpuestas con anterioridad, y 2—oponerse a la elevación a juicio, instando el sobreseimiento o una prórroga extraordinaria. Si no ejercitare su derecho, posteriormente no puede apelar del auto de elevación a juicio (345 CPP). Nótese cómo el derecho a que aluden los arts. 342 y 345 citados, sólo se otorga al defensor y no al inculcado (llamado "imputado" por nuestro Código, como hemos visto), explicándose tal situación por el tecnicismo de la legislación procesal penal, que impide una correcta defensa por parte de una persona que no tenga conocimiento de la misma.

⁶⁰ Creemos que el art. 348 mencionado está incompleto, porque la instrucción también queda clausurada cuando se resuelve el sobreseimiento, como bien aclara el art. 322 del CPP de la provincia argentina de la Pampa.

⁶¹ En el procedimiento penal español, si no existe acusador particular y el M.F. considera que se han reunido en el sumario suficientes elementos para hacer la calificación de los hechos e ir a juicio oral, debe hacérselo saber al Juez de Instrucción para que sin más dilaciones se remita lo actuado al Tribunal competente (art. 622 LECr). Si se confirma el auto que declara terminado el sumario, el Tribunal debe resolver, dentro de tercer día, sobre la solicitud de juicio oral o de sobreseimiento (art. 632 LECr).

Una vez que se ha recibido el proceso, el Presidente del Tribunal ⁶² debe citar, bajo pena de nulidad, al fiscal, a las partes y defensores, a fin de que en el plazo común de diez días comparezcan a juicio, examinen las actuaciones, los documentos y cosas secuestradas, ofrezcan pruebas e interpongan las recusaciones que estimen pertinentes (art. 349 CPP).

En el escrito de proposición de prueba, el M.P. (representado por el respectivo ~~Fiscal de Juicio~~) y las partes, deben presentar la lista de testigos y peritos con indicación del nombre, profesión y domicilio. También pueden manifestar que se conforman con que en el debate se lean las declaraciones testificales e informes periciales (art. 351), lo que nos parece poco recomendable, excepto que se trate de casos de particular gravedad (por ejemplo, la muerte del testigo o perito, casos previstos por el art. 384 de nuestro Código, que en cierto modo se opone o contradice la manifestación de conformidad de lectura permitida por el art. 351 anteriormente citado, ya que aquél limita dicha lectura "bajo pena de nulidad", para las situaciones o casos que taxativamente señala) ⁶³.

Antes del señalamiento para el debate, el M.P. y las partes pueden "deducir" las excepciones que no hubieren planteado anteriormente (arts. 342 y 349 del CPP), pero el Tribunal puede rechazar sin trámite las que fueren manifiestamente improcedentes. (354 ibidem).

⁶² De acuerdo con nuestra legislación al respecto (CPP y Ley Especial sobre Jurisdicción de los Tribunales, n° 5711 de junio de 1.975), por regla general todas aquellas causas instruidas mediante el procedimiento de INSTRUCCION JUDICIAL (o formal) deben ser conocidas en el debate (fase de juicio) por los Tribunales SUPERIORES DE JUICIO (arts. 27 y ss. de dicha LEY Especial). Estos tribunales están integrados por tres jueces superiores cada uno, cuyos presidentes son nombrados por la Corte Suprema de Justicia (art. 28 de la Ley Especial). Las causas que son instruidas por el procedimiento antes indicado (instrucción judicial o formal) son todas las que generalmente "persiguen" delitos cuyas penas exceden de tres años de prisión. A contrario sensu, si las penas no son privativas de libertad o no exceden de tres años de prisión, las causas deben ser instruidas por el M.P. mediante el procedimiento de "citación directa", que, posteriormente estudiaremos, correspondiéndole en este caso, actuar en el juicio oral, a un solo juez denominado Juez de Juicio o Penal. Tanto en el caso del Juicio Común, como en el de citación Directa, los juzgadores resuelven en instancia única, sin ulteriores recursos, a no ser que se trate de los extraordinarios de Casación y Revisión, cuyos motivos de procedencia están taxativamente señalados por la ley.

⁶³ En España, una vez que se manda a abrir el juicio oral, se comunica la causa al Fiscal (o al acusador privado) para que en el plazo de cinco días califique por escrito los hechos (art. 649 LECr). Aparte de lo que debe contener el citado escrito según el art. 650 ibidem, el M.F. (y las partes, desde luego) manifestará las pruebas que intenta valerse, presentando listas de peritos y testigos que hayan de declarar a su instancia (art. 656 ibid.). Devuelta la causa por el Ponente, el Tribunal examina las pruebas propuestas, admitiendo las que considere pertinentes y rechazando las demás; en el mismo auto deberá señalar el Tribunal el día en que deben comenzar las sesiones del juicio oral (art. 659 LECr).

Vencido el pazo de la citación a juicio (349 CPP) y practicada la instrucción suplementaria ⁶⁴ o tramitadas las excepciones, el Presidente fija fecha y hora para el debate, con intervalo no menor de diez días y ordenará la citación del Fiscal, partes y defensores, así como de los testigos, peritos e intérpretes (si fueren necesarios) que deban intervenir. Si el "imputado" no estuviere en su domicilio o en la residencia que se le hubiere fijado (partiendo del supuesto lógico de que se encuentra en libertad por no haberse dictado la prisión preventiva en su contra, o que dictada, obtuvo su excarcelación con garantía) se ordenará su detención, revocando inclusive la excarcelación que se le hubiere concedido (art. 355 idem).

Tanto en España como en Costa Rica los debates del juicio son orales y públicos, bajo pena de nulidad, aunque el Tribunal puede decidir, aún de oficio, que se realice total o parcialmente en forma privada, cuando la publicidad pudiera afectar la moral o la seguridad pública. (Ver arts. 680 de la LECr, que agrega el "respeto debido a la persona del ofendido por el delito o su familia" como otra circunstancia que puede dar base al Tribunal para limitar la publicidad del juicio; y el art. 359, del CPP, respectivamente).

Según nuestra legislación procesal, el debate debe continuar durante todas las sesiones consecutivas que fueren necesarias hasta su terminación, con el propósito de mantener sin interrupciones el mismo, que pudiesen afectar su normal desarrollo (continuidad), pero puede ser suspendido por un máximo de diez días, en casos de excepción señalados por el artículo 361 del CPP.

La dirección del debate está a cargo del Presidente del Tribunal. (Arts. 369 del CPP y 683 de la LECr.)

En Costa Rica, después de que se verifica la necesaria presencia del Fiscal y de las partes, testigos, peritos o intérpretes (cuando fueren requeridos) que deban intervenir, el Presidente declara abierto el debate, advirtiendo al "imputado" que éste atento a lo que va a oír, ordenando inmediatamente la lectura del requerimiento fiscal (de elevación a juicio, según vimos), o, en su caso, la del auto de remisión (auto de elevación a juicio) (art. 370 CPP).

En España, una vez abierta la sesión, si la causa versa por delito para cuyo castigo se pida la imposición de pena correccional, el Presidente debe preguntar al acusado (o a los acusados cuando fueran varios) "si se confiesa reo del delito que se le haya imputado en el

⁶⁴ La instrucción suplementaria es una diligencia previa al debate que puede ordenar el Presidente del Tribunal de Juicio para realizar lo siguiente: 1— actos de instrucción indispensables que se hubieren omitido o denegado, 2— o que fueran de imposible cumplimiento en la "vista", como las pericias psiquiátricas sobre el estado mental o la personalidad del imputado; 3— o recibir declaraciones a las personas que presumiblemente no puedan concurrir al debate, por enfermedad, otro impedimento, o por residir en lugares de difícil comunicación. (Art. 352 CPP). Tratándose de una diligencia facultativa, queda pues, a criterio exclusivo del Presidente ordenarla.

escrito de calificación, y responsable civilmente a la restitución de la cosa o al pago de la cantidad fijada en dicho escrito por razón de daño y perjuicios" (art. 688 LECr). Una vez hecha la anterior interrogación "Si en la causa no hubiere más que un procesado y contestare afirmativamente, el Presidente del Tribunal preguntará al defensor si considera necesaria la continuación del juicio oral. Si éste contesta negativamente, el Tribunal procederá a dictar sentencia en los términos expresados en el artículo 655". (art. 649 de la LECr). Como podemos observar, la anterior disposición de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española no es muy acertada, y aunque tiende —según creemos— a acelerar el debate en el caso que ahí se establece, niega la posibilidad del examen de los elementos probatorios que podría dar lugar a que se valoren mejor las circunstancias por las cuales se cometió el delito (agravantes o atenuantes).

Disposición similar a la anterior es la contenida en el artículo 419 de nuestro Código Procesal Penal, referido únicamente a juicios a los que correspondió el procedimiento de "citación directa" (delitos con penas no privativas de libertad o de prisión sin que excedan de tres años) para cuando el "imputado confiese circunstanciada y llanamente" su culpabilidad y estén de acuerdo el Juez, el Fiscal y los defensores, pudiéndose aplicar a esta disposición, la misma crítica formulada al 694 de la LECr, puesto que en uno y otro caso se valora a la confesión como "plena prueba" (como si se tratase de un proceso civil), lo que podría hacer susceptible de errores la "decisión o fallo judicial", (por ejemplo una persona cualquiera que por alguna razón admite ser la responsable del delito sin serlo, o se confiesa culpable porque sabe que en caso de recibirse las pruebas podrían aparecer circunstancias agravantes hasta ese momento inagotables por el Juez, etc.). Somos partidarios de la agilidad del proceso (que en nuestro país puede lograrse eliminando trámites innecesarios en la fase de instrucción), pero dicha agilidad (traducida en celeridad) no debe llevarse al extremo de poner en riesgo una correcta administración de justicia.

Para formular preguntas en los correspondientes períodos de los interrogatorios de los "imputados", testigos o peritos (el imputado o inculpado siempre es el primer declarante, cuando desea hacerlo, aunque en el transcurso del debate puede hacer las manifestaciones que estime oportunas, con la anuencia del Presidente art. 375 del CPP) nuestra legislación procesal establece el siguiente orden: los miembros del Tribunal, el Fiscal, las partes y los defensores (art. 383 ídem), pudiendo rechazar el Presidente "toda pregunta inadmisibles", que según el artículo 95 de nuestro Código de la materia, es la "capciosa o sugestiva".

En estos aspectos tenemos dos observaciones que señalar: a) ¿Qué ocurre en un miembro del Tribunal quien hace preguntas inadmisibles? Pareciera lógico que el Presidente fuera el indicado para llamarle la atención, pero, ¿si es él? Ninguna legislación regula esta circunstancia,

(tal vez por no estimarla de mayor trascendencia), pero que eventualmente pueda perjudicar la defensa (y excepcionalmente la acusación).

b) Estimamos que el orden para interrogar deberá ser éste: Fiscal, defensor (o defensores) y por último los miembros del Tribunal, para que aclaren cualquier duda que pudiese afectar su ánimo.

Actualmente ocurre en nuestro país (en algunos casos, desde luego), que los tres miembros del Tribunal interrogan en forma tan exhaustiva, que la actuación de fiscales y defensores queda reducida a casi la de meros espectadores del debate, con lo que, en nuestra opinión, se desnaturaliza la finalidad propia del juicio oral: que las partes (dentro del justo equilibrio que debe imperar entre acusación y defensa) tengan la oportunidad de hacer valer sus razonamientos (siendo precisamente el examen de las pruebas las que sustentan los mismos) dando luego oportunidad a los juzgadores de que valoren unos y otros argumentos, dilucidando luego, cualquier aspecto que les ocasione duda. De esta manera estimamos que existiría una más eficaz administración de justicia, que en el caso de que el Tribunal actúe como acusador, defensor, defensor y Juez al mismo tiempo. No se trata, pues, de que el Fiscal o Defensor pretendan "impresionar" a los integrantes del Tribunal, sino que de cada cual cumpla los deberes y derechos que la legislación ha establecido.

En España la forma usual de los interrogatorios de los testigos es similar a la anteriormente señalada (arts. 701 y ss. de la LECr), motivo por el que, en la medida en que se presente la situación expuesta para el caso de Costa Rica, se le puede hacer la misma crítica.

Si el juicio oral resultare un hecho que integre un delito continuado o una circunstancia de agravación no mencionados en el requerimiento fiscal, o en el auto de remisión, el Fiscal puede ampliar la acusación ("requerimiento" o querrela), caso en el cual el Defensor tiene el derecho de pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa respecto de dichas circunstancias (arts. 376 CPP). Esta situación es similar al cambio de punto de vista jurídico⁶⁵ a que alude el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando el Tribunal, juzgando por el resultado de las pruebas, entendiere que el hecho justificable ha sido calificado con *manifesto error*, caso en el cual el Presidente puede emplear una fórmula que el mismo artículo citado, en forma poco técnica, señala.

Terminada la recepción de las pruebas, el Presidente concederá "sucesivamente la palabra al actor civil, al fiscal, y a los defensores del imputado y del demandado civil, para que en este orden, emitan sus conclusiones. No podrán leerse memoriales excepto el presentado por el actor civil que estuviere ausente. El actor civil limitará su alegato a los puntos concernientes a tal responsabilidad..." (art. 389 del CPP).

⁶⁵ Sobre este aspecto consultar PRIETO-CASTRO y GUTIERREZ DE CABIEDES, en su ob. cit. supra nota 96, págs. 316 y 317.

En España, llegado el momento de informar, el Presidente le concede la palabra al Fiscal, si fuere parte en la causa (art. 734 LECr), luego al "defensor" del actor civil (así se le llama en la legislación española) si lo hubiere, quien limitará su alegato (o informe) a los puntos concernientes a la responsabilidad civil (art. 375 LECr), luego a los defensores (art. 737 ídem.). Ignoramos por qué razón el Código Penal costarricense —según puede observarse— determina que se le conceda en primer lugar la palabra al actor civil (cuando lo hubiere), pues a nuestro modo de ver resulta extraño que lo haga antes que el Fiscal, principal sustento de la acusación.

La legislación española permite, después de presentados los informes, que las partes puedan rectificar hechos y conceptos (art. 738 de la LECr).

En Costa Rica el artículo 389 del CPP permite la "réplica" del M.P. (que aquí usa, inadvertidamente quizá, la denominación de "Ministerio Fiscal") y del defensor, únicamente. Pero en esta "réplica", tanto el Fiscal como el defensor, deberán limitarse "a la refutación de los argumentos adversos que antes no hubieran sido discutidos".

Finalmente se pregunta al procesado o procesados (tanto en España como en Costa Rica) si tiene algo que manifestar, procediéndose luego a cerrar el debate para posteriormente pronunciar la sentencia. (Arts. 389, párrafo final, del CPP y 739 y 740 de la LECr, respectivamente).

*Legislación italiana respecto de las actividades del Ministerio Público en el debate*⁶⁶.

El M.P. italiano puede ejercitar sus actividades en los actos preliminares y debe participar, bajo pena de nulidad absoluta (art. 185, n° 2) en todo el debate, con un conjunto de derechos y deberes en los cuales se concreta su actividad/ que han sido muy bien resumidos por el conocido autor Giovanni Leone⁶⁷, de quien nos hemos valido primordialmente para esta exposición.

Como derechos más importantes podemos señalar los siguientes: solicitar la reunión de los juicios (art. 413 CPP IT.); presentar listas de testigos (art. 415) pedir la reclamación de documentos (art. 416);

solicitar que el debate tenga lugar a puerta cerrada, por razones de moralidad u otras que la ley establece (art. 423); proponer cuestiones incidentales (art. 438); emitir órdenes de arresto en contra de un imputado que fue absuelto por el delito que inicialmente le fue atribuido, en caso de que en el debate surja un nuevo hecho en contra suya (art. 444); intervenir en el examen a domicilio del testigo o del perito no comparecido y estimular el poder del juez de disponer en el debate el acceso al lugar donde fue cometido el delito (art. 457); estimular el poder del juez de disponer en el debate de nuevos medios de prueba (art. 457 íbidem); solicitar el arresto del testigo o del perito que comete en el debate el delito de falso testimonio o falsa peritación (art. 458); pedir la presentación del "cuerpo del delito" y de documentos (art. 460); interrogar, por medio del Presidente, al imputado, a la persona civilmente obligada, a los peritos, etc. (art. 467); cumplir en general "cualquier actividad que no esté expresamente prohibida ni en contraste con el carácter o naturaleza del juicio"⁶⁸.

Como deberes más importantes podemos apuntar los siguientes: excitar el poder de policía y disciplina de las audiencias, cuando el juez no se halla en las mismas (art. 433) (LEONE aclara que el anterior se trata de un poder-deber); hacer redactar el acta y ordenar de inmediato el arresto de las personas que hubieren cometido un delito en la audiencia, en ausencia del juez (art. 435); "pedir en caso de que un delito fuese cometido durante la audiencia, el juicio inmediato cuando el conocimiento de él pertenezca a la competencia del juez que procede o a la de un juez inferior". (Art. 435); promover la acción penal si resultare del debate algún otro hecho en contra del imputado y que el mismo importe delito, distinto del enunciado en la sentencia de "reenvío a juicio" (similar al auto de elevación a juicio de la legislación costarricense, pero siendo aquélla una "sentencia"), en el requerimiento o en el decreto de citación (art. 444).

⁶⁶ La actual legislación procesal penal italiana tiene su base en el Código de la materia denominado CODIGO ROCCO del año 1930 (por ser éste el apellido del Ministro de Justicia de entonces), que fue redactado casi íntegramente por el gran Tratadista ya fallecido VINCENZO MANZINI. Posteriormente dicho Código ha sufrido importantes reformas (que no han sido pocas, y en especial después de la caída de Mussolini y del fascismo), entre las que se destacan las introducidas por Ley de 18 de junio de 1955, n° 517, y la de 21 de marzo de 1958, n° 229, y la de 23 de mayo de 1960, n° 504, entre otras. Originalmente el Código Rocco confería una serie de facultades al Ministerio Público (muchas de ellas de orden jurisdiccional) que posteriormente le fueron reducidas. Sin embargo el M.P. de dicha nación conserva una notable participación en el proceso penal, sirviendo de base al CPP de Córdoba (Argentina).

⁶⁷ LEONE, G. Ob. cit. (T. II) págs. 379 y ss.

⁶⁸ LEONE, G. Ob. cit. (T. II) pág. 380.

LA RATIFICACION DE LOS TRATADOS
TORRIJOS-CARTER SOBRE EL CANAL DE PANAMA
Y EL VALOR JURIDICO DE LAS LLAMADAS
RESERVAS HECHAS POR EL SENADO
DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA

Dr. Gonzalo J. Facio

LA RATIFICACION DE LOS TRATADOS
TORRILLOS-CARTER SOBRE EL CANAL DE PANAMA
Y EL VALOR JURIDICO DE LAS LLAMADAS
RESERVAS HECHAS POR EL SENADO
DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA

Dr. Gonzalo J. Ferrer

El día 18 de abril de 1978 culminó con éxito el largo y trabajoso proceso de negociaciones sobre el Canal de Panamá.

La construcción y explotación de esa formidable vía interoceánica estuvo regida por la llamada Convención del Canal Istmico, firmada en Washington en 1930, por el Secretario de Estado de los Estados Unidos de América, Mr. Hay, y por un aventurero francés que usurpó la representación panameña, Philippe Buneau-Varilla. La Junta de Gobierno que provisionalmente había asumido el mando al declararse sólo tres semanas antes la independencia panameña, no tuvo más remedio que ratificar ese tratado injusto, ante la amenaza velada que se le hizo si la nueva República se atrevía a desconocer la firma del primer plenipotenciario que había nombrado al iniciar su acción internacional.

Se dieron en la firma y ratificación de la Convención de 1903 los vicios de extralimitación de poderes y de violencia o intimidación en el consentimiento, suficientes para poner en entredicho la validez de la contratación.

Aunque el tratado prevería que los Estados Unidos manejarían la zona del Canal como si fueran soberanos, los panameños nunca aceptaron que la nación norteamericana ejerciera plena soberanía sobre lo que con toda justicia consideran una parte integral de su territorio. Y lucharon también porque se aboliera una cláusula que otorgaba a los Estados Unidos el derecho a intervenir en la vida política panameña a fin de mantener el orden y la paz necesarios para el mejor funcionamiento del Canal.

A raíz de los sangrientos sucesos ocurridos en la Zona del Canal el día 9 de enero de 1964, Panamá rompió relaciones diplomáticas con los Estados Unidos, y el asunto canalero fue llevado a conocimiento de la OEA, donde yo actuaba como representante de Costa Rica. Formé parte de la Comisión Investigadora de las denuncias panameñas, y fue entonces cuando tuve el privilegio de convertirme en el primer diplomático latinoamericano que dió su apoyo público a las pretensiones panameñas para que se negociara un nuevo tratado canalero.

Por recomendación nuestra, el Consejo de la OEA instó a las partes a reanudar relaciones diplomáticas y a iniciar, de inmediato, negociaciones destinadas a sustituir la Convención del Canal Istmico de 1903. La recomendación fue aceptada, y así se inició este prolongado proceso de negociación que terminó hace sólo doce días.

Durante las administraciones Nixon y Ford avanzaron un tanto las negociaciones, sobre todo después de la "Declaración de los Ocho

Puntos" firmada en Panamá por los entonces Cancilleres Antonio Tack y Henry A. Kissinger.

Pero durante la campaña electoral de 1976 en los Estados Unidos, se interrumpieron los esfuerzos. El 18 de enero de 1957, dos días antes de que tomara posesión el Presidente Carter, me entrevisté en Washington con el Secretario de Estado designado, Cyrus Vance, para entregarle una carta que al nuevo Presidente dirigían los Presidentes y Jefes de Estado de México, Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica, Colombia, Perú y Venezuela, carta de la que me hicieron el honor de ser portador.

Desde mi primera conversación con el Secretario Vance me convencí de que la nueva Administración estaba dispuesta a rematar rápidamente las negociaciones. Y así, el 7 de Setiembre de 1977, en presencia de todos los Jefes de Estado de la América Latina o de sus delegados especiales, el Presidente Carter y el General Torrijos firmaron en la sede de la OEA, en Washington, los dos nuevos tratados cana-leros que habrían de sustituir la obsoleta e injusta Convención de 1903.

LUCHA POR LA RATIFICACION Y "LA RESERVA" DEL SENADOR DECONCINI

Pero no estaba concluida así la tremenda lucha. El Presidente Carter había dado muestras claras de su decisión de mejorar las relaciones interamericanas al firmar los nuevos Tratados. Faltaba entonces su ratificación por el Senado, que requería el voto favorable de por lo menos 67 de los 100 senadores.

Las fuerzas conservadoras, con el ex-gobernador ultraderechista Ronald Regan a la cabeza, desataron una millonaria campaña contra la ratificación. A su vez, el Presidente Carter y su equipo lanzaron una contra-ofensiva en la que se puso en juego el prestigio internacional del mandatario norteamericano. La forma tenaz, hábil y valerosa con que el Presidente manejó personalmente el asunto, pasará a formar parte de su historia como gran líder moral de los Estados Unidos.

Sin embargo, al votarse la ratificación del primero de los tratados, el llamado "Neutralidad", que como su nombre lo indica estaba dirigido a garantizar la neutralidad del canal y su acceso constante a las naves de todas las banderas, el senador por Arizona, Donal Deconcini, presentó lo que él denominó una reserva, redactada en los siguientes términos:

"No obstante las disposiciones del artículo V o de cualquiera otra disposición del tratado, en caso de que se cierre el canal o se interfiera en sus operaciones, los Estados Unidos de América y la República de Panamá tendrán, cada una independientemente, el derecho de tomar las medidas que consideren necesa-

rias, de conformidad con sus procedimientos constitucionales, incluyendo el uso de la fuerza militar en Panamá para reabrir el canal o restaurar las operaciones del Canal, según sea el caso".

Esta pretendida "reserva", que fue aprobada por el Senado, provocó furor en Panamá y desconcierto en América Latina. Porque a través de ella se podría justificar la intervención militar norteamericana en Panamá. Parecía revivir los viejos tiempos del "Big-Sitck".

Yo sostuve desde un principio que la mencionada reserva no tenía el carácter jurídico de tal, sino que constituía una declaración interpretativa unilateral del Tratado de Neutralidad, que sí implicaba el derecho a intervenir en los asuntos internos de Panamá por parte de los Estados Unidos, sería violatoria del principio de "no intervención" claramente establecido en la Carta de la OEA y en la Carta de la ONU.

En efecto, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados define lo que debe tenerse como "reserva" en términos que no son aplicables a una mera declaración interpretativa como la que presentó el Senador Deconcini.

Y más, aún, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, que redactó el proyecto de Convención antes referido, resolvió no incluir en la definición de "reservas" las "declaraciones interpretativas".

En su obra "*El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969*", los tratadistas Ernesto de la Guardia y Marcelo Delpech dicen al respecto lo siguiente:

"Reservas y declaraciones interpretativas.

Al hablar de la definición de "reserva" se rozó la cuestión de las "declaraciones interpretativas", que el Comité de Redacción resolvió no incluir en dicha definición, no obstante una propuesta húngara a ese efecto.

¿Qué debe entenderse bajo esta denominación? Según la doctrina más moderna, una "declaración interpretativa" es un acto unilateral, que tiene por objeto dar una interpretación de un tratado, y que no debe ser confundido con una reserva.

En efecto, las "declaraciones interpretativas" tienen su origen en tratados bilaterales en los que las reservas son difícilmente admisibles, o aún más, en tratados multilaterales que prohíben la formulación de reservas. Su objeto no es, como el de las reservas, excluir la aplicación de una disposición del tratado o modificar sus efectos jurídicos, sino solamente atribuir una interpretación determinada en un campo de posibilidades varias de interpretación. Por eso Waldock excluyó expresamente a estos instrumentos de las reservas, aclarando que "La Comisión no había tratado las declaraciones interpretativas en la presente sección (Reservas) por la simple razón de que esas declaraciones

no eran reservas y parecían estar más relacionadas con la interpretación que con la conclusión de los tratados”.

Añadía: “... el significado jurídico de una declaración interpretativa depende siempre de las circunstancias particulares en las cuales es formulada. (...) La cuestión de fondo en cada caso es si la declaración debe ser considerada como habiendo sido expresa o implícitamente aceptada de una manera u otra por las otras partes, de forma que en realidad sea parte del tratado. Esta cuestión no es privativa de las declaraciones interpretativas. ... también se aplica a otras declaraciones formuladas en conexión con el tratado, tales como declaraciones de intención o de principios”. (Op. Cit. Páginas 248-249).

Además, las reservas verdaderamente tales sólo se conciben en los tratados multilaterales, nunca en los bilaterales, como son los nuevos Tratados Canales.

Dicen al respecto los citados tratadistas de la Guardia y Delpech, en la obra citada:

“Tratados bilaterales

Una particular cuestión se plantea en cuanto a si son posibles las reservas en los tratados bilaterales. En éstos, según la teoría de los llamados “tratados-contrato”, las prestaciones de una parte son la contrapartida de las obligaciones de la otra. En tal orden de ideas, no resulta concebible la existencia de reservas, pues, como expresa FITZMAURICE, “dichos tratados casi siempre son ajustados mediante un procedimiento que supone el consentimiento unánime de los Estados que lo negocian a cada artículo y, en realidad, a cada frase; y cada palabra del tratado suele ser el resultado de un examen cuidadoso y “prolongado y constituye el nec plus ultra de acuerdo a que pueda llegarse. El elemento contractual y de común acuerdo es tan fuerte que la admisión de reservas... sería contraria a todo el espíritu de la negociación y al fundamento y equilibrio del propio tratado”.

Sobre esto dice ROUSSEAU: “Por lo que hace a los tratados bilaterales, la determinación de los efectos jurídicos de la reserva es simple: si es aceptable, se integra al tratado como una nueva cláusula convencional; si es rechazada por la otra parte, el tratado no puede concluirse, por falta de acuerdo de voluntades”. En rigor, una reserva formulada en este tipo de tratados debe ser considerada como una nueva propuesta para ser discutida y renegociada entre las partes. En otras palabras, la reserva no juega como tal.” (Op. Cit. Págs. 251-252).

Repito, entonces, que la llamada “reserva” del senador Deconcini, no era tal, sino una arrogante declaración interpretativa unilateral del

Tratado, que no formaba parte de su texto, ni podía modificarlo. Por otra parte, aceptada en su verdadero sentido, sea como una mera declaración interpretativa unilateral, ésta jamás podría extenderse hasta violar las normas de no intervención contenidas en los Pactos constitutivos de las Naciones Unidas y de la OEA, de los que tanto Panamá como los Estados Unidos son partes.

Afortunadamente, antes de votarse el segundo tratado, el que se refiere a la transferencia del Canal, se votó favorablemente otra denominada “reserva” propuesta por el líder de la mayoría, senador Byrd, que en realidad es una declaración interpretativa unilateral que limita los alcances de la declaración de Deconcini, eliminando sus aspectos intervencionistas.

INTERCAMBIO DE CABLEGRAMAS CON EL CANCELLER DE PANAMA

El propio 18 de abril de 1978 recibí del Canciller de Panamá el siguiente cablegrama, que se explica por sí mismo:

“El Ministerio de Relaciones Exteriores informa a la Nación panameña que el Senado de los Estados Unidos aprobó hoy una reserva al “Tratado del Canal de Panamá” que define los alcances de las facultades de que dispondrá el gobierno norteamericano de conformidad con los Tratados Torrijos-Carter.

La reserva es del tenor siguiente:

De conformidad con su adhesión al principio de no intervención, toda acción que tomen los Estados Unidos de América en ejercicio de sus derechos para asegurar que el Canal de Panamá permanezca abierto, neutral, seguro y accesible de acuerdo con las estipulaciones de este tratado y el tratado de neutralidad y las resoluciones de consejo y consentimiento referente a los mismos, será con el único propósito de asegurar que el Canal permanecerá abierto, neutral, seguro y accesible y no tendrá como su propósito, ni será interpretada como un derecho de intervención en los asuntos internos de la República de Panamá o una interferencia en su independencia política o en la integridad de su soberanía.

“Dicha reserva expresa claramente la reiteración que los Estados Unidos hacen específicamente a Panamá de principios de derecho internacional aceptados por dicho país en distintas convenciones internacionales entre las que podemos citar:

- 1.—Artículo 8 del Tratado sobre los Derechos y Deberes de los Estados, suscrito en la Séptima Conferencia Internacional Americana celebrada en Montevideo, Uruguay, en 1933, que dice: “Ningún estado tiene derecho a intervenir en los asuntos internos o externos de otros”.

2. Artículo 2, numeral 4, de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, suscrita en San Francisco en 1945, que dice: "Los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier estado, o cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas."
3. Artículo 18 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos suscrita en la Novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá, Colombia, en abril de 1948, que dice: "Ningún estado o grupos de estado tienen derecho a intervenir, directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro. El principio anterior excluye no solamente la fuerza armada, sino también cualquier otra forma de ingerencia o de tendencia atentatoria de la personalidad del Estado, de los elementos políticos, económicos y culturales que los constituyen".

"El Gobierno nacional, después de estudiar la resolución del senado norteamericano, transcrita, declara que la acepta como seguridad y garantías solemne por parte de los Estados Unidos de América de que no abrigan intención alguna de tomar la ejecución de los tratados como motivo, pretexto o excusa para ningún intento o acto que en forma alguna ocasione implique o signifique, desconocimiento, amenaza, ataque o violación de los derechos fundamentales de la República de Panamá como estado soberano e independiente, ni tenga propósito ni envuelva tentativa de intervenir en los asuntos internos o externos de la República de Panamá, o de limitar o menoscabar su independencia política o vulnerar su integridad territorial o menguar su soberanía.

El Gobierno nacional manifiesta de modo terminante que esta declaración constituye una pauta invariable y permanente de conducta en cuanto se refiere a la ejecución de los tratados y que, en consecuencia, en todo momento la República de Panamá reaccionará firme y decididamente frente a cualquier manifestación, propósito o intento de aplicar las estipulaciones concernientes al tránsito franco y no discriminatorio por el Canal y a su neutralidad, seguridad y acceso en forma o sentido que afecte la independencia política, soberanía e integridad territorial de la República de Panamá.

El Gobierno panameño estima que es su deber en esta oportunidad reiterar su reconocimiento y gratitud a todos los pueblos y gobiernos que le prestaron apoyo en los momentos difíciles de la negociación que llega a su final. Considera así mismo justo mencionar particularmente a los pueblos y gobiernos de la América Latina que formaron un frente solidario en apoyo de la Organización de los Estados Americanos, la noche del 7 de setiembre

de 1977, en el acto de firma de los Tratados del Canal por el Presidente de los Estados Unidos de América, Señor Jimmy Carter, y el Jefe de Gobierno de Panamá, General Omar Torrijos Herrera.

Finalmente, el Gobierno de Panamá reconoce el interés con que los miembros de la Organización de los Estados Americanos siguieron el desenvolvimiento del proceso de negociación y declara que comprende la justa preocupación que suscitan en ellos ciertas reservas, condiciones y entendimientos aprobados por el senado de los Estados Unidos y aceptaría cualquier acción interamericana que testimonie la interpretación colectiva de que los principios de respeto a la soberanía, independencia e igualdad jurídica de los Estados Americanos no resultan menoscabados, ni el Sistema Interamericano de Derechos y Deberes de los Estados, que tan laboriosamente se ha edificado a lo largo de muchas décadas, ha sufrido ninguna alteración."

A esa comunicación respondí el 20 de abril de 1978 con el siguiente mensaje cablegráfico, que refleja la posición costarricense antes expuesta:

"Referente su cable de 18 de abril de 1978 que informa sobre reserva votada ese día Senado Estados Unidos América a los Tratados Torrijos-Carter, e interpretación Gobierno panameño, honróme manifestarle lo siguiente:

1. Gobierno Costa Rica considera que llamada "Reserva" introducida por Senador Deconcini, no tiene jurídicamente el carácter de tal, sino que es una mera declaración interpretativa unilateral, de naturaleza prepotente, carente de validez jurídica en cuanto resultara incompatible Artículo 2, Incisos 4 y 7 de la Carta de Naciones Unidas y 18 Carta de la OEA, de cuyas convenciones es parte Gobierno de los Estados Unidos de América, y está obligado respetarlas.
2. Considera también mi Gobierno que llamada "reserva" aprobada por el senado el 18 de abril que V. E. transcribe, no es tampoco jurídicamente una reserva propiamente dicha, sino una declaración interpretativa unilateral que afortunadamente desvanece el carácter propotente y de tendencia intervencionista de la llamada "reserva" Deconcini.
3. En razón de lo expuesto, Gobierno de Costa Rica considera Vuestro Gobierno actuó correctamente al aceptar esta nueva declaración interpretativa y que, gracias a ella, el largo y trabajoso proceso que culminó con aprobación tratados Torrijos-Carter, lejos de menoscabar principios interamericanos y mundiales de respeto a la soberanía, independencia e igualdad de los Estados, los fortalece grandemente.

4. *Renúevale júbilo mi Gobierno por ratificación Tratados Torrijos-Carter, que al abrogar obsoleta e injusta Convención Canalera de 1903, no sólo restituye a los panameños el pleno ejercicio de la soberanía nacional sobre todo el territorio de su República, acabando con la vergüenza de un enclave colonialista en el corazón mismo de la Nación, sino que también otorga a Panamá el disfrute de su principal recurso natural, constituido por su configuración geográfica”.*

En esta forma quedó cerrada, por el momento, la protagónica actividad de Costa Rica en la lucha porque se abrogara la Convención del Canal Istmico de 1903, y se adoptaran tratados modernos que regularan la operación y explotación del Canal de Panamá.

1º de mayo de 1978.

ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DEL PRESUPUESTO Y LOS PRINCIPIOS DE UNIDAD Y UNIVERSALIDAD PRESUPUESTARIOS

Fernando Bolaños Céspedes

INTRODUCCION

Las contradicciones económicas y sociales del capitalismo en las democracias liberales de la mayor parte del mundo, originó desde ya hace bastante tiempo, una seria preocupación, tanto de parte de los economistas como de los juristas y políticos, acerca del papel del gasto público en la economía nacional de los distintos países. Esta preocupación, que no se ha quedado en la mera especulación acerca de los hechos, sino que ha sido el origen de una serie de transformaciones prácticas en el papel del Estado como agente económico a la par de la llamada empresa privada, ha permitido que el gasto público, en el mundo moderno, no se vea únicamente como el instrumento para complementar el accionar de la empresa privada y permitir a ésta un mejor desarrollo, creando condiciones para ello, (tesis liberal), sino que se vea y se utilice también como agente directo en la economía del país, ya que por medio de su política fiscal, ya por medio de las empresas públicas, y la inversión directa del Estado.

No existiendo en las democracias liberales, ni el sustrato ideológico suficiente, ni los instrumentos legales propiamente para ello, la planificación económica se queda, en la mayor parte de tales regimenes, en la mera programación de cierta parte del sector público y en buenos consejos para la empresa privada. No existe pues una planificación nacional que incluye tanto al sector público como al privado y, en algunos casos, como es el de nuestro país, siquiera es posible planificar la actividad de todo el sector público.

Ante esta imposibilidad real de acercar la teoría a la práctica, esto es, permitiendo a los distintos Estados que pueden influir en la marcha de las economías nacionales de acuerdo al interés público, se ha vuelto los ojos a los presupuestos, como instrumentos financieros que pueden válidamente, convertirse en verdaderos programas económicos del Sector Público.

Esta relevancia especial que han tomado los presupuestos estatales ha originado por su parte, toda una reflexión acerca de la naturaleza del presupuesto, de sus alcances y de sus posibilidades, todo con miras, a convertirlo en algo más que un acto de autorización de gastos y de ingresos del Estado. Sin embargo, en no pocas ocasiones, los estudios se han encontrado con que no existe dentro de los distintos ordenamientos jurídicos, las instituciones y las normas legales suficientes para empatar la relevancia doctrinal del presupuesto, con su influencia real en la economía del país. Más grave aún, se ha encontrado con que

esas instituciones y esas normas, permiten a muchos, desnaturalizar cualquier buena intención y evitar cualquier deseo de planificación financiera y económica en general.

Por todo lo anteriormente expuesto, queda clara la importancia de revisar tanto la doctrina del derecho presupuestario, sobre todo en lo que se refiere a sus tendencias más modernas, como de evaluar los alcances nacionales de las normas jurídicas que regulan el presupuesto en nuestro país. Precisamente, en el presente trabajo, sin ánimo de pretender agotar un tema tan profundo, sino más bien de reflexionar sobre algunos de los problemas que plantea el ordenamiento jurídico presupuestario en la doctrina y específicamente en nuestro país, deseamos tocar con humildad, algunos de estos aspectos. Este trabajo originalmente tuvo por tema los principios de unidad y de universalidad en el derecho presupuestario, pero en vista de la importancia de la materia que estudiamos y de los alcances que en cualquier país puede tener derecho especial, hemos pensado en ampliarlo un poco con ello poder estudiar las normas más importantes que en general regulan el presupuesto en nuestro país. No podíamos situar el tema de los principios de unidad y de universalidad presupuestarias, sin referirnos a la naturaleza del presupuesto y a su concepto, pues ambas premisas nos ayudarán a delimitar el objeto de nuestro estudio y a definirnos en cuanto a las distintas tesis que sobre el respecto tienen los autores.

Dedicaremos pues un primer capítulo de nuestro trabajo a la Naturaleza y alcances del presupuesto, tanto en la doctrina como en el ordenamiento jurídico costarricense. En un segundo aparte estudiaremos los principios de unidad y de universalidad presupuestarios, relacionándolos con las prácticas que al respecto sigue el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo en nuestro país. Finalmente, en un último capítulo que dedicaremos a las conclusiones, haremos alusión a algunas soluciones y propuestas en general que hacen algunos autores para darle al presupuesto la relevancia que debe tener dentro de las finanzas ya no sólo públicas, sino nacionales de cualquier país.

I. NATURALEZA Y ALCANCES DEL PRESUPUESTO

1. Concepto del presupuesto:

A comienzos de este siglo, se tenía la noción de que el presupuesto era "el acto que contiene la aprobación previa de los ingresos y gastos públicos"¹. En este tipo de definiciones se pone todo el énfasis en la

soberanía del Poder Legislativo o Parlamentario para condicionar determinar en último término los ingresos públicos (eminentemente tributarios en aquella época) y los gastos en que incurriría el Gobierno Central. Según el profesor Giuliani Fonrouge, "la ampliación conceptual del presupuesto y su vinculación general con la actividad general de la Nación, no sólo con la economía, es una realidad apreciable en todos los países después de la II Guerra Mundial"². Por Rodríguez Bereijo, tal definición tradicional del presupuesto tenía explicación lógica y jurídica en la vinculación existente entre el principio de legalidad tributaria y el principio de anualidad presupuestaria. Esto es que, mientras el presupuesto se concibiera como la norma legal que permitía exigir tributos y recaudarlos anualmente, la definición jurídica de presupuesto como acto de autorización tanto de ingresos como de gastos públicos era plenamente válida. Así las cosas, en el momento en que por la complejidad de la organización financiera del Estado hubo de hacerse una separación entre presupuesto y organización de los tributos, el sistema tributario se desconectó, por así decirlo, de la aprobación anual del presupuesto y se hizo evidente la necesidad de una nueva conceptualización del presupuesto. De este modo concluye el autor español Rodríguez Bereijo en que, respecto a los ingresos públicos, el presupuesto no es más que un acto de previsión o cálculo contable, mientras que respecto a los Gastos Públicos, el Presupuesto mantiene la importancia jurídica de producir un triple efecto de: autorización del gasto público, limitación de la cantidad a gastar y fijación del empleo o destino que haya de darse a los créditos aprobados en el presupuesto⁴.

Para otros autores, lo más importante de hacer resaltar en esta nueva noción de presupuesto es la posibilidad de verlo como algo más amplio y de mayor trascendencia que un mero acto de autorización de ingresos y gastos. Se trata de ver el presupuesto, como instrumento financiero, formando parte integrante de un documento más amplio, que refleje toda la actividad económica de la nación y que por eso, ha de denominarse "presupuesto nacional", y es concebido como "un acto de previsión integral de los ingresos y gastos probables de la Nación durante determinado período"⁵. Véase entonces como de lo que se trata es de superar la tesis del presupuesto como fenómeno contable financiero, para convertirlo en un instrumento de previsión económica y por ende de planificación nacional.

La tesis anterior, como se ve, es una tesis que toma para sí elementos extrajurídicos, aún cuando tenga su base en el presupuesto como acto jurídico. Esto lo reconoce el propio Giuliani Fonrouge al decir

² Giuliani Fonrouge "Derecho Financiero", Vol. 1., Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1970. Pág. 126.

³ Alvaro Rodríguez Bereijo. "El presupuesto del Estado", Editorial Tecnológica S. A., Madrid, 1970 págs. 15-16.

⁴ *Ibidem* pág. 18.

⁵ Giuliani Fonrouge. Op. Cit. pág. 127.

¹ Stourm "Le Budget". Citado por Giuliani Fonrouge, "Derecho Financiero". Volumen 1., pág. 125.

su obra "Derecho Financiero" que el presupuesto visto como "presupuesto nacional" no es un presupuesto en el sentido de la palabra, "sino más bien una cuenta nacional, un cuadro económico que facilita la administración de los recursos nacionales por el Estado, carente de contenido jurídico y que no constituye un acto legal y obligatorio, simplemente es un instrumento de orientación". Finalmente nos dice que en los países capitalistas, tal presupuesto constituye "un punto intermedio entre el presupuesto financiero de tipo clásico y el planismo económico"⁶. Ya volveremos sobre este tema más adelante.

Para otros autores, el concepto jurídico de presupuesto, debe centrarse en sus elementos, caracteres y efectos jurídicos, como institución de Derecho Público, eludiendo aspectos extra-jurídicos, que sin ser menospreciados por estos autores, no se consideran determinantes para la conceptualización jurídica. Así, el profesor Rodríguez Bereijo, define el presupuesto, según esta corriente de pensamiento como:

*"El acto legislativo, mediante el cual se autoriza el montante máximo de los gastos que el gobierno puede realizar durante un período de tiempo determinado en las atenciones que detalladamente se especifican y se preveen los ingresos necesarios para cubrirlos"*⁷.

Obsérvese cómo a la definición dicha se integran elementos de juicio que antes citáramos en cuanto a que la autorización del presupuesto lo es en cuanto a los gastos mas no en cuanto a los ingresos, respecto de los cuales lo que existe es una simple previsión legislativa. Véase asimismo cómo se habla de "acto legislativo", sin definirnos todavía qué tipo de acto es éste. Por último, es importante ver cómo esta definición reproduce los distintos efectos jurídicos que con respecto al gasto público crea el presupuesto: esto es: autorización de gastos, determinación detallada de los gastos a realizar y límite máximo de lo que se puede gastar.

El que la conceptualización anterior no nos defina aún qué tipo de acto legislativo es el presupuesto y cuál es su naturaleza jurídica nos lleva ahora a tratar un segundo problema, cual es precisamente el de la naturaleza jurídica del presupuesto.

Naturaleza Jurídica del Presupuesto:

En torno a este tema la doctrina se ha dividido en dos grandes bandos, los cuales, a su vez se dividen en subsectores. Para un buen

⁶ FONROUGE, cit., p. 127.

⁷ Rodríguez Bereijo. Op. Cit. pág. 19.

número de autores, el presupuesto es un acto administrativo cuyo contenido es el de un acto de la administración, el cual recibe la sanción legislativa como mero acto formal aprobatorio. Hablan entonces una ley en sentido formal y no tanto de una ley en sentido material. Aún cuando no comparto esta distinción entre ley en sentido formal y ley en sentido material, por considerarla muy superada haré referencia a ella en vista de la importancia que tal diferenciación tiene para la tesis en cuestión. Para otro grupo de autores el presupuesto es un acto indivisible, unitario, para quienes antes de llegar al Parlamento no existe ningún acto generador de efectos jurídicos y, por ende, el presupuesto debe ser considerado ley tanto en sentido formal como material.

Es interesante cómo, según el profesor Fonrouge, la primera tesis de las expuestas tiene su origen en los escritores alemanes Labar y Jellinek, para quienes lo importante era "eliminar las facultades solitarias del Parlamento y nada mejor al efecto que ver en el presupuesto una simple norma de administración con el carácter de ley formal, con los alcances derogatorios y amplios de las leyes materiales"⁸. El mismo autor, nos describe la posición de los distintos autores en la siguiente forma:

*"En realidad, las diversas opiniones se polarizan en dos posiciones extremas y antagónicas: la que ve en el presupuesto una ley como todas las demás, con su misma naturaleza y efectos jurídicos —una ley así, a secas— sin necesidad de efectuar distinciones en cuanto a su contenido y exterioridad formal, y aquella que lo considera como una apariencia de ley (ley en sentido formal, carente de contenido material), por ser intrínsecamente de carácter administrativo o quizá, más propiamente, una operación administrativa"*⁹.

Veamos ahora, someramente, algunos de los argumentos que sustentan ambas posiciones a favor de sus tesis.

De acuerdo a la tesis de quienes consideran que el presupuesto es una operación administrativa, fundamentalmente, el presupuesto es un plan contable, un programa financiero elaborado por el Ejecutivo y que el Poder Legislativo aprueba o autoriza, facultando para administrar los ingresos y los gastos preestablecidos por aquél. Hablan entonces de una operación administrativa y de una "ley de autorización". Pero la "ley de autorización", que pongo entre comillas porque cuestiono su naturaleza jurídica, pareciera ser el punto central de toda la explicación. No se distingue entonces entre el acto legislativo de autorización y la ley en sentido técnico. Precisamente, esta misma confusión es la que ha llevado a nuestros legisladores, a considerar, por ejemplo, el caso del artículo 121, inciso 13 de la Constitución Política, que ha

⁸ Giuliani Fonrouge. Op. Cit. pág. 137.

⁹ Ibidem pág. 137.

autorizar los impuestos municipales, que el procedimiento de aprobación de dichos impuestos se tramita como un proyecto de ley cualquiera, cuando de lo que se trata es de aprobar o improbar y no de dar al proyecto el trámite que se da en la formación de las leyes.

Para algunos de los autores que comparten esta tesis, hay un matiz entre el caso de que los tributos sean autorizados por el presupuesto o no lo sean. Dicen que con respecto a los gastos no se puede hablar de otra cosa que de simple acto administrativo, mientras que con referencia a los tributos, si éstos se autorizan por la ley de presupuesto, entonces esta ley estaría generando obligaciones fiscales entonces debería de hablarse de ley en todo sentido. Es pues una tesis ecléctica sustentada sobre todo por Leon Duguit, la cual consideramos superada si pensamos que es más bien en el aspecto del gasto autorizado donde el presupuesto adquiere mayor relevancia, tal como lo analizamos anteriormente.

La tesis contrapuesta a la anterior, considera que el presupuesto es un documento unitario e indivisible, emanado del Poder Legislativo en ejercicio de sus facultades soberanas, y que, por tanto, es una ley en el sentido institucional de la palabra, de contenido perfecto y con plenos efectos jurídicos¹⁰.

El profesor Fonrouge, alimenta esta última tesis y en su obra "Derecho Financiero", expresa lo siguiente:

*"Abrigamos la convicción, con el profesor Oría, de que se ha utilizado en exceso, oscureciendo conceptos diáfanos, persiguiendo con ello un propósito político y no jurídico, de cercenar facultades legislativas, pretendiendo colocar al Parlamento en situación de subordinación con respecto al Ejecutivo..."*¹¹

Entre los argumentos que nos da el profesor Fonrouge en favor de su tesis, hay uno en particular que nos interesa por su aplicación a nuestro derecho positivo y es el de que, la función legislativa en su país (creemos que en el nuestro también) no se reduce a aprobar o a autorizar lo que propone el Ejecutivo, "Las Cámaras no reciben un acto concluido o definitivo, sino un proyecto de presupuesto a considerar, como puede ocurrir con cualquier otra materia; el ejecutivo cooperando en la labor del gobierno, sugiere o propone una ley, y el legislativo la hace suya, la rechaza o modifica total o parcialmente, sin existir límites constitucionales a su libre albedrío."¹²

Otro argumento que nos interesa destacar es de que el hecho de que en un país, en el presupuesto se calculen recursos únicamente, sin crearlos, por ser ellos de carácter permanente, y establecidos independientemente, no disminuye la jerarquía del Congreso. "La razón es

¹⁰ *Ibidem* pág. 143.

¹¹ *Ibidem* pág. 144.

¹² *Ibidem* pág. 144.

—nos dice Giuliani Fonrouge— que no existe disposición constitucional de carácter limitativo, a diferencia de lo que ocurre en Brasil, donde la Carta Fundamental, establece que la ley de Presupuesto "no incluirá disposición extraña a la fijación de gastos y la previsión de ingresos", de manera que nada impide que en cualquier momento el Congreso establezca o modifique tributos mediante la ley de presupuesto¹³. Volvemos sobre este aspecto muy particular en las páginas de adelante.

Finalmente, nos dice el profesor Fonrouge, que la ley de presupuesto puede modificar el llamado derecho objetivo y también de derechos subjetivos de terceros, "porque existen limitaciones a la acción del Poder Legislativo, salvo las que puedan resultar de derechos y garantías esenciales, asegurados por la Constitución, cuya apreciación está librada, entre nosotros al Poder Judicial"¹⁴.

En nuestro país, sólo para adelantar un criterio al respecto, es claro que tal afectación de derechos de terceros tendría entre sus principales límites constitucionales el de la irretroactividad de la ley, que en materia presupuestaria y financiera en general adquiere especial relevancia.

Habíamos expuesto, con anterioridad, que el profesor Rodríguez Bereijo, definía el presupuesto como un acto legislativo, sin entrar en su definición a considerar la naturaleza de este acto. Más adelante en su obra, sin embargo, el profesor Bereijo sí nos explica los alcances de su definición, al decir que:

"Es un acto legislativo, una ley que da eficacia y valor jurídico a los estados de previsión de ingresos y gastos. No cabe, por lo tanto admitir la distinción entre Presupuesto y la ley de aprobación del mismo... A nuestro entender, tal distinción es inadmisibles porque el presupuesto no es un acto complejo (acto administrativo y ley formal), sino un acto unitario que no cabe escindir, puesto que una parte —el articulado— está estrictamente ligado con la otra— los estados de previsión.

*La falsedad de esta distinción entre Presupuesto y ley de aprobación del presupuesto se pone de manifiesto si se toma en cuenta que el Presupuesto —como ordenación contable y jurídica de la actividad del gobierno no es un acto administrativo en cuanto manifestación de voluntad de la Administración dirigido a producir determinados efectos jurídicos. (...) Hasta ese momento el Presupuesto carece de relevancia jurídica, ni tampoco constituye un acto legislativo."*¹⁵

Este último argumento nos parece fundamental en la polémica doctrinal que aquí hemos analizado, tan importante como el de que

¹³ *Ibidem* pág. 146.

¹⁴ *Ibidem* pág. 146.

¹⁵ Rodríguez Bereijo. Op. Cit. pág. 20.

el presupuesto es un acto unitario e indivisible dado en virtud de la soberanía del Parlamento frente al Ejecutivo. Nos interesa ahora, tomar a la luz de la doctrina analizada, sus distintas tesis y argumentaciones, el derecho positivo costarricense en materia presupuestaria y ensayar algún tipo de análisis respecto de él.

3. El presupuesto en Costa Rica

En nuestro país, el ordenamiento jurídico, en general es bastante lacónico en lo que se refiere a la materia presupuestaria. La Constitución Política vigente dedica al título XIII, que llama "La Hacienda Pública" a tratar la materia presupuestaria. La Ley de Administración Financiera, por su parte, en el título III desarrolla algunos de los principios y normas constitucionales que contiene la Constitución Política, pero dando el mayor énfasis a los aspectos administrativos de control, liquidación, funcionamiento de la oficina de presupuesto, etc. Finalmente, el Reglamento de Orden y Disciplina de la Asamblea Legislativa contiene un importante capítulo sobre materia de aprobación del presupuesto ordinario y extraordinario, lo mismo que sobre las reformas a dichos presupuestos.

En el Capítulo de la Hacienda Pública, fundamentalmente lo que hizo el constituyente fue estatuir algunos principios generales en materia presupuestaria y definir a grandes rasgos, el procedimiento y formalidades para su aprobación. Ha sido sobre todo la Asamblea Legislativa, tanto a través del Reglamento de Orden y Disciplina como a través de las prácticas introducidas, la que ha venido a rellenar una serie de vacíos constitucionales, algunas veces con un sentido técnico adecuado, otras veces con un sentido politiquero y perjudicial.

No nos interesa ahora analizar todas las normas constitucionales que se refieren al presupuesto, sino, fundamentalmente, las que tienen que ver con su trámite aprobatorio y con los límites que se fijan al poder Legislativo y Ejecutivo.

Expresa nuestra Constitución que "El presupuesto ordinario y los extraordinarios, constituyen el límite de acción de los Poderes Públicos para el uso y disposición de los recursos del Estado, y sólo podrán ser modificados por leyes de iniciativa del Poder Ejecutivo". (Artículo 180). Esta norma constituye una primera gran limitación a la acción de los Poderes del Estado. En primer lugar, consagra el principio visto al analizar el concepto de presupuesto de que en materia de gastos, el presupuesto fija el monto máximo del gasto público. En segundo término, establece el papel de colegislador del Poder Ejecutivo al darle a éste de manera exclusiva, la iniciativa en materia de presupuesto, pero además, la Constitución fortalece este papel pionero, por así decirlo, del Ejecutivo, al establecer que la Asamblea Legislativa no podrá aumentar los gastos presupuestados por el Poder Ejecutivo, sino es señalando los nuevos ingresos que hubieren de cubrirlos, previo informe

de la Contraloría General de la República, sobre la efectividad fiscal de estos ingresos. (Artículo 179). Este artículo, que como dijimos fortalece la iniciativa del Ejecutivo es de doble filo, pues al decir que el Poder Legislativo puede aumentar los gastos presupuestados, señalando nuevos ingresos, es posible interpretar, de conformidad con la tesis antes vista del profesor Giuliani Fonrouge, que la Asamblea Legislativa podría al dictar la Ley de Presupuesto crear nuevos tributos. Esta interpretación, por lo demás, sería compatible con la norma del artículo 121, inciso 13 de la Constitución, que otorga a la Asamblea Legislativa la facultad legal de crear tributos. También podría llamarse en auxilio de esta tesis, el texto constitucional del mismo artículo 121 inciso 11 que faculta a la Asamblea Legislativa para "dictar los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República". Véase que este artículo en el inciso dicho es claro en cuanto a que la facultad soberana para dictar los presupuestos corresponde al Poder Legislativo. Es importante observar cómo, este problema jurídico nos coloca ya en otro más serio y es el de determinar la naturaleza de la ley que aprueba el presupuesto en nuestro país. Antes de pasar a ello, resumamos sin embargo, algunas de las ideas hasta aquí expresadas. Pío Oro

Hemos visto, para empezar, que la iniciativa en materia presupuestaria la tiene el Poder Ejecutivo. (Artículo 180 de la Constitución Política). Hemos dicho asimismo que la facultad sobreana de dictar presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República corresponde al Poder Legislativo (artículo 121, inciso 11). A las normas antes vistas, hemos de agregar otra de enorme importancia y es la de que la Ley de Presupuesto no puede ser vetada. Obsérvese cómo el artículo constitucional habla en este caso (artículo 125) de que no procede el veto en cuanto al proyecto que apruebe el Presupuesto Ordinario de la República. Cabría preguntarse entonces si el veto se podría imponer a los presupuestos extraordinarios. La Jurisprudencia de nuestros tribunales se ha pronunciado a favor del veto en el caso de los presupuestos extraordinarios, tesis que nos parece lógica y acorde con el espíritu constitucional de darle al Poder Ejecutivo un papel de co-legislador en tratándose de materia presupuestaria. Finalmente, quisiéramos destacar la norma del artículo 176 de nuestra Constitución Política que se refiere al principio de anualidad presupuestaria. Este artículo nos dice que "El presupuesto de la República se emitirá para el término de un año, del primero de enero al treinta y uno de Diciembre" (párrafo tercero). Por su parte, la Ley de Administración Financiera se ha encargado de consolidar la existencia de este principio al expresar en su artículo 34 que: "El año fiscal se extiende del 1 de Enero al 31 de Diciembre y para ese período deberá emitirse el presupuesto de la República. Agrega el artículo Constitucional que "En ningún caso el monto de los gastos presupuestados podrá exceder el de los ingresos probables."

Recapitulando, tenemos que el Poder Ejecutivo realiza un papel de colegislador en materia presupuestaria, pues tiene la iniciativa exclusiva

en esta materia. Más aún, puede hacer modificaciones al presupuesto vigente sin necesidad de previa autorización legislativa, cuando el Parlamento está en receso. (artículo 180 de la Constitución).

En segundo lugar, corresponde a la Asamblea Legislativa en uso de la facultad expresa que le confiere la Constitución Política aprobar los presupuestos ordinarios y extraordinarios. Esta primacía del Poder Legislativo se ve reforzado por el hecho de que en contra de la ley que aprueba el presupuesto ordinario no cabe ejercitar el derecho de veto de parte del Ejecutivo. Obsérvese, al llegar a este punto, que la Constitución no pone mayores límites a la acción del Poder Legislativo en cuanto a la materia presupuestaria, salvo en los siguientes casos:

1. El presupuesto tiene una vigencia de un año.
2. El monto de los egresos no puede exceder el de los ingresos probables.
3. No puede aumentar gastos de los que incluye el proyecto de presupuesto que ha mandado el Ejecutivo, salvo que indique los ingresos para ello.
4. Una última limitación que hasta ahora no habíamos señalado y es la de que el presupuesto debe estar aprobado al 30 de Noviembre de cada año.

Finalmente, y como limitación ya no sólo para la Asamblea Legislativa, sino para todos los Poderes del Estado, el presupuesto constituye el límite de acción de todo el Estado.

Naturaleza del presupuesto en nuestro país.

Para empezar, debemos decir que en nuestro país, y a diferencia de otras naciones de democracia liberal, el presupuesto de la República, se refiere exclusivamente al llamado Gobierno Central, sea al Poder Ejecutivo, más la Asamblea Legislativa, Poder Judicial y Tribunal Supremo de Elecciones. (Artículo 36 de la Ley de Administración Financiera). Quedan por fuera todo lo que son las llamadas instituciones públicas descentralizadas, sean autónomas o semi-autónomas, y otros entes públicos menores, lo mismo que las llamadas empresas públicas. Asimismo, las Municipalidades, confeccionan y ejecutan su propio presupuesto.

Nuestra Constitución Política alude a este hecho al decir que "Las Municipalidades y las instituciones autónomas observarán las reglas anteriores para dictar sus presupuestos". (Artículo 176 de la Constitución).

En lo que se refiere a la preparación del proyecto, éste corresponde a una oficina especializada de la administración financiera de la República que es la llamada Oficina de Presupuesto. En efecto, esta ofi-

cina forma parte de lo que la Ley de Administración Financiera define como "la organización financiera básica del Estado" (artículo 36). Forman parte de esta misma organización financiera básica la Tesorería Nacional, la Contabilidad Nacional y la Proveduría Nacional. Todas estas oficinas, de acuerdo a la Ley de Administración Financiera aquí citada, funcionarán con entera independencia de las demás, y actuarán coordinadamente por medio del Ministerio de Hacienda. Cuando ocurra cualquier conflicto de competencia entre ellas, será resuelto, sin ulterior apelación, por el Ministro de Hacienda. Es interesante destacar que según bien la Ley de Administración Financiera manda a estas oficinas coordinar sus acciones por medio del Ministerio de Hacienda, no expresamente que forman parte de él, lo cual se ha prestado para de acuerdo al gobierno de turno, la Oficina de Planificación salga a la vez de la Oficina de Presupuesto del Ministerio de Hacienda al Ministerio de Planificación. Pero bien, la Oficina de Presupuesto recoge los anteproyectos de los ministerios, Asamblea Legislativa, Poder Judicial, y Tribunal Supremo de Elecciones y redacta un proyecto en el cual podrán reducirse o sumarse cualquiera de las partidas que consten en los anteproyectos. Cuando se presente un conflicto de estas instituciones y poderes del Estado con la Oficina de Presupuesto, decidirá en definitiva el Presidente de la República (Artículo 177 de la Constitución). El proyecto en cuestión debe ser presentado a la Asamblea Legislativa, a más tardar el primero de setiembre de cada año. Hasta aquí la labor del Poder Ejecutivo, la cual se extiende únicamente cuando ya sea el Jefe de la oficina de planificación o el Ministro de Hacienda, deben apersonarse a la Comisión de Asuntos Hacendarios a defender o aclarar el respectivo proyecto.

La intervención legislativa, como vimos, tiene como fin la aprobación del respectivo proyecto. No dice la Constitución la forma que deberá tramitarse el proyecto en sede legislativa. Solamente manda que el proyecto esté aprobado al 30 de Noviembre de cada año. En esta forma, ha sido el Reglamento de Orden y Disciplina de la Asamblea Legislativa el que ha venido a establecer ese procedimiento, básicamente es el siguiente: el proyecto pasa en primer término a subcomisión de nombramiento de la Comisión de Asuntos Hacendarios, luego el proyecto es conocido en pleno por la Comisión dicha y finalmente pasa al plenario para que reciba la sanción legislativa en los debates. (Artículo 75 y siguientes del Reglamento de Orden y Disciplina de la Asamblea Legislativa).

Véase entonces cómo el Reglamento de la Asamblea Legislativa ha establecido un trámite, que siendo especial dentro de las normas de este reglamento, sigue en lo fundamental el procedimiento de formación de las leyes; se discute el proyecto previamente en comisión y luego se le dan tres debates. ¿Qué pasa en todo este período que va del Setiembre al 30 de Noviembre? ¿Sufrir variaciones el proyecto? ¿Limita la Asamblea a aprobar o improbar el proyecto que le llega a la Oficina de Presupuesto? La respuesta es obvia. El proyecto sufre sus primeras reformas en la sub-comisión de asuntos Hacendarios, luego

la Comisión de Asuntos Hacendarios reunida en su totalidad y finalmente en el plenario de la Asamblea. El mismo Reglamento establece que se pueden hacer estos cambios, inclusive aumentando partidas, cuando se establezcan al mismo tiempo los nuevos ingresos que sustentarán esos aumentos (Artículo 76). Tenemos de este modo que el Reglamento de la Asamblea Legislativa y la práctica legislativa han permitido que la intervención legislativa en la aprobación del presupuesto ordinario y extraordinario sea algo más que un acto de autorización de gastos o de previsión de los ingresos que la Oficina de Presupuesto en representación del Estado ha enviado. El presupuesto se convierte en una ley en todo el sentido de la palabra. Ley en lo formal, porque se siguen los procedimientos que para la formación de las leyes establece la Constitución Política y el Reglamento de Orden y Disciplina de la Asamblea Legislativa. Ley en sentido material, porque la Asamblea Legislativa tiene un papel fundamental en la determinación del contenido del presupuesto.

Surge siempre la duda de si por no ser explícita la Constitución en este punto pudiera tacharse de inconstitucional el procedimiento que sigue la Asamblea Legislativa, sea el de modificar, aumentar y en general variar las partidas que contiene el proyecto de presupuesto (salvo los casos de partidas fijas, como la correspondiente al Poder Judicial). A este respecto diríamos lo siguiente: El que la Asamblea Legislativa pueda introducir variaciones pequeñas o profundas al proyecto de presupuesto ordinario de la República, tiene su lógica. Se trata, ni más ni menos que del plan financiero anual del Estado, que va a tener repercusiones en toda la economía del país. La Asamblea Legislativa es el órgano más representativo de la soberanía nacional que, según nuestra Constitución reside en todo el pueblo. La misma Constitución ha dado a la Asamblea Legislativa la facultad de conocer de los proyectos de presupuesto y de aprobarlos. En fin, es la Constitución la que ha dado a la Asamblea el poder de auto-regularse por medio de un Reglamento que tiene el carácter de acto legislativo especial, con fuerza de ley, en cuanto no puede ser modificado sino con voto de las dos terceras partes del total de sus miembros. Todo lo anterior nos haría dudar seriamente de la inconstitucionalidad del procedimiento utilizado en el país, máxime si pensamos que las limitaciones constitucionales a la competencia de la Asamblea Legislativa, según vimos antes, son muy reducidas.

Nos ha quedado sin resolver el problema de si la Asamblea podría entonces crear tributos en la ley de presupuesto. Podría pensarse que el problema es mayor, pues se diría que de aceptarse esta tesis, se estaría también aceptando la de que la Asamblea Legislativa pueda, en la ley de presupuesto derogar cualquier otra ley o modificarla. Por lo pronto habría que decir que ello sería en verdad una catástrofe, tanto por lo que eso podría significar para la seguridad jurídica de la nación, como por el choque que habría con el principio de anualidad contenido en la misma Constitución Política. Sin embargo, el caso es

que la Constitución Política prevé un caso especial y es el de que la Asamblea Legislativa quiera aumentar los gastos del proyecto de presupuesto, autorizándola para señalar las fuentes de ingreso para cubrirlos. Véase que no está dando a la Asamblea un cheque en blanco para modificar todo el ordenamiento jurídico vigente. Se refiere la Constitución a la materia típicamente presupuestaria, sea lo que se refiere a ingresos y gasto público. Personalmente nos inclinamos por creer que la Asamblea podría crear estos nuevos tributos en la ley de presupuesto, y para ello nos fundamentaríamos tanto en texto del artículo 179 como en el del artículo 121 inciso 13, que permite a la Asamblea Legislativa crear tributos. Sin embargo, estableceríamos la siguiente limitación. Como este tributo vendría a ser creado por la ley de presupuesto y ella es anual, ese tributo tendría que aprobarse anualmente por el Parlamento, pues de lo contrario perdería sustentación jurídica y quedaría implícitamente derogado. *Veto extraordinario.*

Un segundo problema que nos quedó por profundizar fue el de si procede el veto tratándose del caso de los presupuestos extraordinarios. En este caso me permitiré hacer una distinción que puede parecer rara pero que tiene su lógica. Distinguiré el caso del presupuesto extraordinario que se aprueba con el presupuesto ordinario, anualmente, del caso de los presupuestos extraordinarios que se envían durante el año. En el primer caso, considero que estamos en presencia de un solo presupuesto que para efectos legales conforma una sola unidad y por lo tanto debe ampararse por la norma que libra la ley presupuestaria de la obstrucción jurídica del veto.

Ahora bien, distinto es el caso de los presupuestos extraordinarios y explicaré por qué. Digamos para empezar, que el Reglamento de Orden y Disciplina de la Asamblea Legislativa, ha establecido un trámite para este tipo de presupuestos, que para el caso se tramitan como modificaciones al presupuesto ordinario y extraordinario vigentes. En este procedimiento se le dan a la Asamblea Legislativa las mismas atribuciones que en el caso de la aprobación del presupuesto ordinario, sea la de variar programas y partidas, disminuir partidas y hasta crear nuevas. Personalmente considero que ello es inconstitucional. Como dijimos antes, el que la Asamblea Legislativa pueda introducir variaciones al proyecto de presupuesto ordinario tiene su lógica. Sin embargo, en el caso de las modificaciones, a que se refiere el artículo 180 de la Constitución, estamos frente a una situación diferente. Es el Poder Ejecutivo, mediante su iniciativa quien viene a la Asamblea y les dice a los diputados que en la aplicación del presupuesto se ha visto la necesidad de variar tal o cual otra partida. Aquí, el papel de la Asamblea Legislativa debe reducirse a aprobar o improbar la modificación. Lo otro es que la Asamblea decida sobre una iniciativa que le llega de afuera para que aprovechando una situación coyuntural introduzca criterios casuísticos en el presupuesto nacional. Razón de más para considerar que es posible vetar un presupuesto extraordinario. La justificación, sería sencilla, se trata de una modificación que no

guarda una unidad absoluta con el presupuesto ordinario y extraordinario originalmente aprobados, sobre todo por las reformas casuísticas que introduce la Asamblea, y, en segundo lugar, sería la única manera de que el Poder Ejecutivo pudiese frenar prácticas inconvenientes provenientes del Poder Legislativo.

Para terminar este aparte y en abono de mis tesis anteriores, haríamos la siguiente pregunta: Qué posibilidades de planificación económica, qué posibilidades de evaluación de sus metas económicas y sociales tiene el país, si cada mes se cambian los programas y partidas del presupuesto, no de acuerdo a un plan, sino de acuerdo al capricho de cualquiera?

II. LOS PRINCIPIOS DE UNIDAD Y DE UNIVERSALIDAD

A lo largo del tiempo, la doctrina del derecho presupuestario ha ido creando y sistematizando una serie de principios aplicables a los presupuestos en general. Es posible dividir esos principios en dos grandes grupos, uno de carácter sustancial, por referirse al concepto general de Presupuesto y otros de carácter formal, por relacionarse con su estructura interna. Entre los principios de tipo sustancial están los de equilibrio y anualidad; entre los de tipo formal encontramos los principios de unidad, de universalidad, de no afectación de recursos y de especialización de gastos.

Nos corresponde en este capítulo analizar los principios de unidad y de universalidad, no para quedarnos en el análisis doctrinal de los mismos, que es importante, sino para pasar a confrontar tales principios con nuestra realidad presupuestaria.

1. Principio de Unidad.

“El principio de unidad presupuestaria consiste en la reunión o agrupación de todos los gastos y recursos del Estado en un documento único. Su enunciación, como principio de derecho presupuestario es una creación doctrinal pues no resulta de ninguna disposición constitucional o legal y hasta las viejas obras no lo consigna explícitamente, sino en forma indirecta.”¹⁶ Se trata pues de un principio claro y sencillo: los ingresos y egresos del Estado deben unificarse en un documento único que es el presupuesto. Otro autor, justifica este principio diciendo que toda la actividad financiera del Estado debe consignarse en un sólo presupuesto, no en varios documentos, pues de lo que se trata es de

¹⁶ Giuliani Fonrouge. Op. Cit. pág. 167.

unificar toda la actividad de la Administración Pública, nos referimos, claro está, a la actividad financiera de la misma¹⁷.

Las finanzas tradicionales fundamentan este principio en consideraciones de orden técnico y de carácter político, entre las cuales, siguiendo al profesor Giuliani Fonrouge, podríamos citar las siguientes:

- Permite apreciar fácilmente si el presupuesto está equilibrado.
- Dificulta la realización de maniobras como la simulación de economía o la ocultación de gastos en las cuentas especiales.
- Hace posible conocer la magnitud efectiva del presupuesto y la porción de renta afectada por las erogaciones.
- Evita complicaciones y oscuridades.
- Facilita el control parlamentario, que se vería afectado con las cuentas fraccionadas, al propio tiempo que posibilita la comprobación del grado de unidad de los gastos al enunciarlos en forma integral¹⁸.

Este principio, rápidamente citado, ha sufrido variaciones y resquebrajamiento, muchos de los cuales ha justificado la doctrina. Se dice que la complejidad de las finanzas públicas modernas exigen flexibilizar la existencia de establecer en un único documento toda la actividad del Estado. La ampliación de la actividad estatal, con el consecuente nacimiento de una diversidad de órganos y funciones, la heterogeneidad en las mismas cuentas nacionales, donde se presenta una diversidad de rentas con distintos orígenes y donde se debe diferenciar claramente los gastos de explotación de los llamados gastos de inversión, etc., son todos argumentos en favor de esta flexibilización. Un primer gran resquebrajamiento del principio de unidad se hizo con la separación entre gastos productivos e improductivos, al hacer posible un presupuesto extraordinario paralelamente a él. Así, nos dice Giuliani Fonrouge que “las nuevas corrientes en materia financiera tienden a asignar carácter de permanencia a los antiguos presupuestos extraordinarios, transformándolos en presupuestos de capital (o de inversión) paralelos a los presupuestos de operación (u operativos). En otros países, como es el caso de España nos informa el profesor Garretero Pérez, en su obra “Derecho Financiero”, se ha decidido optar por un procedimiento distinto al de dividir o separar los presupuestos extraordinarios del presupuesto ordinario. Califica esta última técnica de defectuosa, y argumenta en favor de su tesis que los presupuestos extraordinarios se producen en situaciones de excepción, por lo que la ley no puede regularlos en forma genérica. En cada caso, deben ajustarse a la ley que les dio origen, la cual debe además establecer la fuente de

¹⁷ Adolfo Garretero Pérez. “Derecho Financiero”, Edit. Santillana, 1978, pág. 233.

¹⁸ Giuliani Fonrouge. Op. Cit. pág. 167.

cobertura, por lo que su estructura es muy vaga y sencilla. Por lo demás, el mismo autor considera, que la coexistencia del presupuesto ordinario y del extraordinario es perturbadora, aunque no nos explica en detalle por qué razón lo considera así²⁰. Más adelante nos dice que en España, su país, tal situación ha variado y que actualmente se prescinde del presupuesto extraordinario. Se sigue, nos explica, un sistema de cuentas especiales, dividiéndolas en gastos permanentes y gastos extraordinarios, estableciendo dentro de un mismo presupuesto las partidas correspondientes a la cobertura de cada una de estas clases de necesidades del Estado. Esta idea del legislador español, nos hace recordar otras técnicas que se han ideado en algunos otros países de Europa, como es el caso de los llamados presupuestos cíclicos, donde se incluyen en el presupuesto ordinario una reserva para ser utilizada en gastos de capital cuando la economía del país necesita una corriente monetaria mayor o simplemente crecen las necesidades públicas. En fin, se trata en todos los casos de técnicas para obviar una realidad del mundo moderno cual es la complejidad de la administración financiera estatal y la repercusión cada vez mayor de la misma en la economía nacional.

En nuestro país, el principio de unidad presupuestaria encuentra serios obstáculos para su realización plena. En primer término, en nuestro caso nos encontramos con que por un lado existe el presupuesto nacional referido al Gobierno Central, Poder Judicial, Poder Legislativo y Tribunal Supremo de Elecciones, mientras que por otro lado encontramos los presupuestos de las Municipalidades, de las llamadas Instituciones Autónomas y semi-autónomas y otros entes menores. El problema se agrava con la situación de las llamadas empresas públicas en nuestro país, cuya creación viene determinada por ley y, sin embargo, se organizan como una sociedad privada. El último reglamento que dictara el Poder Ejecutivo para reglamentarlas, durante la administración del Presidente Oduber, además de ser una burla de tipo político, se fundamenta sobre una base de ilegalidad que poco podrá hacer para que la Contraloría General de la República llegue a tener algún tipo de control sobre dichas empresas públicas.

Otro de los escollos para la funcionalización del principio de unidad presupuestaria en nuestro país, viene determinado por los llamados presupuestos extraordinarios, a los cuales, según vimos, parte de la doctrina considera como excepciones al principio de unidad. Vimos también sin embargo, que en algunos países se buscan soluciones para eliminar la institución de los presupuestos extraordinarios tal como lo conocemos en nuestro país. Las críticas que se hacen al sistema de presupuestos duales, por decirlo de alguna manera insiste en que hay unas cuantas falacias detrás de los argumentos que justificarían tal dualidad. En efecto, "los gastos que parecen excepcionales en un período

breve llegan a ser normales y regulares al apreciarlos en mayor espacio de tiempo; erogaciones que aparentemente son improductivas, como sueldos de funcionarios e interés de la deuda pública, son retribución de servicios prestados al país o de su enriquecimiento, e inversamente, ciertos gastos de inversión pueden no ser productivos, si el Estado se ve obligado a operar con precios políticos por debajo del costo; por último la experiencia de ciertos países demuestra que los gastos de carácter excepcional —crisis, guerras— pueden financiarse dentro del presupuesto único"²¹.

No obstante todo lo expuesto, es claro que en nuestro país, se sigue en alguna medida el principio de unidad aquí expuesto, en la medida que existe un documento único para los ingresos y egresos de los Poderes e instituciones en general más importantes del llamado Sector Público. Aquí el principio de unidad se vería satisfecho, pero únicamente en lo que se refiere a este sector. Se dice que causas especiales impiden la unificación de todo el sector público en materia presupuestaria o, más técnicamente, unificación de todos los presupuestos en uno sólo. Sin embargo, personalmente considero que el principio de unidad y las reglas que lleva consigo deberían de hacerse extensivas en nuestro país, al menos al sector de las llamadas instituciones descentralizadas e incluir, asimismo a las empresas públicas, con lo cual se estaría logrando a un mismo tiempo, unificar los criterios financieros de la hacienda pública nacional y crear mecanismos para un mejor control de las empresas públicas que, en nuestro país, andan "de la mano de Dios".

El punto de la conveniencia de los presupuestos extraordinarios o su no conveniencia lo retomaremos en el último capítulo de este trabajo.

2. Principio de Universalidad

El principio de universalidad, parte de la necesidad de agrupar en cifras brutas todos los ingresos del Estado, para luego hacer las correspondientes asignaciones de recursos. "Significa que la ley de presupuesto contiene todos los ingresos y gastos simultáneamente y en tal correlación entre ellos, como partes inseparables de un todo."²² Sea que el enlace entre ingresos y gastos es lo que da sentido al presupuesto, por lo que la práctica de afectar ingresos con independencia de la ley de presupuesto, sea la gran antítesis del principio de universalidad. "La afectación infringe el principio de que los gastos determinan los ingresos" y también lesiona el principio de Unidad de Caja. "El Estado sólo debe tener un presupuesto y una Caja, que reúna todos los fondos, incluso los afectados, no tolerando la pluralidad contable."²³

¹⁹ Ibídem pág. 169.

²⁰ Garretero Pérez Op. Cit., pág. 168.

²¹ Giuliani Fonrouge. Op. Cit., pág. 168.

²² Garretero Pérez. Op. Cit., pág. 228.

²³ Ibídem pág. 228.

El profesor Giuliani Fonrouge, nos define este principio de la siguiente manera:

“El principio de universalidad, también conocido como del producto bruto exige que no haya compensación entre gastos y recursos; que tanto unos como otros sean consignados en el presupuesto por su importe “bruto”, sin extraer saldos netos”²⁴.

Al igual que sucede con el principio de unidad ya visto, las tendencias más modernizantes dentro del derecho financiero abogan por la flexibilización de este principio, y, en algunos casos incluso piden su desaparición, reemplazándolo por procedimientos que permitan apreciar el costo y la utilidad de los servicios públicos. Se argumenta, que el principio es absurdo en el caso de instituciones o empresas públicas que realicen actividades de orden mercantil o industrial, casos en los cuales lo que debería llevarse el presupuesto únicamente, serían las cifras netas. Se dice también que dotar previamente a un servicio público es una intensificación de la acción del Estado, lo que permitiría asimismo que en lugar de que el saldo presupuestario tenga que pasar al ejercicio siguiente, se utilice en atenciones preferentes y actuales del Estado. Por lo demás, se argumenta asimismo, que hay ingresos, como las tasas, que por su propio carácter evidencian una relación entre la actividad y el origen de los ingresos, que constituyen una afectación de ingresos.

En Argentina, según nos relata en su obra aquí citada el profesor Giuliani Fonrouge, existe una norma especial en torno a este punto que textualmente dice: “Los recursos y las erogaciones figurarán separadamente y por su importe íntegro, no debiendo en caso alguno compensarse entre sí”. (Decreto Ley 23.354/56, art. 2).

En nuestro país, los artículos 51 y 52 de la Ley de Administración Financiera nos dan algunas normas referentes a este punto. Así, el artículo 51, en su párrafo primero dice: “Todos los ingresos o recursos públicos, cualquiera que sea su naturaleza y la fuente de donde procedan, constituirán un solo fondo indivisible con el cual se cubrirán los gastos de la Administración Pública, de acuerdo con el presupuesto general.” Básicamente, esta norma estatuye la indivisibilidad de los recursos públicos, estableciendo, a nuestro modo de ver la unificación de todos los ingresos y gastos del sector público en una sola Caja para toda la Administración pública. Así las cosas, nos parece que esta norma es inconstitucional, porque según vimos, nuestra Constitución Política separa, expresamente, los fondos de los Ministerios, Asamblea Legislativa, Poder Judicial y Tribunal Supremo de Elecciones de los fondos de las instituciones autónomas y de las Municipalidades, limitándose a decir que estas últimas (instituciones autónomas y municipi-

²⁴ Giuliani Fonrouge. Op. Cit., pág. 173.

palidades) deberán observar las reglas del párrafo primero del artículo 176 en lo que se refiere a sus propios presupuestos. (Artículo 176 de la Constitución Política). Por lo demás, el artículo 51 de la Ley de Administración Financiera nos habla de los gastos de la “Administración Pública”, como un solo bloque, cuando lo cierto del caso es que las Municipalidades y las instituciones autónomas y otros entes de Derecho Público también forman parte de la Administración Pública. (Ver Ley De la Jurisdicción Contencioso Administrativa, art. 2) y sin embargo, tales instituciones tienen sus propios presupuestos y su propia Caja de recaudación. Por todo lo anterior, nos parece que el párrafo primero del artículo 51 no sólo es inconstitucional, sino que además se queda en el mero deseo de ampliar el principio de unidad presupuestaria, sin tener la base jurídica suficiente para llevar a feliz término tal deseo.

El párrafo segundo del artículo 51 de la Ley de examen, se refiere al caso de las rentas destinadas al sostenimiento de otros entes públicos que desempeñen sus funciones con independencia del Poder Ejecutivo. Dice textualmente el párrafo segundo del artículo 51: “Las rentas destinadas al sostenimiento de los organismos o entidades públicas que desempeñen sus funciones con independencia del Poder Ejecutivo y que éstas no perciban directamente, ingresarán también al fondo común referido, con cargo al cual se cubrirán los gastos ordinarios o extraordinarios de tales organismos.”

En el párrafo transcrito se hace referencia precisamente al caso de rentas que por leyes especiales, anteriores a la promulgación de la Ley de Administración Financiera, se destinaban a determinados organismos públicos. En este caso, dice el párrafo en cuestión, cuando estas instituciones no perciban directamente las rentas dichas, las mismas pasarán al fondo común de que habla el párrafo anterior. Ese fondo común, de acuerdo a la explicación del párrafo primero del artículo 51, debemos limitarlo al fondo presupuestado según el artículo 176 de la Constitución Política. Por qué decimos que se trata de rentas creadas por leyes especiales dictadas con anterioridad a la promulgación de la ley de Administración Financiera? Porque el artículo 52 nos va a decir en forma tajante que “NO SE CREARA EN ADELANTE RENTA O FONDO CON DESTINO ESPECIAL, SALVO EN LOS CASOS PREVISTOS EN LA CONSTITUCION POLITICA”.

Qué relevancia jurídica y práctica tiene el artículo 52, transcrito de la Ley de Administración Financiera? Es claro que este artículo consagra el principio de universalidad que venimos estudiando, pues al prohibir la afectación de rentas públicas a un destino especial, permite que las cifras presupuestadas lo sean en forma bruta. Sin embargo, véase que esta norma tiene el valor y la fuerza que le da la Ley de Administración Financiera, que no es una ley de orden público y que, de acuerdo con la jerarquía normativa de las normas jurídicas en nuestro país, puede ser derogada por la Constitución o por ley posterior. Precisamente, nosotros creemos que esta ley o más específicamente, la norma del artículo 52 ha sido derogada no una sino muchas

veces. Cada vez que una ley especial viene y crea rentas con destino prefijado de antemano se está derogando la norma del artículo 52 para ese caso concreto. La Ley de Administración Financiera se promulgó el 30 de Abril de 1951, ha sufrido reformas importantes a lo largo de los años, la principal en el año de 1976. No obstante, la norma del artículo 52 data del texto original de la ley. Tenemos conocimiento, sólo para citar dos casos, de dos leyes que han derogado para el caso concreto esta norma del artículo 52. Veamos. La Ley de Reforma Tributaria del año 1976, en su artículo 8 expresa:

Artículo 8º—El uno por ciento (1%) de los ingresos generados por el Impuesto sobre la Renta y hasta por un máximo de cinco millones de colones anuales, se destinará al Instituto Nacional de Aprendizaje para la construcción, adquisición de equipo y funcionamiento de sus programas. Este tope podrá aumentarse periódicamente de conformidad con los planes de desarrollo de la Institución y previo referendo de los mismos por la Oficina de Planificación Nacional y Política Económica y el Ministerio de Hacienda”.

Véase que no sólo se crea una renta con destino muy bien especificado, sino que además se autoriza al Poder Ejecutivo para aumentar el tope de la renta creada, con lo que esa renta podría perfectamente subir en el futuro.

Vemos ahora el artículo 9 de la misma Ley de Reforma Tributaria:

Artículo 9º— Modifícase el art. 2º de la Ley Nº 4340 de 30 de mayo de 1969 (distribución del impuesto territorial), a fin de que se lea así:

Artículo 2º.—El producto del impuesto territorial continuará recaudándose conforme a las leyes vigentes y se distribuirá así:

A la Dirección General de Catastro, para su organización y atención regular, ₡ 2.500.000.00.

El resto del ingreso una vez deducidos estos dos millones quinientos mil colones (2.500.000.00) se distribuirá así:

Poder Ejecutivo	8.6%
Municipalidad de San José	29.4%
Para las rentas municipales y Concejos	
Municipales de Distrito	60. %

El dos por ciento restante para aquellas municipalidades que, de acuerdo a la distribución que se establece en esta ley reciban una suma menor a la que recibían al 30 de Mayo, por concepto de subvenciones que se suprimen.”

Nótese pues cómo, para el caso del ingreso ordinario tributario del Impuesto sobre la renta, la afectación es total, de modo que en la Ley de Presupuesto, no queda ningún chance para que el Poder Ejecutivo

o la Asamblea Legislativa a la hora de su discusión o aprobación puedan realizar variación alguna en cuanto a los destinos que se darán a estos ingresos ordinarios.
Tenemos el caso también de la ley 5950 de octubre de 1976 en que se expresa lo siguiente:

Artículo 1º—Se reforma el artículo 2º de la Ley 4656 de 31 de Octubre de 1970, sobre impuesto de timbre a fotocopias mediante microfilm en el Registro de Prendas, el cual se leerá así:

“Artículo 2º—Los fondos que se recauden, en virtud de lo dispuesto en el artículo anterior serán depositados dentro de los primeros cinco días de cada mes, por el Banco Central de Costa Rica, directamente en la cuenta Corriente de la Junta Administrativa del Registro Nacional y se destinarán a la adquisición de materiales y equipo y demás gastos de mantenimiento del Registro General de Prendas.”

Si pensamos que en nuestro país existen numerosas leyes como las que aquí hemos puesto sólo de ejemplo y que en estos mismos momentos deben existir en nuestra Asamblea Legislativa varios proyectos para crear nuevas rentas con el procedimiento visto, nos daremos cuenta de la situación irregular, por no decir desastrosa, que atraviesa la planificación financiera en nuestro país. Se dice que en Costa Rica, aproximadamente un 60% de los ingresos ordinarios ya están afectados, por lo que el margen de discrecionalidad del legislador y del propio Gobierno Central a la hora de redactar el Presupuesto Ordinario y de aprobarlo, es reducidísimo. Esto nos indica, por otra parte, que las posibilidades de planificación económica en el sector público de nuestro país, son escasas, por no decir risibles. Y digo risibles, porque mucho se habla de planificación económica en Costa Rica. Se elaboran Planes de Desarrollo, se dicta una ley de planificación económica, se crea un Ministerio de Planificación y la verdad es que la realidad jurídico-política del país se burla de todas estas buenas intenciones. Pero, los problemas de la Hacienda pública, vistos desde la perspectiva de lo que se puede y no puede hacer con los presupuestos de la República, no se quedan allí. Más grave aún es la práctica que se ha introducido en el país, de financiar gastos ordinarios con ingresos extraordinarios. Es ésta la más odiosa aberración desde el ángulo de la ciencia financiera y que, como dijimos, en nuestro país se viene practicando con bastante frecuencia. Para intentar explicar lo que no necesita explicación, por ser obvio, diremos que cuando se financia un gasto ordinario con un ingreso extraordinario, estamos arriesgándonos a que en el próximo presupuesto no exista el ingreso para financiar ese gasto ordinario, con lo cual estamos creando expectativas que no estamos seguros poder seguir llenando y con lo que nos atamos las manos para el futuro, pues ante la paralización de un programa importante, no

queda más que seguir endeudando al país a través de ingresos extraordinarios que cada vez menos tienen un respaldo real en la economía del país.

Tomemos, por ejemplo, el caso del Presupuesto Extraordinario promulgado con fecha 12 de Agosto de 1976 y publicado en la Gaceta 162, Alcance 148 del miércoles 25 de Agosto de 1976. Se aumentan en su artículo segundo los ingresos extraordinarios para el período fiscal de 1976 en la suma de ₡ 157.160.140, financiados con una emisión de bonos con un interés de 8%. Con él se cubren indiscriminadamente egresos ordinarios y extraordinarios. Entre los ordinarios, servicios personales como sueldos para empleados de la Asamblea Legislativa, sueldos de Guardias Rurales, etc.

O tomemos el caso de la ley 6016 de noviembre de 1976, y publicada en la Gaceta N° 229 Alcance 219 de fecha martes 30 de noviembre de 1976, tratándose de un presupuesto extraordinario donde se autoriza aumentar los ingresos extraordinarios para el ejercicio fiscal del año 1976 en la suma de ₡ 258.000.000, financiados con bonos de la deuda interna a un interés del 8%. Aquí se autorizan gastos para pago de la deuda pública por ₡ 18.153.905, sea que se emiten bonos para pagar, crédito público; en otras palabras, nos endeudamos más para pagar viejas deudas. En el mismo presupuesto, se reconoce al Ministerio de Salud un gasto por la suma de ₡ 16.709.000 para financiar un aumento de salarios motivado por el alza en el costo de la vida, y así sucesivamente. Sea que se utilizan ingresos extraordinarios para el pago de un gasto ordinario típico como son salarios, sin tener la seguridad de que en el próximo año se pueda mantener ese aumento de salarios, con lo cual se burlaría descaradamente la voluntad y la dignidad de muchos trabajadores, en este caso del Ministerio de Salud.

Tomemos, en fin, el caso más reciente del presupuesto extraordinario que fue aprobado con la intención, según se decía de pagar las prestaciones legales a los empleados que fueron despedidos con el cambio de gobierno. Se autoriza un ingreso extraordinario de ₡ 148.237.975 y con él no sólo se financian las prestaciones legales mencionadas, sino que además se financian otros programas y de paso se le da a la Universidad Nacional siete millones de colones, a la Universidad de Costa Rica siete millones cincuenta mil colones, al Instituto Tecnológico nueve millones setecientos cuarenta y ocho mil trescientos cincuenta y seis colones y al Colegio Universitario de Cartago dos millones quinientos mil colones, todo con el objeto de atender obligaciones urgentes que estos centros de enseñanza superior no podían cumplir. En otras palabras que, en nuestro país, las Instituciones de Enseñanza Superior, siguen dependiendo económicamente, de las medidas de emergencia que tome la Asamblea Legislativa y consecuentemente de los ingresos extraordinarios que puedan obtenerse a través del crédito interno y externo.

Como se ve pues, estamos en presencia no de una simple flexibilización de los principios de Unidad y Universalidad presupuestarias,

por la que abogan con razón buena parte de los autores especializados en derecho financiero y en la ciencia de las finanzas, sino frente a todo un desorden financiero que rompe los marcos de toda planificación y que hecha al canasto de la basura todas las reglas mínimas de una sana administración de la hacienda pública.

CONCLUSIONES

Hemos analizado en forma sucinta algunas de las normas fundamentales que regulan el derecho presupuestario en nuestro país, y hemos realizado una modesta labor de confrontación entre los principios de unidad y universalidad presupuestarios con la realidad jurídico-política del país.

Pareciera necesario, al final de este pequeño trabajo, realizar algunos aportes a la discusión profunda que debe existir en nuestro país acerca de la reorganización de la Hacienda Pública, en este caso, a través del instrumento financiero por excelencia que es el presupuesto general de la República.

En su obra, El Presupuesto del Estado, el profesor Rodríguez Bereijo expresa su opinión de que una estructura presupuestaria debe responder a determinadas exigencias, las cuales él resume así:

- a) Permitir una clara formulación de cuál va a ser el programa financiero del gobierno que facilita un rápido conocimiento y control por parte del legislativo.
- b) Permitir una ejecución eficiente del Presupuesto y un control contable y jurídico de dicha ejecución, reflejando claramente cómo los distintos órganos de la Administración del Estado, atienden el cumplimiento de las funciones que a cada uno le están encomendadas.
- c) Ofrecer el cuadro más exacto posible de los efectos económicos de los programas de ingresos y gastos públicos a realizar durante el período presupuestario²⁵

Sería interesante preguntarnos, después del panorama que hemos analizado de la realidad jurídico-política del presupuesto en Costa Rica, si el presupuesto en Costa Rica cumple las funciones que Rodríguez Bereijo cita en su obra y que recién transcribimos.

En cuanto a la formulación del programa financiero del gobierno, es poco lo que un gobierno puede programar financieramente, dada la casi inexistente discrecionalidad para disponer de los fondos públicos.

²⁵ Rodríguez Bereijo. Op. Cit., pág. 25.

Con relación a la ejecución eficiente de presupuesto y su control, personalmente consideramos que ello no tiene que ver tanto con la elaboración del presupuesto como con los instrumentos jurídicos que se otorguen a los entes públicos que van a realizar la labor contralora, no obstante lo cual reconocemos que la confección del presupuesto ayuda o perjudica tal ejecución y control. En nuestro país, quien realiza en última instancia este control es la Contraloría General de la República, la cual elabora anualmente un informe sobre la ejecución del presupuesto, donde en la práctica la labor de este ente se limita a un control de tipo financiero-contable que muy poco o nada nos va a decir sobre las repercusiones económicas del presupuesto o sobre la eficiencia de determinados programas, etc. Además de que jurídicamente las potestades de la Contraloría son limitadas en torno a este punto, lo cierto del caso es que el presupuesto, por la forma que viene estructurado tampoco ayuda a la realización de este tipo de análisis. Nuestros presupuestos se elaboran fundamentalmente en forma orgánica, sea por el órgano al cual se destina la partida o sub-partida. Esto dificulta la evaluación de programas y, sobre todo, la elaboración de programas interinstituciones. Más adelante volveremos sobre este punto. Lo mismo puede decirse en lo que respecta al objetivo de que el presupuesto pueda señalar los efectos económicos de los programas de ingresos y gasto público.

Mucho se habla hoy en día de convertir al presupuesto en algo de mayor trascendencia dentro de la vida de una nación, llegándose en algunos casos, creemos nosotros, a sobreestimar ese papel del presupuesto, convirtiéndolo en una especie de panacea que todo lo va a resolver. Nos parece que esta observación fija desde ya un buen punto de partida para el examen del presupuesto. Este constituye un instrumento dentro de los varios que pueden ser utilizados para la dirección de la Hacienda Pública en un país. Pero además, la Hacienda Pública no se maneja solamente con criterios técnicos financieros, sino fundamentalmente con criterios económicos y políticos. Así pues, si bien es necesario reconocer la importancia del presupuesto en las democracias liberales contemporáneas, debemos darle al mismo la dimensión que tiene, sin olvidarnos de que los problemas de la hacienda pública y de la economía de un país, son en última instancia problemas de cosmovisión política y de práctica política.

En doctrina se habla de distintas fórmulas para utilizar y racionalizar cada vez más los presupuestos nacionales. Se habla de presupuestos funcionales y de presupuestos económicos, se comenta la necesidad de ligar el presupuesto nacional.

Por su parte el profesor César Cosciani, en una Conferencia publicada en la Memoria de la Asociación Española de Derecho Financiero en el año 1962, da un paso aún más audaz al señalar que el Presupuesto nacional en su concepción clásica "no es ya suficiente para llenar las nuevas funciones que deben cumplir las finanzas públicas en la economía nacional". Adelanta que, consideradas las nuevas tareas

asumidas por los Estados modernos, es necesario que el presupuesto pueda ser empleado como instrumento de conocimiento para saber si y en qué límites el Gobierno ha servido correctamente el ejercicio de una justa y sana influencia sobre la economía nacional, a los efectos de conseguir las finalidades fundamentales de todo Estado moderno, "al menos en la conformación de una política de estabilidad y desarrollo económico del país."²⁶ Propone entonces adoptar un criterio que llama de clasificación económica del presupuesto, que sería aquella que "consiente la inserción de la actividad financiera en la contabilidad económica nacional de manera que posibilita la estimación en términos cuantitativos, de los efectos ejercidos por el presupuesto público sobre la economía nacional"²⁷. Aunque no creemos que éste sea el momento oportuno para explicar todo el planteamiento que al respecto da el profesor Cosciani, sí nos interesaba indicar a través de la cita de varios autores, cuál es la tendencia moderna de la doctrina en este campo. Sin lugar a dudas esta tendencia es a aprovechar cada vez más el presupuesto como instrumento de planificación económica y de evaluación de las metas económicas y sociales de un gobierno, evaluación que en último término es también política. Así las cosas es fácil entender que el problema de los vicios que en el procedimiento de aprobación del presupuesto existen en nuestro país no se reducen a un problema meramente de técnica financiera, sino que se insertan de un dilema mayor cual es la ponderación política que en una sociedad vamos a dar a la planificación económica.

Llegamos de este modo a una primera gran conclusión de este trabajo y es la que las lagunas y deficiencias legales en la regulación de los presupuestos en nuestro país, lo mismo que las prácticas viciadas en el procedimiento de los mismos, tienen su origen en la indefinición política que existe acerca del tipo y el grado de planificación económica que debe imponerse. Planificación que en un país sub-desarrollado y dependiente como el nuestro adquiere una enorme relevancia, ante la disyuntiva en que nos encontramos de desarrollar una economía nacional o seguir alimentando las economías de las grandes superpotencias del mundo moderno a la llamada contabilidad económica nacional y se descubren los llamados presupuestos nacionales. En estricta técnica jurídica, algunas de estas consideraciones se salen de lo jurídico para entrar al plano de lo meta-jurídico, mas si aquí mismo hemos dicho que al presupuesto debe colocársele dentro de la dimensión real, no vemos razón para no relacionar estos avances de la doctrina con nuestro trabajo.

Al concluir el segundo capítulo de este trabajo pudimos analizar algunas de las grandes limitaciones que tiene el presupuesto o más bien el procedimiento de aprobación de los presupuestos en nuestro país. En

²⁶ César Cosciani. "El presupuesto del Estado y la Contabilidad Nacional", 1962, pág. 142.

²⁷ *Ibidem* pág. 145.

algún momento nos referimos a la necesidad de ampliar el presupuesto con los presupuestos de las instituciones autónomas y de las empresas públicas. Específicamente al tratar el principio de la unidad presupuestaria aludíamos al problema que significa el no poder contar con una visión total del estado financiero de un país. Esta misma inquietud, que como se ve no es original por cierto, viene presentándose en muchos autores desde hace bastante tiempo. Sainz de Bujanda, el conocido tratadista español explica el paso que se ha dado diciendo que en nuestro país la finalidad estrictamente financiera del presupuesto palidece si se contrasta con los objetivos de política económica y social que el presupuesto subordina. Acto seguido comenta algo que al principio del trabajo citamos al hablar del concepto moderno de presupuesto y que aquí retomamos, que es la institución de los llamados presupuestos nacionales. Este autor nos lo define de la siguiente manera:

*“Es una institución intermedia entre el Plan Económico y el presupuesto ordinario del Estado. Laufenburger estima que el llamado Presupuesto Nacional consiste, sencillamente, en una evaluación de los recursos de una nación y de su empleo y que su aplicación práctica se reduce a orientar a la Administración Pública y a los órganos legislativos al confeccionar y discutir el Presupuesto del Estado.”*²⁸

Giuliani Fonrouge nos habla, dentro de la misma idea, de los presupuestos económicos, para decir que tales presupuestos procuran determinar la evolución posible de la actividad e incluye el elemento ingresos nacionales o demanda global (total de bienes y servicios a producir en un período determinado) y el elemento gastos nacionales o gasto total (conjunto de bienes y servicios consumidos y ahorrados en el país). Concluye con que los países capitalistas constituye un punto intermedio entre el presupuesto financiero de tipo clásico y el planismo económico.²⁹

Esta indefinición política de que hablamos tiene su más acabada expresión en la Constitución de 1949 en la cual se quiso hacer un injerto de régimen intervencionista dentro de una economía moldeada en los moldes clásicos de la economía capitalista. ¿Qué más prueba de ello que el confuso y diletante artículo 45 de la Constitución? Pero vayamos a nuestra materia, el capítulo constitucional que regula la Hacienda Pública, es un capítulo tímido, extremadamente lacónico y voluntariamente omiso. En el caso del presupuesto, las regulaciones que existen sobre él son mínimas, lo que ha dado pie, precisamente, para que sea la Asamblea Legislativa de turno la que determine las normas reales que van a regular dichos presupuestos. Lo anterior nos lleva a

²⁸ Fernando Sainz de Bujanda. *Hacienda y Derecho*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, pág. 81, Tomo I.

²⁹ Giuliani Fonrouge. *Op. Cit.*, pág. 137.

una segunda gran conclusión y es que se hace necesario, una vez definida nuestra posición frente a la planificación económica, reformar la Constitución Política en lo que se refiere al Capítulo de Hacienda Pública para regular y modernizar esta materia redactando un nuevo capítulo o complementando el existente hasta ponerlo al día con la realidad económica y social del país.

En torno al punto de la naturaleza del presupuesto, creemos que en este capítulo constitucional a reformar deberían establecerse claramente dos normas:

- 1) Que el presupuesto es una ley en sentido formal y material pero que la Asamblea Legislativa no debe introducir en dicha ley reglas ajenas a la materia estrictamente presupuestaria, respetando en todo momento el principio de anualidad.
- 2) Que el presupuesto nacional debe incluir los de las Instituciones Autónomas y semi-autónomas, lo mismo que el de las empresas públicas, pero permitiéndoles tener rentas propias que pasarán al fondo único del Estado, del cual les serán asignadas en forma de subvenciones por el Poder Ejecutivo.

Pero además de todo lo anterior, y aparte del presupuesto como instrumento estrictamente financiero, pensamos que la Constitución debe exigir que con el proyecto de presupuesto se presenta anualmente un plan financiero del Estado, incluyendo evaluaciones del ejercicio fiscal anterior y las repercusiones que se espera tendrá en la economía el nuevo presupuesto, plan que deberá ser aprobado por la Asamblea Legislativa conjuntamente con el presupuesto. Presupuesto y plan financiero deberán constituir una sola unidad, no pudiéndose aprobar uno sin el otro. Finalmente, consideramos que el presupuesto, lo mismo que este plan financiero deben estructurarse fundamentalmente con un criterio funcional, sea por programas y en el caso del plan financiero adoptando además el criterio económico a que aquí hemos hecho referencia.

Para terminar, y ésta es nuestra última conclusión, creemos que se hace necesario un examen de conciencia profundo de los distintos partidos políticos en nuestro país, sobre estos problemas, a fin de evitar que por falta de visión política (que en muchos casos es falta de imaginación política), estemos siendo cómplices de la bancarrota de un régimen democrático-liberal que aún debe vivir los años suficientes para evitar el desarrollo de las corrientes fascistas de uno y otro signo que ya gravitan en el ambiente.

BIBLIOGRAFIA

- ASAMBLEA LEGISLATIVA, "Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior", Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, 1974.
- COSCIANI, César. "El presupuesto del Estado y la Contabilidad Económica Nacional", (Conferencia Publicada en la Memoria de la Asociación Española de Derecho Financiero, Madrid, 1962).
- GARRETERO PEREZ, Rodolfo. "Derecho Financiero", Editorial Santillana, Primera Edición, Febrero de 1968.
- GIULIANI FONROUGE, Carlos M. "Derecho Financiero", volumen I, Segunda Edición, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1970.
- República de Costa Rica Constitución Política. Edición especial anotada y preparada por el Lic. Carlos José Gutiérrez, Ediciones Equidad de Centroamérica, S. A., San José, Costa Rica, 1975.
- República de Costa Rica. "Ley de Administración Financiera", Imprenta Nacional, 1978.
- RODRIGUEZ BEREJO, Alvaro. "El presupuesto del Estado". (Editorial Tecnos S. A., Madrid, 1970).
- SAINZ DE BUJANDA, Fernando. "Hacienda y Derecho", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, Tomo II.

EL ADULTERIO

Licda. Ana Eugenia Rodríguez Alvarado

SUMARIO: INTRODUCCION. CAPITULO I: Generalidades del Adulterio. a) Concepto. b) Elementos que configuran el adulterio. c) Posición de la Iglesia Católica frente al adulterio. d) Ubicación del adulterio dentro de las clasificaciones de las causales de divorcio: 1-Absolutas o perentorias y Relativas o no perentorias. 2-Generales y Especiales. e) Ubicación del adulterio dentro de los siguientes tipos de divorcio: 1-Divorcio-Sanción. 2-Divorcio-Remedio. f) Adulterio como violación al deber de fidelidad: a) qué se entiende por deber de fidelidad, doctrina y jurisprudencia. CAPITULO II: Análisis Histórico del Adulterio en Nuestra Legislación: 1) Análisis histórico del adulterio: a. Análisis: El adulterio en el Código de 1841, Código de Carrillo. b. Código Civil de 1888: breve reseña sobre el adulterio según la regulación anterior artículo 80 (derogado por el Código de Familia vigente): 1-El adulterio de la mujer: a) Justificación del trato desigual. b) Como ha sido considerado el adulterio a través de la historia universal. 2-El concubinato escandaloso del marido. CAPITULO III: Análisis del adulterio en nuestra legislación vigente; y la prueba a la luz de nuestra jurisprudencia: 1-El adulterio en nuestro Código de Familia: a) El adulterio según el artículo 48 inc. 1). 2-La prueba del adulterio a la luz de nuestra jurisprudencia: a) Prueba Directa. b) Prueba Indirecta. 3-Adulterio-Caducidad de la Acción: a) Artículo 49 del Código de Familia. b) Jurisprudencia. c) Diferencias entre Prescripción y Caducidad. CAPITULO IV: Legislación Comparada: 1-Francia. 2-El Salvador. 3-Argentina. 4-Colombia. 5-Venezuela. 6-México. CONCLUSION.

BIBLIOGRAFIA.

INTRODUCCION

He escogido este tema por la trascendencia jurídica que para la mujer ha tenido el Código de Familia, en el sentido de que es un código que establece la igualdad jurídica de los cónyuges, frente a los derechos y deberes que se originan en el matrimonio; considero que el tratamiento igualitario que se le ha dado a los esposos con respecto a que será para ambos causal de divorcio el adulterio, cierra (esta disposición) una etapa injusta de nuestra legislación anterior. El origen de esta desigualdad de trato, en perjuicio de la mujer, la encontramos en la tradición del Derecho Romano y del antiguo derecho que consignaba como causal de divorcio únicamente el adulterio de la mujer, estableciendo para el hombre el adulterio calificado: concubinato escandaloso, dejando de esta manera impune para el hombre, el adulterio simple, sancionando únicamente el adulterio simple de la mujer.

Las ideas injustas y retrógradas que imperaban hasta hace poco en nuestra sociedad, y que aún hoy día algunos sostienen, están claramente resumidas en el siguiente párrafo del tratadista Pothier (Citado por Colin y Capitant): "La razón de la diferencia es evidente: el adulterio que comete la mujer es infinitamente más contrario al buen orden de la sociedad civil, porque tiende a despojar las familias haciendo pasar los bienes a hijos adulterinos extraños a ellas; mientras que el adulterio cometido por el marido, aunque sea muy criminal en sí, no tiene consecuencias en este respecto. Hay que añadir que no corresponde a la mujer, que es inferior, la inspección de la conducta de su marido, que es su superior. Ella debe presumir que él le es fiel, y los celos no deben llevarla a investigar su conducta."*

Considero que las palabras expresadas por este autor, no necesitan ser comentadas, pues son sumamente explícitas y resumen ideas que hasta hace poco tuvieron vigencia en nuestra legislación.

Es evidente que la mujer es igualmente ultrajada que el hombre, por la traición de quien le ha prometido fidelidad.

El deber de fidelidad nace del matrimonio y se impone por igual a ambos cónyuges y no solo a una parte como sucedía hasta hace poco. Considero que la posición del legislador al hacer diferencias entre los cónyuges frente al adulterio estaba violando la igualdad de los cónyuges que establece la Constitución Política de Costa Rica.

* Colin y Capitant. "Curso Elemental de Derecho Civil". Cuarta edición. Tomo I. Editorial Reus S. A. Madrid, pág. 496.

En mi concepto las razones esgrimidas por este autor y que son fiel reflejo del pensamiento de la época, no son de peso para dar un tratamiento jurídico injusto en perjuicio de la mujer.

CAPÍTULO I

a) CONCEPTO:

El Diccionario de la Real Academia Española, define el Adulterio de la siguiente manera: "Adulterio. (Del latín adulterium) m. Ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de los dos o ambos casados".

Los canonistas la definen: "violatio alieni thori": violación del lecho ajeno.

Algunos consideran que la palabra adulterio, viene de la raíz latina ad-alter: que significa hacia otro.

El Diccionario de Legislación y Jurisprudencia, de Joaquín Escriche, autor citado por Hugo Lindo en su libro *El Divorcio en El Salvador*, define el Adulterio así: "Adulterio. El acto de una persona casada que violando la fidelidad conyugal concede sus favores a otra persona; o el acceso carnal que un hombre casado tiene con otra mujer que no sea su mujer legítima, o una casada con otro hombre que no sea su marido"¹.

Gerardo Trejos autor costarricense lo define así: "El adulterio consiste en las relaciones sexuales de uno de los cónyuges con un tercero. Es una violación al deber de fidelidad que puede ser cometida incluso con persona del mismo sexo (homosexualismo o lesbianismo) y que no requiere necesariamente, la consumación del coito"². Considero que la definición de Gerardo Trejos es la más completa y acertada, por cuanto si la causal de adulterio es la violación al deber de fidelidad, ésta puede configurarse tanto si el cónyuge tiene relaciones sexuales con persona de su mismo sexo como de diferente sexo. Las otras definiciones sólo lo contemplan cuando la violación la comete el cónyuge con persona de diferente sexo, (siendo ésta una de las posiciones de la doctrina).

¹ Lindo Hugo. "El Divorcio en El Salvador". Editorial Universitaria. San Salvador. El Salvador, C.A. 1960, pág. 44.

² Trejos Gerardo. "Introducción al Derecho de Familia Costarricense". Ediciones Juricentro S. A. 1977, pág. 109.

b) ELEMENTOS QUE CONFIGURAN EL ADULTERIO:

- 1) Elemento intencional.
- 2) Elemento material.

Elemento intencional: El enlace sexual deben realizarlo, conscientemente, es decir sabiendo que están faltando a una de las obligaciones fundamentales del matrimonio; cual es la de guardar fidelidad mutua. Gerardo Trejos nos dice que el adulterio cometido por un esposo en estado de alienación mental, o creyendo disuelto su matrimonio anterior no cae en la causal de adulterio, porque ese elemento de la intención consiste en que el cónyuge esté consciente de que está quebrantando el deber de fidelidad mutua que se deben los cónyuges.

Elemento Material: consiste en llevar a cabo las relaciones sexuales con una persona distinta de su cónyuge.

Para que se consigure la causal de adulterio deben concurrir ambos elementos.

c) POSICION DE LA IGLESIA CATOLICA FRENTE AL ADULTERIO: El Derecho Canónico, considera tan grave la violación del deber de fidelidad conyugal cometida tanto por el hombre como por la mujer. Ya que ambas constituyen el mismo irrespeto y quebranto a la esencia del matrimonio: la fidelidad. Consideran que es un irrespeto a la santidad del hogar, deslealtad, traición a la palabra empeñada ante Dios.

La Iglesia Católica le concede tal gravedad al adulterio que el divorcio opera por el mismo sin intervención de ninguna autoridad y de manera perpetua, siempre y cuando no sea perdonado o correspondido el adulterio con igual falta por el cónyuge ofendido.

En conclusión para el Derecho Canónico tiene igual valor el adulterio cometido tanto por la mujer como por el hombre.

Considero personalmente que el adulterio es la relación sexual voluntaria de la persona que siendo casada tiene ayuntamiento carnal con persona (un tercero que puede ser de igual o diferente sexo, y no necesariamente requiere la consumación del coito, esto según Gerardo Trejos con quien coincido), que no es su cónyuge, y este hecho es a su vez violatorio del deber de fidelidad conyugal. Es importante hacer notar que tanto el Código Civil de 1888, (en su artículo 80, parte hoy derogada) y el Código de Familia actual no definen expresamente lo que es el adulterio, considero que fue un olvido de cierta trascendencia el no precisar dicho concepto, por cuanto dejan a los Tribunales de Justicia en posibilidad de determinar el contenido de lo que es adulterio y en qué condiciones se tiene por realizado, y yo me pregunto ¿hasta qué punto esto es conveniente?, todo pareciera reducirse a una cuestión de prueba, (este punto lo analizaré ampliamente más adelante).

Partiendo de que el adulterio es la violación al deber de fidelidad de uno de los cónyuges para con el otro, al tener relaciones sexuales extraconyugales, tiene especial interés el hecho de que nuestra legislación antes de la vigencia del Código de Familia únicamente consideraba como autora de adulterio a la mujer y excluía al hombre sancionándolo por concubinato escandaloso, esto es sancionar de diferente forma el quebrantamiento de la fidelidad conyugal. Es importante dejar claro que nuestra legislación dejó casi un siglo el adulterio como causal de divorcio sólo para la mujer, como si ésta fuera la única parte del matrimonio obligada al deber de fidelidad.

d) UBICACION DENTRO DE LA CLASIFICACION DE LAS CAUSALES:

- 1) Absolutas o perentorias. Relativas o no perentorias.
- 2) Especiales y generales.

Trataré de ubicar la causal de adulterio dentro de estas clasificaciones. El legislador ha establecido una enunciación taxativa de causales, para obtener una sentencia de divorcio. Algunas de estas causales determinan la conducta antijurídica de uno de los cónyuges, lo que produce efectos o consecuencias si se trata de cónyuge inocente o culpable (artículo 41 del Código de Familia).

1) Las causales se clasifican según su fuerza determinante sobre la eventual sentencia de divorcio:

- a) En Absolutas y
- b) Relativas

El autor Jean Carbonnier en su libro "Derecho Civil", tomo I, apunta que la doctrina alemana clasifica las causales de divorcio en absolutas o perentorias y relativas o no perentorias.

a) *Las causales absolutas o no perentorias:* en hechos determinantes de la causa que se invoca, son hechos específicos. El adulterio es una causal perentoria, esto es que la falta cometida o sea el quebrantamiento del deber de fidelidad una vez que ha sido demostrada, el Tribunal debe pronunciarse, es decir debe declarar disuelto el vínculo matrimonial, sin poder apreciar. Pero esta causal (según nos dice Gerardo Trejos: el carácter perentorio del adulterio) no es tan absoluto por cuanto la convivencia en esta causal impide al cónyuge invocarla ya que es inconcebible que un marido que prostituye a su esposa pueda más tarde acusarla de adulterio, pierde por lo tanto el adulterio su carácter de ofensa al marido ya que más bien él lo propició. En las causales absolutas o perentorias el Juez no goza de ninguno o muy

escaso poder de apreciación para denegar la petición del actor. Operan automáticamente.

b) *Las causales relativas o no perentorias:* éstas resultan de ciertas circunstancias previstas en forma general, no muy o poco precisas, de tal suerte que pueden ser apreciadas en cada caso por el Juez según la personalidad, carácter y otras condiciones subjetivas de los cónyuges, a fin de determinar si verdaderamente es intolerable la continuación de la vida en común. En esta hipótesis el Juez puede discrecionalmente valorar los hechos y no solamente constatarlos.

2) Otra clasificación es: a) causales especiales y b) causales generales.

Las causales especiales tienen un contenido más específico, dentro de este grupo se ubica el adulterio.

Las causas generales tienen un contenido indeterminado, como la injuria cuyo contenido es amplio y elástico (esta clasificación la hace Jean Carbonnier en el libro citado).

En conclusión, la causal de adulterio está calificada dentro de las causales o perentorias que operan automáticamente sin que el Tribunal pueda valorar o apreciar para denegar; en algunos casos el Juez puede gozar de un escaso poder de apreciación. Y en la segunda clasificación el adulterio es una causal específica o especial.

e) Ubicación del adulterio dentro de los siguientes tipos de divorcio: 1) Divorcio-Sanción. 2) Divorcio-Remedio.

1) *Divorcio-Sanción:* únicamente admite como causas de divorcio aquellas faltas cometidas por un esposo contra otro, en que se incumplan las obligaciones que nacen del matrimonio (Carbonnier). Es una sanción para el cónyuge, que con su conducta ha convertido el ambiente familiar en un estado insostenible, el comportamiento del cónyuge es antijurídico por lo que merece una sanción, por lo que el pronunciamiento que disuelve el vínculo matrimonial es sancionador de su conducta culpable. En este sentido nos dicen Colin y Capitant lo siguiente: "...la del divorcio sanción, no admitirá como causas determinadas más que las faltas cometidas por un esposo contra el otro, el incumplimiento de obligaciones que nacen del matrimonio"³.

En el caso del adulterio el cónyuge culpable, ha incumplido con el deber de fidelidad que impone el matrimonio a los cónyuges por lo que esta causal está ubicada dentro del Divorcio-Sanción.

2) *Divorcio-Remedio:* será causal de divorcio toda situación que convierta intolerable la vida en común de los cónyuges, aunque sea por causas independientes a la voluntad de los esposos. Los autores Colin y

³ Colin y Capitant. "Curso Elemental de Derecho Civil". Editorial Reus. Madrid. Tomo I. 1975, pág. 456.

Capitant nos dicen: "la concepción más amplia, la del divorcio-remedio, será una causa de divorcio en toda situación que haga intolerable la vida en común, aunque esta situación tenga por origen circunstancias absolutamente independientes de la voluntad de los esposos"⁴.

Las causales que surgen, no son producto de una conducta anti-jurídica de alguno de los esposos, sino que son producto de una situación objetiva, que hace intolerable la vida en común de la pareja.

f) Adulterio como violación al deber de fidelidad:

a) ¿Qué se entiende por deber de fidelidad? Doctrina y Jurisprudencia.

El tratadista don Alberto Brenes Córdoba define la fidelidad así: "La fidelidad se exige en resguardo de la honra y la tranquilidad doméstica e implica la obligación en que están, así el hombre como la mujer, de abstenerse de toda relación sexual fuera del matrimonio"⁵.

Carbonnier nos dice que la simple infidelidad moral "que serían manejos o intrigas amorosas", sin llegar a la relación sexual concreta sería causal de separación judicial como ofensas graves. Esta doctrina la cita Gerardo Trejos al transcribir en su libro: "Introducción al Derecho de Familia Costarricense", la siguiente resolución: N° 176. Juzgado sétimo Civil. San José, 8 hrs. del 3 de setiembre de 1975: "En realidad la forma de proceder de la demandada realizando actos que atentan contra la fidelidad que le impone el matrimonio para con su esposo, el andar paseando en taxi con otro hombre y presentándose con él en sitios públicos, dando la impresión de que son marido y mujer son actos afrentosos para el marido y de alto sentido ofensivo para su dignidad, lo que a su vez hace muy difícil la convivencia entre los cónyuges"⁶.

CAPÍTULO II

1) Análisis Histórico del Adulterio, en nuestra legislación:

Desde fines del siglo pasado hasta la vigencia del Código de Familia, nuestra legislación mantuvo como única parte culpable en la

⁴ Colín y Capitant. "Curso Elemental de Derecho Civil". Editorial Reus. Madrid. Tomo I., pág. 456.

⁵ Brenes Córdoba Alberto. "Tratado de las Personas". Edición III Editorial Costa Rica. 1974, pág. 158.

⁶ Trejos Gerardo. "Introducción al Derecho de Familia Costarricense". Ediciones Juricentro 1977. pág. 79.

causal de adulterio a la mujer, ésta era la única parte sancionada si quebrantada la fidelidad conyugal; quedando impune el adulterio del marido; éste era un tratamiento injusto por parte del Ordenamiento jurídico, ya que el deber de fidelidad nace del vínculo matrimonial y se impone a ambos cónyuges y no solamente a la mujer; para justificar semejante desigualdad de los cónyuges ante la ley, el legislador se apoyó en algunos argumentos que más adelante expondré.

a) El Adulterio en el Código de 1841: (Código de Carrillo).

Disponía que el hombre podía pedir el divorcio por el adulterio de la mujer, existía una desigualdad manifiesta; ya que este código establecía el deber de fidelidad tanto para el hombre como para la mujer, pero solamente era sancionado con el divorcio el quebrantamiento de la fidelidad de la mujer, además de perder los gananciales se establecía una sanción penal que consistía en prisión a opción del marido, la pena que se estableciera no podía exceder de seis años. Cuando era el hombre el que incumplía el deber de fidelidad no era sancionado de ninguna manera, para que el hombre fuera sancionado debía ser Concubinato Escandaloso.

b) Código de 1888: breve reseña sobre el adulterio según la regulación del Código Civil de 1888, artículo 80 (derogado por el Código de Familia vigente).

En dicha época hasta nuestros días la Iglesia Católica ha mantenido el principio de indisolubilidad del matrimonio, de modo que al plantearse la disolución del matrimonio por medio del divorcio, esta medida implicaba un enfrentamiento directo del poder civil con la Iglesia Católica.

Breve reseña sobre el adulterio según la regulación anterior del Código Civil 80 (derogado por el Código de Familia):

El artículo 80 del Código Civil de 1888, establecía las causales de divorcio, dicha enunciación al igual que ahora era taxativa.

"Artículo 80.—Será motivo para decretar el divorcio:

1. El adulterio de la mujer.
2. El concubinato escandaloso del marido".

1) *El Adulterio de la Mujer*: Nuestro Código de Familia, al igual que el artículo 80 (hoy derogado) del Código Civil no define lo que es el adulterio, únicamente se limitaba a decir que el adulterio de la mujer será causal de divorcio. Por lo que hay que precisar su significado: es el ayuntamiento carnal ilegítimo de uno de los cónyuges con persona distinta de su cónyuge. Es importante reiterar que el adulterio tiene dos elementos:

a) Elemento material: constituido por las relaciones sexuales con persona distinta del cónyuge.

b) Elemento intencional: que es la libre voluntad de realizar ese acto. Ambos elementos deben estar presentes para configurar la causal de adulterio.

El artículo 80 del Código Civil (derogado por el Código de Familia) se refiere únicamente al adulterio de la mujer, aún cuando es obligación de ambos esposos el guardarse fidelidad (como también lo disponía el artículo 73 del Código Civil —derogado—, actual artículo 34 del actual Código de Familia).

a) Justificación del trato desigual dado a la mujer en la regulación (artículo 80 Código Civil, ya derogado): El tratamiento injusto y desigual que se le daba a la mujer con respecto al adulterio, dejando impune el adulterio del hombre, pues para éste la causal era concubinato escandaloso, lo justificaban con el siguiente razonamiento: según el criterio imperante hasta hace poco, el adulterio cometido por la mujer era de mayor gravedad que el cometido por el hombre, pues como apunta el tratadista don Alberto Brenes Córdoba: "... a más de lesionar en alto grado la honra del esposo, puede ser causa de que se introduzca en su familia un hijo (extramatrimonial) extraño con cuya paternidad carga, encontrándose por consiguiente sujeto a todas las obligaciones que la calidad de padre lleva consigo"⁷.

Según este punto de vista el adulterio del marido es menos peligroso que el de la mujer, porque no levanta sospecha sobre la fijación de los hijos. Dicho argumento considero que no es válido por cuanto se trata de una violación al deber de fidelidad, cuyo cumplimiento no admite desigualdades, siendo como lo es un deber impuesto a ambos cónyuges, por lo que es indiferente que el adulterio lo cometa el hombre o la mujer.

Según la legislación anterior bastaba el simple adulterio de la mujer para que pudiera romperse el vínculo matrimonial, y sin embargo era necesario que el hombre incurriera en concubinato escandaloso para que pudiera disolverse el vínculo matrimonial.

"El adulterio de la mujer hasta la vigencia del Código de Astúa, era punible, artículo 292 de ese cuerpo de leyes, y no fue sino después de la emisión del actual Código Penal que se suprimió esa forma de penalidad de nuestra legislación"⁸.

b) ¿Cómo ha sido considerado el adulterio de la mujer a través de la Historia Universal? El adulterio de la mujer a través de la historia ha sido considerado como un delito, lo cual indica la gravedad del

⁷ Brenes Córdoba Alberto. "Tratado de las Personas". Edición III Editorial Costa Rica. San José 1974, pág. 159.

⁸ Allen Meneses, Bernal. "La Disolución del Vínculo Matrimonial". Tesis de Grado. Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. 1969, pág. 43.

asunto. En las legislaciones antiguas era castigado duramente; entre los hebreos la esposa infiel era castigada con la muerte por lapidación (apedreada). El código de Hamurabi: si la mujer y el cómplice eran descubiertos en adulterio eran unidos por un lazo y arrojados a un río, pudiendo el marido perdonar a su esposa; cuando la mujer era sorprendida en adulterio y era acusada del delito se le sometía a la prueba del agua.

En España y conforme al Fuero Real, los adúlteros eran entregados al marido ofendido para que dispusiera de ellos a su arbitrio pero no podía dar muerte a uno y dejar vivo al otro. En las legislaciones modernas hay menos severidad.

En Costa Rica el delito de adulterio fue abolido por suerte de la legislación penal.

2) *El concubinato escandaloso del marido* es la segunda causal del artículo 80 del Código Civil (derogado): el hombre comete concubinato escandaloso cuando vive maritalmente con otra mujer que no es su esposa, la legislación anterior le agregaba el calificativo de escandaloso, no se trataba de relaciones pasajeras, sino de relaciones estables. Si el marido vive maritalmente con otra mujer, le está causando perjuicio a su esposa y a sus hijos, por un lado está quebrando el deber de fidelidad con la esposa y a la vez les causa perjuicio a los hijos: económicos (marido adquiere nueva obligación), otro perjuicio que les causa es de índole sentimental ya que crea inseguridad, falta de armonía, desconfianza en el hogar.

El calificativo de escandaloso debe entenderse en el sentido de que sea del conocimiento de la sociedad, que vive maritalmente con otra mujer y que sea este hecho conocido por la sociedad, lo cual agrava el dolor moral y la vergüenza de la esposa burlada.

Dicha convivencia marital del marido con otra mujer debe ser del conocimiento público, características del concubinato según nuestra Jurisprudencia: notoriedad y el mal ejemplo. No requería que el marido viviera permanentemente con la otra mujer, bastaba con el notorio mal ejemplo de la irregular conducta del marido, que al trascender socialmente ofendía y menospreciaba la dignidad de la esposa. Demostrado esto era imperativo que los Tribunales decretaran la disolución del vínculo matrimonial.

CAPÍTULO III

1) *El Adulterio en Nuestro Código de Familia:*

a) El adulterio según el artículo 48, inc. 1) del Código de Familia:

Nuestro Código de Familia, no define lo que es el adulterio por lo que hay que recurrir a la doctrina. Según el tratadista Henri Capi-

tant es: "... el hecho de que una persona casada tenga voluntariamente relaciones sexuales con otra persona que no es su cónyuge. Este hecho constituye la violación del deber mutuo de fidelidad impuesto a los esposos... y por este motivo es causal perentoria de divorcio..."⁹.

El artículo 48 inc. 1) del Código de Familia dispone:

"Será motivo para decretar el divorcio:

1) El adulterio de cualquiera de los cónyuges;"

Con esta disposición se logró la equiparación de los cónyuges en cuanto a la equiparación del tratamiento por la violación al deber de fidelidad que deben los cónyuges guardarse. Según la regulación anterior para disolverse el vínculo matrimonial, el adulterio era únicamente causal para la mujer, no así para el hombre, ya que el adulterio del hombre tenía que ser más notorio, tenía que ser calificado de "concubinato escandaloso", para que operara como causal perentoria de divorcio. Como ya analicé en el capítulo anterior, el adulterio del hombre quedaba impune pues para disolver el vínculo existía otra causal en el artículo 80 Código Civil (derogado), el concubinato escandaloso del marido.

Esta equiparación de ambos cónyuges es aplicación del Principio Constitucional de Igualdad, artículo 33. "Todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana". (Constitución Política)¹⁰; es además fiel reflejo del artículo 2 del Código de Familia: igualdad de derechos y de deberes de los cónyuges.

Ahora se decretará el divorcio por el adulterio de cualquiera de los cónyuges, ya que ambos cometen la misma falta al violar el deber de fidelidad conyugal, este deber lo establece el Código de Familia en el artículo 34. "(Deberes de los esposos) ... Asimismo están obligados a respetarse, a guardarse fidelidad, y a socorrerse mutuamente..."¹¹. El Código de Familia con disposiciones como la de los artículos 34, 2, 48 inc. 1), procura la igualdad de los cónyuges en cuanto a los deberes y derechos que se originan en el matrimonio.

En este sentido nos dice el Dr. Víctor Pérez Vargas lo siguiente: "En materia de Divorcio la reforma consistió principalmente en la equiparación de los cónyuges, en especial en lo que se refiere al tratamiento jurídico de la infidelidad. En el sistema anterior la infide-

⁹ Capitant Henri. "Vocabulario Jurídico". Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1973, pág. 34.

¹⁰ Constitución Política de Costa Rica, (7 de noviembre de 1949). Imprenta Nacional. San José, Costa Rica. 1976, pág. 14.

¹¹ Código de Familia de Costa Rica. (Anotado y concordado por Gerardo Trejos y Carlos Manuel Arguedas). Editorial Costa Rica, San José. 1976, pág. 55.

lidad masculina que podía dar lugar a una solicitud de disolución del vínculo matrimonial tenía que configurarse como concubinato escandaloso, bastando, en cambio en el caso de la mujer, el adulterio. Actualmente: "será motivo para decretar el divorcio, el adulterio de cualquiera de los cónyuges". (Artículo 48 Código de Familia)¹².

2) La prueba del adulterio a la luz de nuestra Jurisprudencia:
a) Prueba Directa. b) Prueba Indirecta.

a) Prueba Directa: Reiteradamente nuestros Tribunales han venido diciendo, que la prueba directa del adulterio es poco menos que imposible, aunque no del todo, en este sentido la Sentencia de 16 hrs. del 5 de enero de 1950. I Sem., I Tomo: "Reiteradamente ha dicho esta Corte que el adulterio como acto ilícito que es y dada su naturaleza particular se lleva a cabo dentro del mayor sigilo, de ahí que no pueda exigirse corrientemente prueba directa del hecho, sino que la gravedad y precisión y concordancia de la indiciaria..., da base suficiente para tenerlo por consumado"¹³.

La relación sexual es un hecho que por su propia naturaleza se realiza en la intimidad, y es casi imposible que se realice en forma pública, por lo que es muy difícil probar el adulterio por medio de la prueba directa y más aún cuando una de las partes es casada, pues lógicamente oculta su infidelidad conyugal, por lo que la llevan a cabo dentro del mayor sigilo posible y precaución a fin de no ser descubiertos.

"... De tal forma que la prueba directa en los últimos veinticinco años o treinta años ha sido prácticamente imposible, tomando como directa aquella en que el hombre y la mujer son descubiertos en pleno acto sexual". Casación de 15 hrs., 29 de diciembre de 1948. II Sem., pág. 925.

También en este sentido de la Prueba Directa las siguientes Casaciones:

- a) "Rara vez existe prueba directa del adulterio y por lo mismo lo que se acredita generalmente son hechos de los cuales racionalmente se puede inducir que esa causal de divorcio es cierta". Casación N° 72 del 30 de julio de 1969. II Sem.
- b) "Pruebas directas sobre el adulterio, sólo las puede aportar, por ejemplo, el marido que hace seguir a la esposa infiel o que ha logrado situar a persona de su confianza dentro de la habitación a donde se supone llegarán los amantes, o que valido de otros

¹² Pérez Vargas, Víctor. "El Nuevo Derecho de Familia en Costa Rica". Editorial Universidad de Costa Rica. 1976, pág. 41.

¹³ Pérez Vargas, Víctor y otros. "Jurisprudencia Civil de la Sala de Casación 1950 - 1975". Editorial Universidad de Costa Rica. 1976, págs. 102-103.

arbitrios consigue testigos oculares de los hechos más íntimos que siempre se ocultan, por ser contrarios a la moral y a la ley e importen responsabilidades de alguna trascendencia". Casación N° 24, 2 de marzo de 1969. I Sem.

c) "Siendo el adulterio un acto ilícito que por su naturaleza particular se lleva a cabo dentro del mayor sigilo, no es posible corrientemente exigir prueba directa de ese hecho". Casación N° 54, II Sem. I Tomo, pág. 753. 1951.

b) *Prueba Indirecta*: Como hemos dicho el adulterio por sus características de intimidad se lleva a cabo dentro del mayor sigilo, razón por la cual es muy difícil obtener prueba directa del mismo. Por tal motivo nuestra Jurisprudencia ha sostenido lo siguiente: "... por regla general, hay que recurrir para la demostración del adulterio a la prueba presuntiva..." Casación N° 54 de las 16 hrs. del 30 de junio de 1955. I Sem. Tomo único pág. 563. Por lo que el Juez en base a ciertos indicios debe establecer dicha presunción, la cual debe tener base en indicios precisos, graves y concordantes en este sentido. Juzgado Séptimo Civil, sentencia N° 460, 15 hrs. del 23 de diciembre de 1975: "Los indicios deben ser precisos, graves y concordantes, no siendo éstos determinantes aisladamente. Así por ejemplo, la compañía de estudios no basta para configurar esta causal"¹⁴.

En los casos de adulterio forzosamente la relación sexual se opera privadamente por lo que el Juez debe obtener la convicción de la infidelidad de alguno de los cónyuges, por los indicios que resulten del conjunto de la prueba, así lo dispone la Casación N° 120 de las 15 hrs. del 12 de noviembre de 1965, II Sem. II Tomo, pág. 745.

Otros ejemplos más recientes de constatación del adulterio mediante prueba indiciaria se encuentran en la Jurisprudencia del Juzgado Séptimo Civil encargado de la materia: Familia sentencias: N° 457, 15 hrs., 18 de diciembre de 1975; N° 437, 10 hrs., 12 de diciembre de 1975; N° 435, 7 hrs., 30 minutos, de 15 de diciembre de 1975.

Algunos argumentos no válidos frente a la prueba indicaría que no logran quitarle valor a la misma son: la edad avanzada de uno de los sujetos, condición de abuela etc., así las siguientes sentencias de Casación: "... una diferencia de edad como la que se apunta, no hace inverosímil las relaciones aludidas y sí aceptables las presunciones a que llegó en el caso de estudio", Casación N° 118, 15 hrs. 30 m., del 11 de noviembre 1964, II Sem, II Tomo, pág. 947.

2) Casación N° 54, II Sem, I tomo, pág. 753. 1951: "... el hecho de que una mujer casada tenga alrededor de cincuenta años y sea hasta abuela no es argumento para negar la posibilidad de que cometa adulterio". Contraria a estos argumentos es la siguiente resolución del

¹⁴ Pérez Vargas, Víctor. "El Divorcio en Costa Rica". Instituto de Derecho Privado. Universidad de Costa Rica. 1976, pág. 25.

Juzgado Séptimo Civil, al sostener que es distinto si se trata de persona de edad más avanzada, resolución N° 423 de 10 hrs. 45 m. del 9 de diciembre de 1975: "... nótese que el demandado es persona de avanzada edad (70 años), circunstancia que hace presumir que las visitas que éste hacía a la casa de la señora "x", podrían tener cualquier otro objetivo, menos el de adulterio que esos testigos suponen llegaba a cometer dicho accionado".

Por lo anteriormente expuesto, los Tribunales ante la imposibilidad del conocimiento directo de los hechos, han tenido que admitir la existencia del adulterio por medio de la prueba indirecta ya sea ésta indiciaria, documental o de otro tipo. Es importante dejar dicho que por ser la prueba indirecta la que decide si se ha cometido o no adulterio, el Juez o los Jueces deben tener en cuenta las cualidades de las partes: actora y demandado como también la de los testigos.

Con respecto a la prueba del adulterio quiero hacer resaltar los siguientes puntos: no son suficientes las sospechas para tener por probado el adulterio, es por lo tanto necesario admitir como prueba suficiente las presunciones fundadas, claras y convincentes que se deduzcan de la concurrencia de ciertas circunstancias que racionalmente puedan llevar al Juez al pleno convencimiento de la configuración del adulterio. Ya que como hemos dicho muy raras veces se puede contar con prueba directa como lo es: los testigos presenciales que no suelen estar presentes cuando se lleva a cabo el adulterio.

3) Adulterio - Caducidad de la Acción:

a) Artículo 49 Código de Familia: "(Ejercicio de la acción de divorcio...): La acción de divorcio sólo puede establecerse por el cónyuge inocente, dentro de un año contado desde que tuvo conocimiento de los hechos que los motiven..."

El cónyuge legitimado para plantear la acción de divorcio es el cónyuge inocente; este artículo establece además el plazo de caducidad de un año, contado desde que el cónyuge inocente tiene noticias de los hechos que configuran la causal.

b) Jurisprudencia sobre este punto:

1) Adulterio-Acción-Caducidad. "Nuestra jurisprudencia ha repetido que el quebranto de la fidelidad conyugal mantiene en vigor la acción del cónyuge inocente, mientras no transcurra un año después de haber cesado semejante situación irregular." Casación N° 132 de 10 hrs., del 21 de diciembre 1955, II Sem, II Tomo, pág. 1006.

2) Caducidad de la Acción: "No se ha violado la norma relativa a que la acción de divorcio prescribe en un año contado desde que llegaron a noticia del ofendido los hechos que pudieran motivarlo si se rechaza dicha alegación con base en la declaración de los testigos, que

LEGISLACION COMPARADA

se refieren a hechos sucedidos recientemente, de manera que no ha transcurrido el plazo citado." Casación de las 15:45 hrs. del 16 de noviembre 1948, II Sem, Tomo único, pág. 769.

3) "No ha operado la caducidad de la acción de divorcio, si los hechos tenidos por ciertos ocurrieron en el mismo mes en que se estableció la correspondiente demanda." Casación N° 62, I Sem, II Tomo, pág. 971.

4) "No caduca la acción de divorcio, cuando la causal de adulterio ocurrida fuera del año ha continuado hasta el momento de presentada la demanda". Casación 10:45 hrs., 18 de agosto 1950, II Sem, I Tomo, pág. 722.

c) Diferencias entre prescripción y caducidad: el plazo de un año que establece el Código de Familia en su artículo 49, es un plazo de caducidad, sobre este punto Gerardo Trejos en su libro: "Introducción al Derecho de Familia Costarricense" cita la siguiente Casación de las 9:30 hrs. del 22 de marzo de 1946: la caducidad no debe confundirse con la prescripción, aunque entre ambas existen algunas semejanzas como la de que extinguen derechos, según lo establecen los artículos 105 y 126 Código Civil que corresponden a los artículos 73 y 95 del Código de Familia, se trata de la expiración "ipso iure" de un derecho no ejercido; la prescripción y la caducidad protegen un interés público, una vez transcurrido el plazo el derecho desaparece, se extingue irrevocablemente. Apunta Gerardo Trejos que una diferencia es que la prescripción abarca todos los derechos patrimoniales y que la caducidad por el contrario se refiere a derechos o facultades dirigidas a cambiar un estado o relación jurídica, se considera que la caducidad funciona como una medida de policía (Josserand), porque vienen a clarificar relaciones jurídicas, situaciones jurídicas que crean incertidumbre, o amenaza contrarias a la seguridad jurídica. Las facultades que afectan el estado civil de las personas están sometidas a plazos de caducidad y no de prescripción. La caducidad se aplica de oficio, la prescripción a petición de parte. El plazo de prescripción puede dejar de correr por las figuras jurídicas de la interrupción y de la suspensión, en cambio para que el término de caducidad se interrumpa es necesario el ejercicio concreto y específico de la acción, el único comportamiento que puede impedir que el término corra es el establecimiento de la demanda de divorcio dentro del año, que se cuenta a partir del momento que los hechos llegaron a conocimiento del cónyuge ofendido.

1) *Legislación de Francia:* El Código Civil francés admite el divorcio por causas determinadas, en base a tres concepciones del divorcio:

- 1) Divorcio-Sanción: únicamente admite como causas de divorcio aquellas faltas cometidas por un esposo contra el otro, en que se incumplan las obligaciones que se originan en el matrimonio.
- 2) Divorcio-Remedio: será causa de divorcio toda situación que haga intolerable la vida en común de los esposos, aunque sea por causas independientes de la voluntad de los esposos, como ejemplo: la enajenación mental de uno de los cónyuges.
- 3) El Código Civil Francés adopta un sistema intermedio; cuatro causas de divorcio: el adulterio; la condena de uno de los cónyuges; los excesos y sevicias; las injurias graves. Como se ve la causa del divorcio resulta de un hecho voluntario del autor.

El adulterio según el artículo 229 Código Civil Francés: "El marido podrá pedir el divorcio por causa de adulterio de su mujer".

Artículo 230: "La mujer podrá pedir el divorcio por causa de adulterio del marido". Según estas disposiciones la mujer y el hombre se encuentran en igual condición, la ley no hace diferencias, pero desgraciadamente en materia penal la desigualdad continúa, por cuanto los artículos 337 y 339 del Código Penal castigan con pena de prisión a la mujer adúltera, pero no se le castiga al marido adúltero penalmente, salvo que haya llevado a la concubina a la casa conyugal, y aún en este caso la sanción penal es una multa. Según nos comentan los autores Colin y Capitant en su libro Curso elemental de Derecho Civil.

2) *Legislación de El Salvador:* "Condiciones del adulterio de la mujer: Para que haya lugar a tal adulterio son necesarias dos condiciones:

- a) enlace sexual de la mujer con hombre que no sea su marido.
- b) que dicho enlace lo realice conscientemente, es decir, a sabiendas que está faltando a una de las obligaciones fundamentales del matrimonio, cual es la de guardarle fidelidad a su marido"¹⁵.

¹⁵ Guzmán Mauricio. "La Acción de Divorcio en la Ley Salvadoreña". Editorial San Salvador. El Salvador, C.A., pág. 53.

Continúa diciendo Mauricio Guzmán que para el adulterio masculino además de las condiciones generales de todo adulterio: cópula sexual y conciencia del hecho, para poder extinguir el vínculo del matrimonio, requiere las particularidades de abandono de la mujer o del escándalo público. Como se aprecia la ley salvadoreña hace distinciones entre los cónyuges frente al adulterio, claro está siendo la mujer la perjudicada con el tratamiento jurídico distinto que además de injustificado considero que es violatorio de la igualdad de los cónyuges.

3) *Legislación Argentina*: establece que el adulterio es base para declarar el divorcio cuando se comete por parte de cualquiera de los cónyuges. Pero este divorcio consiste en la separación personal de los esposos, ya que el vínculo matrimonial subsiste; por medio de la ley se estableció que se autoriza el matrimonio de los divorciados después de un año de haber ocurrido el divorcio y se declara disuelto el vínculo matrimonial (según nos comenta Cerdas Fernández, Amancio, en su tesis de grado: "Los Hechos Constitutivos del Adulterio a la Luz de la Jurisprudencia Costarricense").

En el Derecho Argentino para que el adulterio constituya causal suficiente para acoger la demanda requiere además del hecho material: la cópula, un elemento psicológico, es decir la intención deliberada de cometer adulterio en perjuicio del otro cónyuge. La ley establece que tanto comete adulterio el hombre como la mujer, pero en la realidad se le da mucho más trascendencia cuando el hecho lo comete la mujer. En este sentido nos dice el autor Luis Diego Barroetaveña (cita que hace Amancio Cerdas Fernández en la dicha tesis de grado): "Pero resulta indudable que reviste mucha mayor gravedad el que pueda consumar la esposa, no sólo porque la honestidad es norma de conducta sino también desde el punto de vista de la filiación que puede traer al seno del hogar lo que resulta de esas relaciones"¹⁶.

En Argentina el divorcio por adulterio es una sanción a la violación del deber de fidelidad, nacido del matrimonio, para que se configure la causal se requiere el elemento psicológico y sigue siendo considerado como un delito.

4) *Legislación de Colombia*: establece la no disolución del vínculo matrimonial, en Colombia lo que está siendo aplicado es el divorcio no vincular que equivale a la separación judicial nuestra, por lo que el deber de fidelidad se mantiene.

"Del Divorcio. Sus Causas y Efectos.

Parágrafo 1. Del Divorcio

Artículo 153.—El divorcio no disuelve el matrimonio pero suspende la vida en común de los casados.

¹⁶ Cerdas Fernández, Amancio. "Los Hechos Constitutivos del Adulterio a la Luz de la Jurisprudencia Costarricense". Tesis de grado. Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica. Pág. 14. 1975.

Parágrafo 2. Causas del Divorcio:

1. El adulterio de la mujer;
2. El amancebamiento del marido"¹⁷.

5) *Legislación de Venezuela*: El Código Civil de Venezuela establece los deberes de los cónyuges: vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse reciprocamente. Este código dispone que será causal de divorcio del adulterio de la mujer y para el hombre dispone como causal que mantenga concubina notoriamente o cuando haya concurso de circunstancias que constituyan injuria grave hacia la mujer.

La relación sexual de la esposa es siempre sancionada, mientras que la relación extraconyugal del hombre debe ser calificada en términos más o menos como los que utilizaba el anterior artículo 80 del Código Civil nuestro (artículo derogado por el Código de Familia: Concubinato Escandaloso).

6) *Legislación de México*: establece la igualdad de los cónyuges respecto a la causal de adulterio. Establece una diferencia en cuanto al término para plantear la acción en relación a nuestro plazo; en México el derecho de accionar es de seis meses, contados a partir del momento en que tuvo conocimiento de esos hechos. Se establece además que el cónyuge culpable no podrá contraer nupcias de nuevo hasta dos años después de dictada la sentencia.

En Colombia y Argentina lo que tienen es el divorcio no vincular, que viene a ser la Separación Judicial nuestra (esta aclaración en relación a los países aquí citados).

CONCLUSION

Para concluir este trabajo de investigación quiero hacer énfasis sobre algunos aspectos tratados en el mismo: el adulterio es el quebrantamiento de la fidelidad conyugal, uno de los deberes que nacen del matrimonio, al cónyuge (condición indispensable que siendo casado o casada tenga relaciones sexuales con persona distinta de su cónyuge) que viola este deber se le sanciona con el divorcio. El deber de fidelidad es quebrantado cuando el cónyuge tiene ayuntamiento carnal con un tercero que puede ser del mismo sexo (homosexualismo, lesbianismo) o de diferente sexo, (tesis sostenida por Gerardo Trejos. Nos dice este autor costarricense que no necesariamente debe realizarse la cópula.

¹⁷ Hinestroza, Fernando. "Derecho de Familia Colombiano". Compilación Legislativa. República de Colombia. Ministerio de Justicia. 1969, págs. 22-23.

Los elementos característicos del adulterio son: a) Constituir una violación o quebrantamiento del deber de fidelidad que impone el matrimonio a ambos cónyuges.

b) Se consuma mediante la relación sexual; c) se realiza entre personas de igual o diferente sexo de las cuales una de ellas al menos está ligada en matrimonio con otra persona, d) se realiza por el cónyuge con persona distinta de su legítimo consorte (acceso a tálamo ajeno); e) la persona que viola este deber (fidelidad), debe hacerlo con plena consciencia, ya que debe estar presente el elemento intencional para que se configure la causal de adulterio, porque si este elemento falta la persona no comete adulterio, ejemplo: el que padece de una enajenación mental temporal.

Con respecto a la prueba, como bien lo ha establecido la Jurisprudencia el adulterio como acto ilícito que es, se realiza en las sombras, en la clandestinidad, razón por la cual es casi imposible obtener prueba directa del hecho, por lo que se acude a la prueba indiciaria, también llamada indirecta, es decir se recurre a los indicios que deben ser claros, precisos y concordantes, de los cuales se deduzcan convincentemente, racionalmente que el adulterio se ha consumado.

La causal de adulterio se ubica dentro de las causales absolutas o perentorias que son aquellas que operan automáticamente una vez probada la causal, el Juez indefectiblemente debe decretar la disolución del vínculo matrimonial; en otras palabras el Juez no tiene facultad, ni discrecionalidad para valorar la causal, una vez que ésta ha sido probada.

La causal de adulterio se ubica dentro de la tesis de divorcio sanción, por cuanto la conducta antijurídica de uno de los cónyuges es sancionada con el divorcio por haber violado el deber de la fidelidad conyugal, originado en el matrimonio.

Por último quiero hacer énfasis en que considero que el Código de Familia vigente propugna la igualdad de los cónyuges ante la ley, hace esto posible equiparando la causal de adulterio igual para ambos cónyuges, este código les da un tratamiento igualitario, el artículo 48 inc. 1) de este cuerpo reza de la siguiente manera: "Será causal de divorcio el adulterio de los cónyuges", considero que esto es un gran acierto, por cuanto el deber de fidelidad se impone a ambos cónyuges, por lo que la infracción al mismo debe ser sancionado por igual.

Los anteriores legisladores tenían el criterio totalmente injusto de que el adulterio debía ser sancionado sólo en la mujer porque, ésta con su conducta ilícita podía introducir un extraño en la familia, éste es uno de los argumentos que emplearon para justificar lo injustificable.

Estos son los puntos del trabajo realizado, sobre los que quise hacer énfasis; espero haber cubierto los aspectos más importantes de este tema.



BIBLIOGRAFIA

- ALLEN MENESES, Bernal. "La Disolución del Vínculo Matrimonial". Tesis de Grado. Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. 1969.
- BRENES CORDOBA, Alberto. "Tratado de las Personas". Edición III. Editorial Costa Rica. San José. 1974.
- CAPITANT, Henri. "Vocabulario Jurídico". Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1973.
- CARBONNIER, Jean. "Derecho Civil". Tomo I. Librería Bosch. Barcelona. 1960.
- CARMONA, Enrique de. "El Adulterio". Ediciones y Publicaciones DUX S. A. 1955.
- CERDAS FERNANDEZ, Amancio. "Los Hechos Constitutivos del Adulterio a la Luz de la Jurisprudencia Costarricense". Tesis de Grado. Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. 1975.
- "Código de Familia". (Anotado y Concordado por Gerardo Trejos y Carlos Manuel Arguedas) Costa Rica. Editorial Costa Rica. San José. 1976.
- COLIN y CAPITANT. "Curso Elemental de Derecho Civil". Editorial Reus. Madrid. Tomo I. 1975.
- "Constitución Política de la República de Costa Rica". Imprenta Nacional de San José. Costa Rica. 1976.
- GUZMAN, Mauricio. "La Acción de Divorcio en la Ley Salvadoreña". Ministerio de Cultura. Editorial San Salvador. El Salvador, C. A. 1956.
- HINESTROSA, FERNANDO. "Derecho Colombiano de Familia". Compilación Legislativa. República de Colombia. Ministerio de Justicia. 1969.
- LINDO, Hugo. "El Divorcio en El Salvador". Editorial Universitaria. San Salvador. El Salvador. C. A. 1960.
- PEREZ VARGAS, Víctor. "El Divorcio en Costa Rica". Instituto de Derecho Privado. Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. 1976.
- PEREZ VARGAS, Víctor. "Orientaciones del Derecho de Familia Costarricense". Instituto de Derecho Privado. Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. 1975.
- PEREZ VARGAS, Víctor. "El Nuevo Derecho de Familia en Costa Rica". Editorial Universidad de Costa Rica. 1976.
- PEREZ VARGAS, Víctor y otros. "Jurisprudencia Civil de la Sala de Casación 1950 1975". Editorial Universidad de Costa Rica. 1976.
- Revista Judicial N° 5. Jurisprudencia. Corte Suprema de Justicia Setiembre 1977.
- TREJOS, Gerardo. "Introducción de Derecho de Familia Costarricense". Ediciones Juricentro S. A. 1977.

Dr. Gerardo Bolaños
Asesor Parlamentario,
Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa

1. LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 77 DEL
REGLAMENTO LEGISLATIVO Y DE OTRAS
DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS

Existe un indudable roce entre el artículo 119 de la Constitución Política y el artículo 77 del Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa¹. En efecto, el artículo 119 de la Carta Magna dispone que las resoluciones se tomarán por *mayoría absoluta de votos presentes*, es decir, la mitad más uno, excepto (*únicamente*) en los casos en que la Constitución (*y no el Reglamento*), prescribe una votación mayor².

A pesar de lo anterior, el Reglamento ha venido a establecer, violando abiertamente la Constitución, mayorías calificadas para tomar ciertas resoluciones para las cuales la Constitución Política no exige votación especial. Así, por ejemplo, son inconstitucionales, a juicio nuestro, el artículo 10 del Reglamento, que exige dos tercios de los diputados presentes para la alteración de la orden del día en Comisión; el artículo 17, en la medida en que la Constitución exige 38 votos únicamente para el cambio de lugar de sesiones, pero no para el cambio de hora; el 54 inciso 5), que exige dos tercios de los diputados presentes para la alteración de la orden del día en el Plenario; el 54 inciso 6) que exige dos tercios de los diputados presentes para la posposición de un asunto incluido en la orden del día; el 54 inciso 7) exige dos tercios de los diputados presentes para retrotraer un asunto a primer debate.

En todos los casos antes citados el Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa debió exigir mayoría absoluta, es decir, mayoría absoluta de votos presentes, y no el número de votos previsto en las disposiciones citadas.

¹ Estos estudios fueron realizados dentro de nuestras funciones como Asesor del Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa. Los breves dictámenes que llevan los números 1 y 2 fueron elaborados para responder a una consulta del Presidente de la Asamblea Legislativa, Lic. Rodrigo Madrigal Nieto; el estudio N° 3 fue elaborado en respuesta a una consulta del entonces diputado Arnoldo Ferreto Segura; y el último, es decir, el que lleva N° 4, para contestar una consulta del diputado Lic. Gerardo Bolaños.

² Ellos son: Art. 140 inc. 4); 117; 121 inc. 9); 167; 97; 195 inc. 4); 140 inc. 4); 193 inc. 7); 121 inc. 24); 121 inc. 21); 121 inc. 15); 188 inc. 3); 168; 46, 156, 45; 121 inc. 22); 183; 97; 121 inc. 7); y 114 de la Constitución Política.

2. *DISTINCION ENTRE REFORMA E INAPLICABILIDAD DEL REGLAMENTO*

Por otro lado, de la relación del artículo 121 inciso 22) de la Constitución Política, en relación con el artículo 124 de la misma Carta, se desprende que las reformas al Reglamento, para ser eficaces, necesitan ser publicadas en el Diario Oficial. Esta exigencia se aplica únicamente a las verdaderas reformas al Reglamento, es decir, aquellas propuestas que tienden a modificar de modo permanente el Reglamento y no a las decisiones que aprueba corrientemente la Asamblea Legislativa, según práctica constitucional, a efecto de que *no se aplique* tal o cual disposición del Reglamento, "en un caso determinado" a tal o cual moción o proyecto de ley. Estas últimas decisiones de la Asamblea Legislativa no constituyen propiamente una reforma al Reglamento, aun cuando erróneamente reciban esa denominación, puesto que no vienen a sustituir una disposición del Reglamento por otra diferente, sino que, por el contrario, como queda dicho, tienden únicamente a que, *para un caso concreto*, deje de aplicarse una disposición del Reglamento. Por constituir una excepción al procedimiento legislativo establecido por el Reglamento se requiere, para su aprobación, dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea.

3. *EL VALOR JURIDICO DE LA EXPOSICION DE MOTIVOS DE UN PROYECTO DE LEY*

Las normas que regulan el procedimiento legislativo en Costa Rica no hacen referencia, en modo alguno, al valor jurídico que tenga o pueda tener la exposición de motivos de un proyecto de ley. El Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa³ no hace la menor mención a la exposición de motivos. El artículo 33 del citado Reglamento dispone únicamente que todo proyecto de ley "deberá presentarse por escrito, a doble espacio, ante la Secretaría o la Dirección Ejecutiva de la Asamblea, acompañado de dieciséis copias

³ El Reglamento Parlamentario se denomina en Costa Rica Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa. Existe una prolongada discusión acerca de la naturaleza jurídica del Reglamento Parlamentario, y, como bien señala Carlos Arguedas, "el carácter sui generis de este acto normativo queda un tanto oscurecido por la denominación con que se le conoce (la de expresión que suele emplearse para designar los actos a los que se refiere la formación de normas jurídicas de eficacia inferior a la ley. Ello no obstante, el tal Reglamento sólo es inferior a la Constitución, pero no a la Ley, ya que no importa la calidad de ésta, su tramitación se conforma y subordina a la autoridad de aquél. Además, la peculiar denominación que adoptó la Asamblea (Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior), patentiza la circunstancia de que éste no se refiera solamente al procedimiento legislativo, en sentido estricto: regula, en general, el procedimiento parlamentario, noción ésta comprensiva, aparte de la función legislativa, de las restantes funciones de la Asamblea". Vid. "La iniciativa en la formación de la Ley". Editorial Juricentro, San José, C.R., 1978. p. 80.

y firmado por el Diputado o los Diputados que lo inicien o lo acojan; o por el Ministro de Gobierno correspondiente cuando el proyecto sea de iniciativa del Poder Ejecutivo". El Reglamento *no exige*, por consiguiente, para la presentación de un proyecto de ley, que éste venga acompañado de una exposición de motivos.

Ante todo, es preciso definir qué es la exposición de motivos en sentido propio y distinguirla de los dictámenes y de los antecedentes o materiales legislativos, ya que algunos autores (Messineo, por ejemplo)⁴ no hacen tal diferencia.

La exposición de motivos puede ser definida como un preámbulo que (por costumbre inveterada), generalmente acompaña todo proyecto de ley. La misma debe llenar de manera inmediata una importante finalidad: permitir a los legisladores conocer de la manera más breve pero exacta posibles, los propósitos que mueven a su presentación (del proyecto), qué situaciones regula, con qué efectos (materiales) se supone que las normas causarán; qué impacto tienen las normas en el ordenamiento vigente (cosa que, además, deberá ponerse de manifiesto en el articulado).

A diferencia de lo que acontece en la exposición de motivos, el Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior sí hace referencia, en algunas de sus disposiciones, al Dictamen que deben rendir las comisiones legislativas (artículos 36 y 37)⁵.

Sin embargo, ni la doctrina ni la legislación definen qué es un dictamen.

El Dictamen puede ser definido como la expresión escrita del resultado del examen que ha hecho una Comisión legislativa (contentivo de sus conclusiones y recomendaciones), del texto de un proyecto que ha sido sometido a su conocimiento. La Comisión deberá recomendar, junto con su Dictamen, la aprobación o el rechazo del proyecto de ley y al texto de éste deberán incorporarse las conclusiones y recomendaciones de la Comisión.

Los antecedentes o materiales legislativos pueden estar constituidos por las actas de la Comisión que ha preparado el texto del proyecto de ley, o bien por los escritos, memoriales y observaciones que las instituciones oficiales o las personas privadas han hecho llegar a los encargados de preparar el texto del proyecto de ley o a la Comisión encargada de estudiarlo.

⁴ Vid. Messineo, Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo I, pág. 103.

⁵ El artículo 36 del Reglamento se refiere al Dictamen en los siguientes términos: "Si el Director Administrativo sólo hubiera entregado a la Secretaría, un Dictamen o informe, de mayoría o de minoría, éste se publicará en el Diario Oficial...". Por su parte el artículo 37 expresa que "Cada proyecto de ley que recomiende una Comisión deberá hacer referencia en sus considerandos, al número y fecha del Diario Oficial en el cual se publicó el proyecto original respectivo. Si no ha sido publicado debe indicarse así". Obsérvese que las citadas disposiciones utilizan tres expresiones diferentes para referirse al Dictamen: Dictamen, Informe y Considerandos.

La exposición de motivos (y lo mismo puede decirse de los trabajos preparatorios y del texto de un dictamen legislativo) no vincula imperativamente al intérprete de la ley, sin perjuicio de que sea grande su autoridad, que la doctrina reconoce sin dificultad⁶ en cuanto elemento interpretativo orientador, pero no determinante, del sentido que debe darse al texto legal, texto exclusivamente constituido por la parte dispositiva de la norma, a partir de las palabras "dispone", "decreta", "deróganse", "modifícanse" u otras similares.

El legislador aprueba un texto, y no una determinada interpretación del mismo. Por tal razón las representaciones que sobre la norma se hagan los autores de la ley en la exposición de motivos no vinculan al juez, ni a la administración, puesto que no se convierten en parte del contenido de la orden dictada por el legislador, es decir, no forman parte de la ley, lo que no obsta, como ya expresamos, para que se les conceda un notable *valor interpretativo* como instrumento, junto con otros documentos relativos al debate, para la hermenéutica legislativa, esto es, para la aplicación e interpretación de la ley.

La eficacia jurídica de la exposición de motivos no es idéntica a la denominada "parte dispositiva de la norma" ni tiene análoga fuerza vinculante para particulares y funcionarios. Por esta razón, justamente, es inadmisibles un recurso de casación por violación del texto de la exposición de motivos.

En resumen, como ya señalamos, la exposición de motivos sirve solamente para orientar a los Tribunales de Justicia y a la Administración y a los administrados, en la interpretación de la ley, al igual que los dictámenes de las Comisiones legislativas, careciendo ambos de fuerza vinculante.

4. VOTACION REQUERIDA PARA QUE EL PLENARIO DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA SE CONVIERTA EN COMISION GENERAL PARA ENMENDAR UN PROYECTO DE LEY

No señala expresamente el Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa qué votación (es decir, cuántos votos) se requiere para que la Asamblea se convierta en Comisión General y conozca, en *primer debate*, de mociones (propuestas o peticiones) para modificar o completar un proyecto. En efecto, los artículos 43, 56 y 75 inciso c) del Reglamento, que regulan la facultad que tiene la Asamblea de convertirse en Comisión General, guardan silencio sobre este particular.

Sin embargo, la concordancia y armonía que debe exigirse en la interpretación de las normas, permite concluir que la Asamblea puede

⁶ Vid. de Castro, Derecho Civil de España. I Madrid 1949, pág. 472.

convertirse en Comisión General únicamente cuando se apruebe una moción en este sentido mediante dos tercios de los votos de la totalidad de los miembros de la Asamblea. Ello, en virtud de las siguientes consideraciones⁷.

Las Comisiones Permanentes son el órgano donde normalmente se lleva a cabo el análisis y discusión de los proyectos de ley. Estas Comisiones a quienes el Reglamento (Vid. art. 31 d) ha encomendado la tarea de discutir las propuestas o peticiones (mociones) que *modifican o completan* los proyectos de ley, son órganos esenciales para la actividad legislativa, puesto que, en principio, el Plenario sólo discute los proyectos o proposiciones que han sido previamente estudiadas en Comisión. Un diputado puede presentar en el Plenario una *moción nueva*, es decir, una propuesta que no fue presentada ni discutida en Comisión. Pero ello implica apartarse de las reglas normales del procedimiento legislativo y conlleva, por consiguiente, la *suspensión o inaplicación singular del Reglamento*⁸. Será preciso entonces aplicar el artículo 101, que estipula que toda reforma total o parcial del Reglamento, así como la interpretación de cualquiera de sus disposiciones, requiere para ser aprobada, los votos de los dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa.

Obsérvese, sin embargo, que una vez que el Plenario se ha convertido en Comisión General, mediante el voto de los dos tercios de sus miembros, las mociones que se discutan sobre el fondo del proyecto requieren, para ser aprobadas, a juicio nuestro, de *mayoría absoluta*, y no mayoría calificada de dos tercios, puesto que al convertirse el Plenario en Comisión General debe aplicar la regla general establecida en el artículo 77 del Reglamento y 119 de la Constitución que sienta el principio según el cual las resoluciones de la Asamblea se tomarán por *mayoría absoluta de votos presentes* (es decir, la mitad más uno), excepto en los casos en que la Constitución Política exija una votación mayor.

Existe, sin embargo, un caso en que la Asamblea Legislativa por mayoría absoluta de los votos presentes, es decir, sin requerir los dos tercios de sus miembros, debe convertirse en Comisión General. Tal situación está contemplada en el numeral 43 del Reglamento cuando afirma que si en una Comisión es rechazada una moción de fondo, presentada a tiempo, el Diputado proponente tiene el derecho de volver a presentarla a la Asamblea en Primer Debate, si ésta se constituye en Comisión General con ese efecto, a solicitud del mismo diputado. Es

⁷ Aparte de que existen numerosos precedentes legislativos en esta materia. Vid. entre otros, Acta de la sesión ordinaria N° 73 de 30 de octubre de 1972, pág. 7, donde el Presidente de la Asamblea afirma: "La moción para convertir a la Asamblea en Comisión General requiere 38 votos para su aprobación". Se trataba, en este caso, de una propuesta nueva, es decir, de una propuesta que no había sido conocida en Comisión.

⁸ En este caso la Asamblea reforma, para la oportunidad, el párrafo 2 del artículo 34 que expresa que los diputados podrán presentar mociones de fondo (únicamente) en la Comisión respectiva.

decir, el hecho de que una moción haya sido presentada y discutida y rechazada en Comisión crea en su favor un *privilegio*: el privilegio de ser nuevamente discutida en el Plenario. Este es el sentido del artículo 43. Si no se interpreta de esta manera no vemos qué función desempeña en el Reglamento el artículo 43, desde que alguna diferencia tiene que existir entre las *mociones nuevas* y las *mociones presentadas en Comisión*, puesto que a éstas se refiere de modo particular el artículo 43.

Un precedente importante apoya esta interpretación. En efecto, en la sesión ordinaria N° 4 de 6 de mayo de 1970 el Presidente de la Asamblea expresó: "El proyecto sale de Comisión acompañado de un informe, lo que antes se llamaba dictamen; este informe viene acompañando al proyecto en definitiva, tal como queda aprobado en Comisión. El Primer Debate, como se ha acostumbrado siempre y esto no es cosa nueva, es para discutir mociones rechazadas en Comisión, que *pueden entrar a debate por simple mayoría en el Plenario...*".

En conclusión: A juicio nuestro, para convertir el Plenario en Comisión General se requerirá de mayoría calificada (dos tercios) o de mayoría absoluta (la mitad más uno) según se trate o de una *moción nueva* o de la *reiteración de una moción* presentada y rechazada en Comisión. En el primer caso (moción nueva), se requieren dos tercios, puesto que implica, dicho está, la suspensión o inaplicación singular, es decir, para un caso concreto, del Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina de la Asamblea, desde que el Parlamento entrará a conocer de una propuesta que no ha seguido el procedimiento legislativo ordinario (presentación y discusión previa en Comisión según dispone el artículo 34, antes de ser elevado al Plenario el Proyecto de ley); en el segundo caso (reiteración de una moción presentada y rechazada en Comisión), la Asamblea se convertirá en Comisión General *mediante mayoría absoluta*, desde que se trata de convertir a la Asamblea en Comisión General, *sin necesidad de suspender o inaplicar* el Reglamento, puesto que la Asamblea entrará a conocer de una moción que se ajustó al procedimiento legislativo ordinario y acató lo dispuesto en el artículo 34, párrafo segundo del Reglamento que expresa que los diputados podrán presentar (únicamente) mociones de fondo en la Comisión respectiva⁹.

⁹ Cabe señalar, finalmente, que un día después de redactado este trabajo, en la sesión ordinaria N° 40 de 13 de julio de 1978, el actual Presidente de la Asamblea Legislativa, Licenciado Rodrigo Madrigal Nieto, expresó lo siguiente: "Me ha parecido que lo correcto es que el artículo 43 (del Reglamento) debe verse ligado al artículo 119 de la Constitución. En consecuencia, debe ser por simple mayoría en aquellos casos en que la moción ha sido rechazada en la Comisión. Si esa moción viene sin enmiendas, o sea que no se pueda conceptuar moción nueva, es por simple mayoría; si fuera rayada o se presentara una moción nueva, que fue el primer caso que ayer analizamos, requiere los treinta y ocho votos" (sic).

EN TORNO AL CONCEPTO DE LA INTERPRETACION LITERAL

(Dificultades para su delimitación)

Dr. Enrique P. HABA

Profesor de Filosofía del Derecho.
Universidad de Costa Rica.

Investigador honorario de la
Alexander von Humboldt-Stiftung

SUMARIO: I Introducción. II. Noción primaria. III. Método gramatical y método semántico. IV. Dificultades: sentido literal "puro" y sentido literal "combinado"; aplicación literal y subsunción. V. Dificultades: sentido objetivo y sentido subjetivo; pluralidad de interpretaciones literales; elementos del sentido literal y fronteras del mismo. VI. ¿Pero existe una interpretación propiamente literal? VII. Una definición. VIII. La interpretación "lógica". IX. Criterios literales y criterios extra-literales. X. Relaciones entre la interpretación literal y otros medios interpretativos. XI. El carácter decisivo de factores extra-lingüísticos. XII. Conclusiones. Apéndice.

I. INTRODUCCION

A los ojos de un positivismo jurídico ingenuo¹, parece claro y simple: "lo dice la ley"... ¡y con eso basta! De un lado, el derecho "estricto"; del otro, cualquier otro género de soluciones. Todo sería fácil, una alternativa muy simple. *Tertium non datur*. Al jurista, en cuanto tal, no habría de quedarle otro camino —se piensa— que el de optar, lisa y llanamente, por la primera de estas dos clases de soluciones.

¿Y si a ese positivista le preguntáramos cómo se hace para saber lo que la Ley "dice"? Probablemente nos respondería, luego de asombrarse un poco por nuestra pregunta, que ello surge en forma obvia de los términos mismos en que la ley está formulada; esto al menos para la generalidad de los casos, es decir, salvo para aquellos, más bien "excepcionales", en que se ponen de manifiesto "lagunas" de los materiales positivos. Por lo tanto, en las situaciones corrientes no cabrían dificultades para conseguir una comprensión unívoca de lo que exponen los preceptos del Derecho escrito. Una interpretación literal de los textos legales (o constitucionales, reglamentarios, etc.)² bastaría, pues, para saber a qué atenerse, generalmente.

Aunque tales puntos de vista están lejos de ser inatacables, por nuestra parte no hemos de interrogarnos, aquí, sobre la cuestión de saber si la interpretación literal suele alcanzar para aprehender por sí sola el sentido de las leyes. Lo que nos interesa examinar sobre todo es un problema previo.

El planteamiento del positivismo jurídico ingenuo presupone —ése es el punto que cuestionaremos— que la interpretación literal no da lugar, en sí misma, a mayores problemas. Mediante dicho procedimiento,

¹ No todo positivismo jurídico es "ingenuo", por supuesto. Basta con pensar en autores como Kelsen, Bobbio, Hart, etc., para apreciar que también una visión agudamente crítica del quehacer jurídico puede ser encarada desde ángulos positivistas. Pero el positivismo que subyace a la manera de pensar de la mayoría de los juristas prácticos, en cambio, bien podemos calificarlo de ingenuo: ellos no llegan a tematizar verdaderamente sus modos habituales de pensar, ignoran problemas de fondo que ese pensamiento plantea en cuanto se somete a análisis sus criterios básicos y sus límites. El presente artículo intenta llamar la atención sobre dicha insuficiencia, en lo que se refiere a la interpretación literal.

² Para simplificar, emplearemos la palabra "ley" en un sentido muy amplio: la referiremos a cualquier tipo de disposiciones del Derecho escrito.

frente a un texto dado, cualquier intérprete — todos los juristas o al menos la amplia mayoría de ellos— debería arribar al mismo resultado. Para cada texto jurídico no existiría sino la posibilidad de una sola interpretación literal. Y eso tendría que significar también, por otro lado, que tal manera de interpretar admite una clara delimitación con respecto a cualesquiera otras, o sea, que ella constituye un modo específico de aprehender el contenido de las disposiciones jurídicas.

Ambos extremos (univocidad, especificidad) deben dar por supuesto, así sea implícitamente, la posibilidad de una noción lo bastante neta y diferencial de tales procedimientos. Tendría que ser viable, pues, explicitar un concepto, relativamente preciso, capaz de indicar qué debemos hacer para interpretar literalmente y cuáles son los límites de tal interpretación. Es decir, un concepto que sirva de base para que, aplicándolo, cualquier jurista, al proceder a interpretar "literalmente", llegue a los mismos resultados normativos que sus colegas dispuestos a hacer otro tanto. Ahora bien, es acerca de la posibilidad de determinar un concepto semejante que serán planteadas dudas a lo largo del presente artículo.

Como veremos, el punto ofrece dificultades bastante mayores de lo que el positivista ingenuo se imagina. Hemos de examinar distintos intentos que teóricos del Derecho han presentado para alcanzar una delimitación satisfactoria de lo que es interpretación "literal" o "gramatical" (ambos términos serán utilizados aquí como sinónimos, siguiendo en esto a la generalidad de la doctrina); mas daremos también cuenta de críticas que se relacionan con esos intentos. Y nuestras conclusiones fundamentales serán que, a diferencia de lo que implícitamente da por admitido el positivismo ingenuo, la interpretación literal-gramatical puede: (a) ser llevada a cabo con orientaciones diferentes, o sea, que su concepto no basta para asegurar univocidad en la aplicación de la misma; y (b) que la elección entre dichas orientaciones depende de factores extra-literales.

Para justificar tales conclusiones será necesario efectuar el recuento de una cierta variedad de puntos de vista que han sido manejados en el seno de la doctrina del Derecho. Aunque esto pueda resultar algo fatigante, es la manera de alcanzar a mostrar, mediante esa serie de sucesivas aproximaciones al concepto de método literal-gramatical³, hasta qué punto se hace difícil lograr una delimitación satisfactoria del mismo.

³ La palabra "método" será empleada aquí en su sentido más amplio, de acuerdo a como suelen hacerlo los juristas:

"Por método jurídico, el jurista entiende toda técnica de acercamiento al fenómeno jurídico en su realidad histórica, humana y social, y además la técnica de interpretación del derecho" (Brimo, pág. 217).

En este sentido amplio, puede llamarse "método" a todo procedimiento interpretativo aplicado a la intelección de las leyes.

Nuestra indagación seguirá el trayecto siguiente. Como punto de partida recogeremos una noción primaria de la interpretación literal, tal cual ella aparece con frecuencia definida en estudios de Derecho (II). Partiendo de dicha hipótesis inicial de trabajo trataremos luego de ir afinando el análisis. Comenzaremos indicando un intento — poco trascendente, a nuestro juicio— de distinguir entre método gramatical y método semántico en la interpretación jurídica (III). Después, buscando precisar mejor el alcance de la interpretación literal, señalaremos dificultades que resultan de la diferencia entre un sentido literal "puro" y un sentido literal "combinado", así como de la necesidad de establecer los límites que tiene la aplicación literal dentro del proceso global de la subsunción (IV). Otras dificultades tienen que ver con el hecho de que, aun cuando se entienda que el método gramatical implica una interpretación de carácter objetivo, el mismo texto puede llegar a admitir pluralidad de interpretaciones literales, todas ellas "objetivas" (V). Pero a esa altura del examen cabrá preguntarse si, al fin y al cabo, no sería más adecuado concluir que no existe ninguna interpretación propiamente literal (VI). Considerando, no obstante, que la interpretación gramatical presenta ciertos rasgos típicos, nos decidiremos a recoger una definición que, sin perjuicio de ser elástica, se adecúa a la experiencia jurídica existente en esta materia (VII). Al proseguir el análisis trataremos de ver en qué se distinguirá una interpretación literal así concebida, frente a otros tipos de interpretación, en particular con respecto a la llamada "interpretación lógica" (VIII); y en general nos preguntaremos cuáles son las relaciones entre aquella y los procedimientos que no son calificados de propiamente "literales" (IX-X). En función de todo lo explicado arribaremos a la conclusión, finalmente, de que la interpretación literal-gramatical desempeña, como figura de la argumentación jurídica, el papel de un punto de partida y de límite para la determinación del sentido de textos del Derecho positivo; pero esto de modo tal que las modalidades de dicha forma de interpretar y el alcance que a ella se le otorgue dependen, en definitiva, de factores extra-lingüísticos (XI-XII).

La finalidad de este trabajo es, más que nada, la de llamar la atención sobre dificultades. No se me oculta que el camino programado, para ponerlas de manifiesto, será un tanto engorroso y a veces reiterativo. Pero confío en que si el lector tiene la paciencia de seguirlo, ello ha de mostrarle que la interpretación literal es cosa menos sencilla de lo que a primera vista puede parecer. Los juristas no siempre se han dado cuenta de eso.

II. NOCIÓN PRIMARIA

Engisch (p. 105) señala que en el campo de la interpretación jurídica se da una división básica. La significación de los textos legales puede ser determinada de dos maneras: sea por medio de una inter-

pretación que se conforme al "sentido propio de las palabras" (*Wortsinn*), sea por intermedio de una interpretación que busca un sentido que se indagará de cualquier otra manera. La primera de estas dos vías constituye, en su opinión, la interpretación gramatical.

Aceptemos esa distinción como punto de partida. Pero sería necesario precisarla en mayor grado. ¿Qué quiere decir, aquí, "el sentido de las palabras"? ¿Y cómo sería posible determinarlo en cada caso? He ahí los problemas claves. Veremos que los autores no han conseguido, en general, resolverlos de modo muy satisfactorio.

Al parecer, fue Savigny el primero en proponer una distinción neta entre el "elemento" gramatical y otros tres "elementos": el lógico, el histórico y el sistemático⁴. Consideraba que el "elemento gramatical" se refiere a las palabras por medio de las cuales el legislador transmite su pensamiento al pensamiento del intérprete; este último debería, en consecuencia, tratar de exponer las reglas de lenguaje que fueron aplicadas por aquél⁵.

Definiciones inspiradas en las ideas de Savigny aparecen con frecuencia recogidas luego por numerosos autores. La que presentan Aubry y Rau, por ejemplo, puede considerarse típica:

*"Se llama comunmente interpretación gramatical a aquella que se aboca a determinar el verdadero sentido de un texto oscuro o incompleto, sirviéndose para ello de los usos del lenguaje o de las reglas de la sintaxis"*⁶.

⁴ Sin embargo, Wurzel (cap. II/4, pág. 22 s.) considera que Savigny ha abandonado luego esta clasificación, propuesta en el n° 33 (Interpretación de leyes aisladas) de su Sistema del Derecho Romano actual; ya que en el n° 35 (Interpretación de leyes defectuosas) de esta obra, presenta como medios interpretativos:

"1. contexto interno de la legislación; 2. relación de la ley con su fundamento; 3. valor intrínseco (?) del contenido logrado por medio de la interpretación. El primer medio corresponde al momento sistemático, el último (tercero) carece de toda determinación desde el punto de vista científico", y el segundo se refiere al "fundamento de la ley (ratio)" (Wurzel, pág. 23).

Véase también Savigny (a), pág. 23 ss. (en donde el autor señala que la interpretación debe ser a la vez "universal" e "individual") y 35 ss. (en donde examina más de cerca el trabajo "sistemático" de la ciencia del derecho: evolución de los conceptos —pág. 37 s.—, ordenamiento de las proposiciones jurídicas —pág. 39—, interpretaciones extensiva y restrictiva —pág. 39 ss.—).

⁵ "El elemento gramatical de la interpretación tiene a la palabra por objeto, la cual permite pasar del pensamiento del legislador a nuestro pensamiento. Ese elemento consiste, por ende, en exponer las reglas de lenguaje aplicadas por el legislador" (Savigny, n° 33, p. 213-214).

⁶ En el mismo sentido véase, p. ej.: Fabreguettes, p. 380 (ese pasaje se encuentra reproducido más abajo, aquí, al comienzo del Apéndice).

Cabe señalar, sin embargo, que si se acepta un concepto amplio del término "interpretación", no sería imprescindible que el texto fuera "oscuro o incompleto" para que haya necesidad de interpretarlo. En efecto, si por "interpretación" se entiende toda determinación del sentido de un texto, es obvio que todo texto requiere una interpretación en el momento de ser entendido. Dicho de otro modo: el texto, en sí mismo, no es más que el signo de uno o más sentidos intelectivos posibles; y la interpretación consiste justamente en el hecho de determinar, a partir de aquellos signos, cuáles son, en general o en cada caso, los sentidos pertinentes. Si no hay interpretación, el texto no es capaz de decirnos nada, dado que él, en sí mismo, no constituye otra cosa que un conjunto de formas gráficas⁷. En consecuencia, la interpretación literal podrá en principio ser aplicable a cualesquiera textos legales, o sea, inclusive —y acaso más que nada— a disposiciones cuya letra se considere "clara"⁸.

III. METODO GRAMATICAL Y METODO SEMANTICO

Aubry y Rau, del mismo modo que otros autores, acoplaban la referencia a los aspectos gramaticales ("sintaxis") y semánticos ("usos del lenguaje"), cuando caracterizaban lo que es la interpretación literal. Ahora bien, se podría preguntar si ambos aspectos son igualmente decisivos en el marco de este tipo de interpretación. Un autor argentino, Cipriano, lo ha puesto en duda y ha insistido, en cambio, sobre la necesidad de distinguir de manera neta entre esas dos vías. Su tesis es que de ninguna manera se debe confundir los métodos gramaticales con los semánticos. Señala que no se puede jamás prescindir de las reglas gramaticales al interpretar, aun cuando sea sí posible, en su caso, dejar de lado el sentido —semántico— de tales o cuales palabras.

Cipriano insiste en hacernos recordar que la gramática y la semántica forman parte, ambas, de la lingüística. Pero mientras que la primera se ocupa de la estructura —forma— de la lengua (posibles combinaciones de las palabras, puntuación, etc.), la segunda se refiere al sentido mismo —contenido— de los términos. Cada disciplina establece, para cierto tipo de casos, su propia semántica. En cambio, existe una sola gramática, la que es general para todas las disciplinas que utilizan el lenguaje común como base: no hay una gramática específicamente jurídica, una gramática de la medicina, etc.

⁷ Véase Haba, n° 1-2.

⁸ Es lo que, por ejemplo, dice precisamente Gény (n° 14). Hablando de los casos en que la ley es "clara", expresa:

"el papel del intérprete se reduce, aproximadamente, a otorgarle al texto todo el alcance que comporta su fórmula. Y entonces se dice que la interpretación permanece esencialmente gramatical o literal, porque, en efecto, no se supone que el legislador, para expresar su pensamiento, se aparte de las reglas normales y usuales de la lengua" (t. I, p. 31).

Es posible, claro está, llegar a alterar el sentido de un precepto jurídico. Pero inclusive en tal hipótesis sería necesario recurrir a la gramática común. El método "gramatical" está presente de modo constante en el proceso de la interpretación, aunque se halle complementado por uno o varios métodos de otra naturaleza: por ejemplo, mediante aspectos semánticos. La gramática es, pues, algo que encontraremos siempre en la base del lenguaje jurídico.

Y aun para aquellos casos en que, por una u otra razón, el intérprete llega a apartarse del sentido estricto de ciertos términos legales, eso no constituye —concluye Cipriano— un abandono del método gramatical. Lo que ocurre, ahí, es que se prescinde únicamente de la interpretación literal (semántica) de los referidos términos. No hay que confundir, pues, esas dos maneras, complementarias, de determinar cuáles son los sentidos jurídicos.

**

Aunque la observación de Cipriano es correcta, no me parece que ella dé en el blanco de las verdaderas dificultades de fondo a las cuales nos enfrentamos a la hora de tratar de precisar cuáles son las vías propias de la interpretación literal. No es la cuestión del nombre, "gramatical", lo que origina confusiones.

Se diga o no "gramatical", esos procedimientos conciernen fundamentalmente a cuestiones de tipo semántico. Cuando queremos precisar el sentido "gramatical" de una ley, o cuando nos preguntamos si no sería mejor que en alguna medida se haga abstracción de dicho sentido, la discusión no se refiere, por lo general, a la aplicación de reglas gramaticales propiamente dichas (aunque también podrían plantearse, en algún caso, dificultades a este último respecto⁹). Se trata de controversias que giran sobre todo en torno al valor semántico de tales o cuales expresiones. Sin embargo, aunque nos decidiéramos a no darle el nombre de interpretación "gramatical" a esos intentos de precisión que están indagando el sentido de la letra, un cambio de denominación no afectaría para nada al contenido mismo de la indagación así realizada.

⁹ Véase Ross (nº 25) y Wolff (Parte II). Ross, por ejemplo, efectúa las observaciones siguientes:

"El significado de una expresión depende del orden de las palabras y de la manera en que éstas se hallan conectadas. Los problemas que se refieren a la conexión de las palabras en la estructura de la frase se llaman problemas sintácticos de interpretación" (p. 119). Sin embargo, "tampoco las conexiones sintácticas tienen una inequívoca función determinativa de significado. También aquí el sentido 'natural' está condicionado por factores no lingüísticos: el deseo de hallar un significado 'bueno' o 'razonable' que concuerde con aquel que el contexto y la situación señalan como tal" (ibid.).

Bajo un nombre u otro, la pregunta fundamental sigue siendo la misma: [cuáles serán los criterios para determinar el "verdadero" sentido semántico del texto legal.] Es cierto que no se puede prescindir de la gramática para comprender tales textos. Pero no creo que a alguien se le haya ocurrido hacerla a un lado. Todo el mundo da por supuesta, simplemente, la vigencia de las reglas gramaticales. Y esto por la sencilla razón de que el centro de los problemas no está ubicado ahí, ni nadie ha pensado que esté ahí, sino en el área de la dimensión semántica de los textos. Me parece, por lo tanto, que el punto sobre el cual Cipriano ha puesto el acento, en definitiva constituye apenas una cuestión de índole terminológica. El decidir si la interpretación literal debe ser llamada también "gramatical", o no, es cosa de convención. No creo que eso tenga, ni haya tenido jamás, trascendencia sobre el manejo práctico de los procedimientos así denominados¹⁰.

IV. DIFICULTADES: SENTIDO LITERAL "PURO" Y SENTIDO LITERAL "COMBINADO". APLICACION LITERAL Y SUBSUNCION

Decíamos que el método literal-gramatical se emplea para aprehender el sentido de la ley, por medio de la gramática y la semántica, pero que las dificultades se plantean sobre todo en relación con esta última.

¹⁰ Cuáles son las verdaderas dificultades, puede apreciarse, por ejemplo, a la luz de acotaciones que Horak (p. 98 ss.) efectúa sobre cuestiones de la interpretación "gramatical" en el Derecho romano. Para la interpretación de negocios jurídicos, sobre todo en el caso de disposiciones testamentarias, los textos del Derecho romano se refieren a veces a soluciones que se considera fundadas sobre reglas gramaticales. Se recurre a éstas, de un modo que es análogo a ciertas consideraciones de tipo lógico; "lógica" muy elemental, por cierto, ya que se trata de inferencias que están al alcance del simple "buen sentido" general (der gesunde Hausverstand —pág. 101—).

Sin embargo, las justificaciones con ayuda de la gramática —prosigue Horak— son difíciles de distinguir frente a las que se fundan sobre el uso habitual de la lengua. El jurista romano, igual que el de nuestros días, se halla, en la mayoría de los casos, ante el problema de determinar cuál es el sentido típico de las palabras. Y ocurre que, por lo general, ese sentido puede ser comprobado únicamente con un grado más o menos alto de probabilidad. Quiere decir que estas maneras de fundamentar evaden del cuadro de los razonamientos deductivos: ellas no pueden llevar a resultados seguros, porque se trata de fundamentos que contienen, en una medida demasiado amplia, elementos valorativos.

En cambio, si se acude a la gramática, y aun cuando ésta no sea más que un uso lingüístico "congelado" en reglas fijas, ello implica, de todos modos, una diferencia: a partir de reglas se hace posible deducir, para tratar así de llegar, en su caso, a un resultado interpretativo que no habría podido extraerse de una manera tan firme a partir de los usos lingüísticos. De cualquier modo, empero, esos recursos a la gramática dan la impresión de ser más bien artificiales.

Se trata, pues, de determinar aquello que en alemán se denomina el "Wortsinn" (sentido propio de las palabras) o "Wortlaut" (letra, sentido textual, tenor literal).

El "sentido textual" es —así se entiende en general—¹¹ la significación que corresponde a un término o a una combinación de ellos, de acuerdo a la utilización común del lenguaje o, en su caso, según un uso de carácter específicamente jurídico (sea que se trate de un empleo aplicable al Derecho en general, sea que se tome en cuenta un sentido que corresponde sólo en el marco de una determinada ley o de un inciso de dicha ley). Estos diversos tipos de sentido pueden, por lo demás, presentarse combinados a la hora de interpretar el conjunto de los términos de un precepto; la aplicación literal de una ley no constituye una cuestión de índole simplemente filológica.

Por lo habitual se admite que la determinación de un sentido literal representa la etapa inicial en la intelección de los preceptos del Derecho escrito. Pero Heck ha subrayado la diferencia que existe entre dos momentos de la interpretación gramatical. Señala que el *Wortsinn* se constituye primeramente como una "imagen provisoria", primer paso en la interpretación; esa "imagen" se obtiene por aplicación de las reglas del lenguaje (nº 3/6, pág. 59). Mas cabe distinguir entre este *Prima facie Wortlaut* y un sentido literal final (nº 12/8. a). El primero consiste en nociones hipotéticas que se desprenden de la percepción de las palabras: *Wortsinn* inicial. El segundo, en cambio, no aparece sino al final del proceso de la interpretación, cuando se llega a determinar —elegir— en definitiva el sentido de la ley; ahí se le da preferencia, entre distintas ideas (*Vorstellungsbild*) posibles, a una de ellas: precisamente a aquella que encuentra su sostén en los puntos de apoyo lingüísticos (pág. 98-99).

De ahí que corresponda distinguir, según Heck (nº 12), entre sentido literal "puro" y sentido literal "combinado". El primero resulta de la aplicación sola de reglas lingüísticas, mientras que el segundo recurre además a otros puntos de apoyo (nº 12/2, pág. 95). Si analizamos la impresión que en nosotros despierta una frase, en función de nuestro "sentido del lenguaje" (*Sprachgefühl*), nos damos cuenta que ello no se encuentra motivado sólo por las reglas propiamente dichas de la lengua, sino que allí incorporamos también, en forma inconciente, otros elementos: reglas de la psicología común, juicios de valor, nociones extraídas de la experiencia, circunstancias varias que estamos presuponiendo (nº 12/4, pág. 97). Por eso, aunque puede haber un sentido literal puro para determinado mandato legal, tomado aisladamente, empero sería mejor no hablar de "sentido literal" con referencia al

¹¹ Cf., por ejemplo, Larenz (pág. 307) y Bartholomeyczik (pág. 19).

cuerpo entero de una ley (nº XII/5, pág. 97)¹². Y hasta el *Prima facie Wortlaut* constituye ya una forma de sentido literal combinado (nº XII/8, p. 98).

Las observaciones de Heck llaman la atención, desde ya, sobre las dificultades de proceder a una interpretación "puramente" literal. No obstante, lo que Heck había advertido en 1914, parece haber llegado poco a los oídos de la doctrina tradicional. En el marco de la misma, la interpretación gramatical no suele aparecer realmente problematizada. Puede servir como ejemplo, en ese sentido, lo que nos dice Bartholomeyczik al referirse a la aplicación literal de la ley.

Según ese autor (pág. 22), es ante todo necesario proceder a dividir el precepto en *Tatbestand* (presupuesto de hecho) y *Rechtsfolge* (consecuencia jurídica). A partir de allí, se trata de lograr, por medio de un trabajo específicamente jurídico, que el *Tatbestand* devenga susceptible de ser utilizado para la subsunción; cada uno de los elementos (notas conceptuales) del *Tatbestand* debe ser precisado de modo tal que resulte posible subsumir, bajo él, la situación de hecho concreta (*Sachverhalt*) a la cual el precepto será aplicable¹³. El *Tatbestand* aparece entonces dividido en sus notas abstractas, individualmente consideradas, cada una de las cuales posee un sentido literal propio. Y el *Sachverhalt* tiene que ser dividido, análogamente, en hechos históricos individuales (*Tatumstände*) que puedan corresponder respectivamente a aquellas notas. Los elementos del *Tatbestand*, así presentados, es decir, interpretados literalmente, consisten en conceptos jurídicos, categorías abstractas que designan fenómenos jurídicos. En tales condiciones se hace posible la subsunción, o al menos se estará "en camino" para lograrla con ayuda de medios interpretativos complementarios.

¹² "Bien mirado, en realidad no existe un puro sentido textual (reinen Wortlaut) de todo un escrito, sino solamente un sentido textual puro de frases aisladas" (Heck, nº 4/6. c, pág. 67). "Los medios (Hilfsmittel) lingüísticos, si son aplicados solos, a veces no alcanzan para otorgar un sentido a las palabras de la ley. Desde ese punto de vista, la ley no tiene absolutamente ningún sentido textual puro. En otros casos, el posible sentido textual es de lo más indeterminado; aunque el sentido textual más inmediato sea determinado, éste resulta asombrosamente inutilizable. Por lo demás, faltan características que sean lo bastante seguras para aislar el sentido textual puro del combinado" (ibid., nº 12/2, pág. 95).

¹³ "De ahí, que siempre el *Tatbestand* consista sólo en el abstracto *Tatbestand* legal; mientras que el *Sachverhalt*, en cambio, es el acontecimiento concreto que se da en el plano de la vida real. El *Sachverhalt* debe, pues, ser subsumido bajo el *Tatbestand* o el *Tatbestand* ser traducido en el *Sachverhalt*" (Bartholomeyczik, pág. 22).

V. DIFICULTADES: SENTIDO OBJETIVO Y SENTIDO
SUBJETIVO. PLURALIDAD DE INTERPRETACIONES
LITERALES. ELEMENTOS DEL SENTIDO LITERAL Y
FRONTERAS DEL MISMO.

Recapitulemos. De lo que hemos desarrollado hasta aquí, podemos retener que el método literal-gramatical es aquel que, para determinar la significación de los textos, se basa, simplemente, en el recurso al sentido de las palabras y a las reglas corrientes de la sintaxis del lenguaje utilizado. Y hemos visto que las mayores dificultades se refieren sobre todo al primero de estos dos aspectos: hallar los criterios para determinar el verdadero "sentido de las palabras".

Habíamos adelantado que puede tratarse, para tales o cuales palabras, de la significación que les corresponde ya sea en el lenguaje corriente, ya sea en lenguajes más particularmente jurídicos. Es posible, además, que el sentido varíe según se recurra a contextos más o menos amplios, los cuales se puede —¿y se debe?— tomar en cuenta para determinar las significaciones propiamente jurídicas; es decir, que una palabra o una misma expresión pueden ser referidas a más de un solo sentido. Pero para saber qué ha de entenderse exactamente bajo la expresión "el sentido de las palabras", son necesarias precisiones adicionales. Sin ellas, la fijación del contenido del método literal quedaría vacío en su dimensión fundamental, la perspectiva semántica.

Las palabras son, desde el punto de vista semántico, la expresión de un pensamiento. Este pensamiento constituye, justamente, el "sentido" de las mismas. Por lo tanto, cuando se hace referencia al "sentido de las palabras", hay que preguntar: ¿de qué pensamiento se trata? O si no: ¿al pensamiento de quién queremos remitirnos? Sólo por intermedio de alguna de estas dos preguntas, o de ambas complementariamente, estamos en condiciones de encontrar una verdadera orientación para localizar el sentido buscado. En la primera hipótesis (¿qué?), la pregunta está dirigida en forma *directa* al contenido del pensamiento en cuestión. En la segunda manera de plantear las cosas, en cambio, nos conformamos con preguntar quién o quiénes son los *sujetos* que tienen el derecho de elegir ese contenido; se trata, pues, de una manera *indirecta* —pero que, así y todo, puede llegar a ser bastante determinada— de alcanzar a decidir si el sentido será, en su caso, A o B o C...

Esas dos maneras de encarar el asunto remiten, respectivamente, a lo que se ha llamado las interpretaciones "objetiva" y "subjetiva". En efecto: el "sentido de las palabras" puede ser localizado en un pensamiento —*objetivo*— que se considera inherente (al menos en un contexto dado) a los términos mismos; o se puede indagar, en cambio, un pensamiento —*subjetivo*— que de modo real se haya hecho presente en el espíritu del autor del texto, el legislador, cuando ha pronunciado esas palabras. He ahí dos tipos de pensamiento susceptibles de apa-

recer ligados a una misma expresión lingüística, pero que pueden no ser coincidentes¹⁴.

¿A cuál de estas dos clases de sentido habría que darle la prioridad, con vistas a la interpretación de los textos jurídicos? Eso depende del tipo de interpretación que se elija. Suele considerarse que una interpretación es "literal", cuando ella se atiene a sentidos que correspondan *objetivamente* a los términos mismos, con independencia de todo otro tipo de consideraciones (sobre el autor, sobre finalidades, etc.).

Ahora bien, no basta simplemente con decidirse por una interpretación gramatical. Queda todavía pendiente el problema de saber cómo se hará para aprehender esos sentidos "objetivos" que se considera literales. Estamos aquí otra vez ante la pregunta que nos planteábamos sobre el comienzo mismo del presente parágrafo: cómo hallar la significación *propia* de cada uno de los términos del texto, y teniendo en cuenta, claro está, las reglas gramaticales que determinan el alcance de las combinaciones posibles entre esas significaciones. Sin embargo, no basta con saber que, en principio, no se trataría de buscar un sentido subjetivo. Pues es posible que haya *más de un* sentido "objetivo", dado que el mismo término podemos (eventualmente) hallarlo empleado en distintos tipos de lenguaje; por lo demás, las polisemias se presentan también en el seno de un mismo lenguaje. La dificultad mayor consiste, entonces, en saber cómo *elegir* entre distintos sentidos lingüísticos que son —¡todos ellos!— "objetivamente" posibles para una misma expresión. No existe, pues, *un* criterio *solo* para determinar el posible contenido de la interpretación *literal*, sino que ella podría ser encarada eventualmente de acuerdo a distintas direcciones. El mismo texto puede ser objeto, en su caso, de *diferentes* interpretaciones literales.

Por otro lado, cabe acotar que la interpretación de la "letra" debería tomar en cuenta la *totalidad* de los elementos del texto: no sólo las palabras mismas, sino también elementos como los signos de puntuación, las cursivas, etc.¹⁵. Mas, ¿cuáles son las fronteras de esa totalidad? Es posible referirse a una frase de pocas palabras. Pero

¹⁴ "El pensamiento que se hace expresión tiene siempre un doble contenido: el pensamiento pensado y el pensamiento que estaba ya dentro (verborgen lag) de la expresión misma. De ahí, que también la Interpretación pueda ser llevada a cabo de dos maneras. Se puede encarar la expresión como exteriorización emanada de una persona, en cuyo caso la pregunta es: ¿qué quiso decir él con esto?; y allí se halla comprendida, entonces, toda la situación personal de ese sujeto. O bien, se puede preguntar: ¿qué quiere decir esta expresión en el marco de una determinada esfera de comprensiones?" (Schreier, pág. 59).

Sobre la diferencia entre la interpretación "objetiva" y la "subjetiva", véase Haba (a), nº I.

¹⁵ "La interpretación tiene que tomar en cuenta la totalidad de los medios de expresión utilizados por el legislador; también, así, los signos de puntuación, incluso la separación en párrafos y hasta los caracteres externos del modo en que ha sido formulado el escrito, como p. ej. los subrayados" (Meier-Hayoz, pág. 131, nº 184).

podría tratarse, igualmente, de la interpretación de un inciso que contiene más de una frase, o de un artículo de varios incisos, o hasta de varios artículos, etc. Además, de acuerdo a la legislación del caso, se puede entender que los títulos, subtítulos u otras anotaciones forman también parte (o no) de la "letra"¹⁶. Por este camino podría hasta llegar a considerarse como casos de interpretación literal, aquellas determinaciones en donde se pone en juego criterios que corresponden más bien a la sistemática jurídica. Algunos llegan a admitir este último punto de vista¹⁷. Pero la mayoría de los autores estima que el carácter específico de la interpretación gramatical-literal consiste en encarar las palabras o las frases de una manera relativamente *aislada*, tendiendo así a considerar que la significación de cada palabra tiene una dimensión *fija* (mas cf. *infra*, n. 20).

VI. ¿PERO EXISTE UNA INTERPRETACION PROPIAMENTE LITERAL?

Los puntos de vista presentados hasta aquí, en general buscaban aportar precisiones para determinar mejor en qué consiste la interpretación gramatical. Pero hay autores que, en cambio, adoptan posiciones que tienden a *negar* la existencia misma de procedimientos capaces de ofrecer un carácter *específicamente* literal-gramatical en la interpretación de las leyes. Veamos algunas de las razones aportadas en ese sentido.

En cuanto a los aspectos gramaticales propiamente dichos, ya mencionamos (*supra*, n.º III) las objeciones de Cipriano, a saber: que todos los métodos de interpretación acuden a la gramática. Pero otros autores van más lejos. Según ellos, no es sólo la gramática que está presente siempre en la interpretación de las leyes, sino que lo propio se da en cuanto a los factores lingüísticos *en general*. O bien, si se prefiere encararlo desde otro ángulo, cabe sostener que ningún método interpretativo puede prescindir de consideraciones *extra-lingüísticas*. No existiría, en consecuencia, un método que fuera *propiamente*, especifi-

¹⁶ En el Derecho suizo, por ejemplo, los títulos y anotaciones marginales pertenecen también al texto legal mismo. El legislador los ha "considerado como parte del texto legal, o sea, no sólo como destinados a facilitar la orientación, sino como introducidos para que, en caso necesario, sirvan también como complemento y modo de aligerar (*Entlastung*) el texto" (Mejer-Hayoz, pág. 112, n.º 97).

¹⁷ Keller señala (pág. 85) que hay principios que algunos vinculan, en el marco de puntos de vista sistemáticos, al "sentido gramatical de las palabras":

"Esos principios pueden ser invocados, de acuerdo a su fórmula, cuando el enfoque sistemático se toma, hasta cierto punto, como formando parte de las consideraciones 'gramaticales', o sea, cuando el resultado de las reflexiones sistemáticas se cuenta como cosa perteneciente al 'sentido de las palabras'".

camente, lingüístico. Por ende, no se ve en qué podría consistir lo particular de una vía literal-gramatical de acercamiento a los textos legales.

Tengo la impresión, no obstante, que esta clase de observaciones, aunque inspiradas en consideraciones realistas, no alcanzan para justificar que se le niegue toda especificidad al enfoque literal. Salvo si se toma, como punto mismo de partida, determinadas definiciones que prejuzguen tal cosa; o sea, si expresiones como "literal", "lenguaje", "sentido", etc. aparecen definidas *ya* de un modo tal que impongan —*per definitionem*— tal o cual conclusión sobre el carácter de esa interpretación. Dicho de otro modo: si *a priori* partimos de una noción demasiado amplia —o, al contrario, de una muy estrecha— de lo que hay que entender por "literal" o "gramatical", entonces es fácil concluir, en efecto, que todo procedimiento interpretativo es —o que, al contrario, no puede ser *solamente*— literal-gramatical. Así planteadas las cosas, la imposibilidad de que haya métodos "literales" resulta una consecuencia de simple orden terminológico. Podremos verlo, por ejemplo, trayendo a colación ideas que a este respecto han formulado Bobbio y Cossio.

Para Bobbio, toda interpretación consiste en un análisis de lenguaje, una interpretación de *verba*. Que se recurra a un medio o a otro —interpretación de las palabras mismas de la ley, interpretación histórica, interpretación sistemática, etc.—, siempre se trata, en sustancia, de una interpretación "gramatical". Porque en todos los casos se procede a buscar, para tales o cuales contextos de proposiciones (las de la ley misma u otras), aquellas reglas que determinan el uso de los términos en cuestión: la "gramática" del lenguaje de un legislador dado¹⁸.

¹⁸ "En efecto, también la llamada interpretación de la *mens* es una interpretación de *verba*... El pasaje de la interpretación de la letra a la interpretación del espíritu, no consiste nada más que en extender la indagación sobre el uso de las palabras en cuestión, a contextos de proposiciones cada vez más numerosos y respectivamente menos afines al contexto inicial. (...) Por interpretación de la intención, en definitiva, se debe entender el uso de todos aquellos medios que son aptos para establecer el significado de una palabra o de un grupo de palabras utilizadas; pero todos estos medios, recuérdese, son lingüísticos. La llamada interpretación histórica es el análisis de proposiciones normativas que estaban vigentes en tiempos pasados; la interpretación sistemática estudia la conexión de las proposiciones normativas que el instituto examinado mantiene con proposiciones referentes a institutos afines, ubicables unas y otras en la misma categoría general. En lo esencial, también esa interpretación de la intención, a la que ahora habitualmente se le llama lógica, es una interpretación gramatical; pues el jurista, en esta primera fase de la investigación, no hace otra cosa que fijar, con todos los medios que están a su disposición, y que no pueden ser sino medios lingüísticos, las reglas de uso de las palabras empleadas, o, como se dice con una expresión corriente ahora en el uso de los positivistas lógicos, la gramática de ese lenguaje particular que es el lenguaje de un legislador determinado" (Bobbio, n.º 9 in fine, pág. 359).

Cossio (p. 26) pone el acento, en cambio, sobre la circunstancia de que una interpretación literal presupondría la posibilidad, que él considera absurda, de que la comprensión de las leyes se opere en base a la consideración *aislada* de sus palabras o sus frases. Por "método gramatical" *stricto sensu*, Cossio entiende una "elaboración" del vocabulario de la ley, en donde se parte de la idea de que tal palabra o tal frase poseen una autonomía desde el punto de vista gramatical; de este modo se prescindiría de las conexiones lógicas entre las diversas leyes, o incluso entre las partes de un mismo precepto. Es lo que —según él— hacían, por ejemplo, los glosadores y los post-glosadores, cuando empleaban una técnica interpretativa basada en sinonimias, etimologías, ejemplos de casos paralelos; en dichas escuelas, el recurso a aspectos lógico-sistemáticos no aparece sino de manera rudimentaria¹⁹.

No corresponde quedarse en "el hecho de las palabras", prosigue Cossio, sin trascender a la esfera de las significaciones. Pero el método gramatical no es plenamente conciente de esta diferencia entre "el hecho de la palabra" contenida en la ley y su significación. De ahí que, por la fluctuación constante entre estos dos extremos, que caracteriza a dicho método, éste finalmente impregne de elementos racionales a aquello que él considera como un dato puramente empírico. Y, lo que es más, vemos que esa fluctuación hace que "el hecho de las palabras" (del texto legal) conduzca al intérprete hacia una limitación de las

¹⁹ Coing hace remontar tal procedimiento al Derecho romano, e incluso más lejos, hasta los Derechos más arcaicos:

"Para ninguna disciplina es tan válida como para la jurisprudencia, la sentencia: 'En el principio estuvo la palabra'. Al comienzo de la interpretación jurídica se encuentra —esto vale para todos los Derechos arcaicos, y también para la madre de los Derechos continentales, el Derecho romano— una estricta interpretación de las palabras (Wortauslegung). Menos conocido que este hecho, que la interpretación jurídica comienza con una severa interpretación literal, es la circunstancia de que los juristas romanos de los últimos tiempos de la República llegaron a combinar ese arcaico tipo de interpretación con las ciencias de la gramática y de la etimología, que se hablan ido desarrollando. La interpretación de las palabras fue desarrollada por los juristas romanos orientándola hacia la interpretación gramático-filológica" (Coing, pág. 7).

Y en otro sitio, Coing (a) añade:

"Esta interpretación, que tiende a operar con significaciones de las palabras como si se tratase de dimensiones fijas, es el más antiguo método de la jurisprudencia" (pág. 317-318).

Sbriccoli (pág. 190 ss.), señalando el papel que la etimología (Declaratio per aetymologiam) cumplía en la interpretación de los estatutos de comunas italianas de la Edad Media, agrega que, dada la "extrema aleatoriedad" que a menudo tenían estas etimologías, el jurista se hallaba en condiciones de extraerles "posibilidades instrumentales" (pág. 193); es decir, que a las mismas se recurría con el objeto de justificar, por vía de retórica, un determinado resultado interpretativo, al que ya de antemano el intérprete tenía la intención de llegar.

significaciones jurídicamente legítimas, sin advertir que éstas se hallan "estructuradas" por otras significaciones que no son las de las palabras en sí mismas²⁰.

*
**

Extraigamos algunas conclusiones por nuestra parte. Bien mirado, ninguna de las dos opiniones recogidas implicaría, de modo necesario, una negativa para la *posibilidad* de que exista un método *puramente* literal.

Lo que Bobbio señala, es sólo esto: que en la interpretación de una ley se puede acudir *también* a otras proposiciones que las de esa misma ley, pero que aun en ese caso se trata de un análisis de *lenguaje*. En consecuencia, aunque toda interpretación sea "gramatical", ello puede no excluir —acotamos nosotros— que una interpretación literal *propriamente dicha* sea distinguida de otras clases de interpretación, aun cuando tanto aquélla como éstas consistieran todas en "análisis de lenguaje". La interpretación literal, a diferencia de las otras, se referiría exclusivamente (o principalmente) a las proposiciones que conforman el texto *mismo* de la ley. De este modo, cabe pensar que la distinción se hallaría suficientemente establecida.

Cossio, por su parte, tampoco llega realmente a negar la existencia de un método gramatical *stricto sensu*. El se limita a insistir en que un método semejante no sería el *adecuado* para arribar a las verdaderas significaciones jurídicas. Dicho de otra manera: según él, el método literal existe como tal, pero el jurista debería ir más allá del mismo, superarlo. O sea, que Cossio está reconociendo (implícitamente) la sustantividad de dicha vía, aunque la rechaza desde un punto de vista axiológico.

²⁰ Un tanto en ese mismo sentido, aunque sin relacionar sus afirmaciones con consideraciones de carácter filosófico, Zimmermann indica que la práctica de los más altos tribunales alemanes confirma la imposibilidad de prescindir del contexto en la interpretación; o sea, que en realidad ésta no se halla centrada sobre términos que se tomen cada uno en forma independiente:

"La interpretación no arranca de la palabra aislada, sino que parte del contexto (zusammenhängenden Wortlaut) de la ley, en función del cual cada palabra toma su correspondiente coloración" (pág. 1264).

Es cierto que esos tribunales consagran (aparentemente) como criterio oficial de interpretación, esta regla:

"Toda interpretación comienza en la palabra" (pág. 1262).

Sin embargo, en la práctica no llegan a atenerse de una manera siempre fiel a dicha regla.

Análogamente, Vernengo sostiene que:

"En suma: el método literal, apegado en principio a la superficie litterae, irremediablemente conduce a una interpretación sistemática, donde el significado de los términos está condicionado, de alguna suerte, por las relaciones que la expresión enigmática mantiene con las expresiones contextuales en el ordenamiento" (pág. 98).

No es necesario que nos aboquemos a una comparación detenida de las posiciones que sustentan estos dos autores. Resulta claro que ambos, sin perjuicio de las sensibles diferencias que existen entre las bases filosóficas de que respectivamente parten, han querido subrayar, por unas u otras razones, que la autonomía de los procedimientos propiamente literales es muy relativa. Pero eso no significa, cabe repetirlo, que dichos procedimientos no pueden presentar, de todos modos, ciertos caracteres específicos²¹.

VII. UNA DEFINICION

Hemos visto, desde una serie de ángulos, las dificultades que presenta todo intento de precisar lo que pueda constituir el campo propio de la interpretación literal. Pero elegiremos una definición, a pesar de todo. Aunque ella forzosamente dejará abiertas "goteras", puede sin embargo servir para indicarnos, en líneas generales, a qué procedimientos suelen los juristas referir dicho nombre. Y proseguiremos nuestro examen luego (*infra*, n° VIII-X) en otra dirección: trataremos de comparar el método gramatical con otros tipos de interpretaciones, para ver si acaso, por ese lado, la especificidad del mismo consigue destacarse de un modo más neto.

Antes de indicar la definición que recogeremos, corresponde distinguir dos cuestiones: (a) Lo referente a la posibilidad de señalar los límites de ese tipo de interpretación, o sea, determinados caracteres que sirvan para distinguirlo de otras interpretaciones. (b) El problema de saber, ya en el interior de tales límites, a qué criterios deberíamos acudir para poner dicha interpretación en práctica. Este último punto admite soluciones diversas, inclusive contradictorias, como vimos. No obstante, con vistas simplemente a la definición más general de lo que son los métodos literales-gramaticales en el Derecho, podemos contentarnos con ofrecer una respuesta que se refiere sólo a la primera (a) de las dos cuestiones. Dicho de otro modo: aunque los criterios (b) de la interpretación gramatical puedan ser variados, ello podría no ser obstáculo para que sea alcanzada una mera caracterización genérica

²¹ Otros autores presentan, a veces, razones que van más o menos en la misma dirección que las observaciones de Bobbio y de Cossio. Un tanto entremezcladas, aunque planteadas con mayor desarrollo, podemos encontrarlas, por ejemplo, en el estudio que Vernengo dedica a La interpretación literal de la ley. Sin embargo, no resulta del todo fácil llegar a saber lo que este autor entiende exactamente por interpretación "literal". Dicha expresión aparece utilizada, en su trabajo, tanto de acuerdo a sentidos muy amplios (o inclusive como sinónimo de toda interpretación de la ley), cuanto de acuerdo a sentidos más restringidos: cf. p. ej. las pp. 10, 53, 60-63, 65-68, 98. (Pero no estoy muy seguro de que en esas páginas se trate, aunque fuera implícitamente, de definiciones propiamente dichas. Si las señalo de todos modos, es porque acaso contengan algunas "pistas" que, por mi parte, no he logrado seguir adecuadamente).

de la misma; esto es, una caracterización global que suministre el marco (a) dentro del cual sería luego posible, en su caso, decidirse por estos o aquellos criterios lingüísticos (b) de orden más específico.

Un marco de esa índole se encuentra bastante bien caracterizado por la definición que proporciona Du Pasquier. Según él, esa interpretación

"consiste en extraer de las palabras mismas [semántica], de su ubicación en la frase y de la sintaxis, inclusive de la puntuación, el sentido exacto del artículo en cuestión" (N° 197, p. 185)²².

Pienso que esta descripción recoge en buena medida lo más típico de aquellos procedimientos que, en la práctica del Derecho, suelen aparecer rotulados como casos de interpretación "literal" o "gramatical"²³. Los compararemos, a continuación, con otras formas de interpretar las disposiciones jurídicas, ante todo con la interpretación llamada "lógica"²⁴.

VIII. LA INTERPRETACION "LOGICA"

Veremos, en el presente párrafo, una serie de intentos de determinar lo que es la interpretación "lógica". La razón por la cual nos interesan aquí, es porque, de una manera u otra, ellos tienen que ver con la discusión acerca de si la interpretación literal constituye un procedimiento verdaderamente distinto entre los posibles medios interpretativos. Consideremos, pues, algunos criterios de distinción que han sido indicados a estos efectos.

Ya habíamos señalado (*supra*, n° II) que Savigny distinguía el "elemento gramatical" frente a otros tres "elementos" de la interpretación,

²² El término "(semántica)", incorporado en la definición aquí dada, no se encuentra en el texto de Du Pasquier.

²³ Si comparamos esta definición con la indicada al principio, la "noción primaria" que habíamos tomado como punto de partida (*supra*, n° II), hay que reconocer que las diferencias no son demasiado sensibles. Aunque la de Du Pasquier parece ser, de todos modos, algo más completa, no será en su mero tenor literal que podremos ver un "progreso" neto con respecto, por ejemplo, a la caracterización que brindaban Aubry y Rau. No obstante, pienso que, si el lector toma la definición propuesta pero teniendo en cuenta ahora los desarrollos presentados hasta aquí, ella podrá acaso sugerirle una mayor riqueza de sentido que si la hubiese encontrado directamente al comienzo. Por otra parte, cabe repetirlo, dicha noción no pretende otra cosa que servir como un cuadro para ubicar mejor los problemas mismos que plantea este tipo de interpretación; aunque se trata, claro está, de problemas que el "cuadro" no se halla en condiciones de resolver por sí solo (como lo señalaremos más abajo, especialmente en los n° XI y XII).

²⁴ Para un cuadro general de las formas de interpretar las leyes, donde la interpretación literal-gramatical aparece ubicada simplemente como uno de los tantos métodos posibles, remito al lector a mi trabajo sobre los "Esquemas interpretativos..."

entre los cuales está el "lógico". Según dicho autor (nº 33), el elemento gramatical se refiere a la palabra, mientras que el elemento lógico encara la "estructura" del pensamiento, esto es, la "relación lógica" que se da entre las diferentes partes de ese pensamiento.

Pero tal distinción, del mismo modo que la precisión de los restantes "elementos", no es demasiado clara. Kriele (nº 20) lo ha observado con justa razón. Este autor comienza por hacer notar (p. 81) que Savigny no presenta ningún ejemplo que sirva para aclarar tales diferencias. Sería necesario, pues, tratar de determinar mejor lo que él quería exactamente decir cuando hablaba de una interpretación ("gramatical") que "tiene a la palabra por objeto... (y) consiste en exponer las reglas de lenguaje aplicadas por el legislador" (cf. *supra*, n. 5).

A juicio de Kriele (pág. 82), no corresponde pensar que Savigny se refiere, allí, a la determinación del "sentido de las palabras". Esto sería demasiado amplio, dado que, para alcanzar una determinación semejante, cabría recurrir igualmente a los otros "elementos". Y en cuanto al elemento "lógico", a veces esta expresión es comprendida hoy de una manera distinta. Se considera que consiste en la determinación del sentido de los conceptos y de las relaciones entre ellos, o que se refiere a la extensión o restricción de la significación de los términos, o incluso se llega a asimilar la interpretación lógica con la sistemática. Cabría interrogarse, agrega Kriele (*ibid.*), sobre lo que Savigny entendía propiamente al emplear la expresión "relación lógica". Es probable que tuviera en vista el hecho de que la atención del intérprete debe pasar de la consideración aislada de una frase o de una parte de la frase, al contexto que las engloba: es decir, a las excepciones, las definiciones, las explicaciones, que se hallan en el mismo texto pero más lejos.

De cualquier modo, y ya dejando de lado lo que Savigny pudo haber pensado al respecto, lo cierto es que la expresión "interpretación lógica" es equívoca. Unos llegan a comprender globalmente, bajo esta rúbrica, toda una serie o inclusive la totalidad de los procedimientos que difieren de la interpretación literal. Otros, en cambio, ven en ella nada más que uno (solo) de los tantos métodos interpretativos, refiriéndolo o no a la voluntad del legislador. Y además siempre existe, claro está, la posibilidad de adoptar posiciones más o menos intermedias, o hasta de llegar a discutir que exista algún tipo de interpretación de carácter *específicamente*, particularmente, "lógico".

En definitiva, podría decirse que la frontera entre ambas vías resulta dada por el hecho de que el método gramatical concentra su atención sobre el lenguaje, las palabras, mientras que la interpretación lógica recurre a medios distintos. Ahora bien, Wurzel señala (cap. II/4) que, concebida la distinción en esos términos, ella se limita a destacar la importancia del aspecto lingüístico al interpretar, pero que en realidad no nos dice prácticamente nada sobre el otro miembro de la clasificación: la interpretación a la cual se llama "lógica". Este segundo miembro viene a carecer, así, de todo valor *positivo*; se trata de una noción vacía, que aparece simplemente como un concepto

opuesto al primero (interpretación literal), sirviéndole apenas de complemento. Y teniendo en cuenta que en toda actividad es necesario, evidentemente, ajustarse a la lógica, tal característica no puede constituir un rasgo susceptible de distinguir de manera específica a un método en particular; también la interpretación gramatical tiene que apoyarse en la lógica (pág. 22).

Sea como fuere, vemos que la frontera entre esas dos formas de interpretar no aparece trazada de un modo neto. Según Bobbio (a) (pág. 139), por ejemplo, la interpretación gramatical no corresponde realmente a ninguna interpretación en particular, sino que se trata, en el mejor de los casos, del presupuesto general de toda interpretación; mientras que la interpretación lógica, en cambio, comprende todos los tipos posibles de actividad interpretativa. Coviello, por su parte, subraya (nº 25) que toda interpretación debe ser a la vez literal y lógica, teniendo en cuenta que la letra no es más que el punto de partida para llegar al pensamiento; es precisamente la lógica, las reglas del pensamiento, lo que nos permitirá determinar un resultado interpretativo único, para cada texto, mientras que puede arribarse a más de un sentido si se parte de las solas reglas del lenguaje (pág. 75-76).

Podemos encontrar, naturalmente, otros intentos de precisar las distinciones. Veamos todavía el punto de vista de Ross. Este autor distingue (cap. IV) tres tipos de problemas en la interpretación: sintácticos (*supra*, n. 9), lógicos y semánticos (en sentido restringido). Pero aunque él señala que la creencia en una interpretación puramente literal no es más que una "ilusión" (nº 24 *in fine*, pág. 118), cabe pensar que eso no sería óbice para reunir bajo el nombre de "literales", en homenaje a la terminología tradicional, aquellas interpretaciones que se aplican precisamente a aspectos sintácticos y semánticos²⁵.

¿En que consistiría, pues, la interpretación no-literal, aquella que se dirige a las cuestiones "lógicas"? Según Ross (nº 26), estos "problemas" se refieren a las relaciones entre una expresión y otras, en el seno de un contexto (pág. 124). Nos señala como particularmente importantes, en el marco de dichos problemas, los que resultan de inconsistencias, redundancias y presuposiciones (*ibid.*). No obstante, Ross indica que la distinción entre los tres grupos de "problemas" es relativa. No se trata, en definitiva, más que de "abstracciones analíticas". Porque, en la realidad, cada problema es captado siempre como parte orgánica de una estructura de sentido que se aprehende simultánea o

²⁵ Ya habíamos señalado lo que Ross entiende por problemas "sintácticos": *supra*, n. 9. En cuanto a los problemas "semánticos", dice:

"Los problemas semánticos de la interpretación, en sentido restringido, son aquellos que se refieren al significado de las palabras individuales o de las frases. (...) El punto de partida es la expresión como un todo con su contexto, y el problema del significado de las palabras individuales está siempre unido a este contexto" (nº 27, pág. 130).

sucesivamente: la verdadera guía de la interpretación es, según este autor, el "principio de entidad" (nº 25, pág. 119) ^{26 27}.

IX. CRITERIOS LITERALES Y CRITERIOS EXTRA-LITERALES

Hemos visto que los autores no han conseguido ponerse de acuerdo sobre la naturaleza de la interpretación "lógica". Pero intentemos abordar nuestro problema desde otro ángulo.

Aunque las fronteras no sean tajantes, cabe pensar que, si se tiene en cuenta la definición dada (*supra*, nº VII), la interpretación literal podría ser distinguida de otros procedimientos. Distinción que, si bien no será clara en todos los casos, resultará palpable en otros. Y ella puede tener su importancia, porque, como Wurzel (cap. II/4, pág. 21) señala con toda razón, cuanto más nítidamente el método gramatical aparezca diferenciado frente a otros medios interpretativos, tanto más aparecerá justificada la distinción entre los resultados jurídicos que se hallan encuadrados en el marco de la letra y aquellos que responden a otros fundamentos.

En definitiva, la distinción entre la interpretación literal y otras formas de interpretar, es un requisito que interesa para la "transparencia" del pensamiento jurídico: para saber si determinada interpretación se *justifica* (sólo, principalmente o en cierta medida) en función de la letra de un texto de Derecho positivo, o si responde más bien a razones de índole diferente (finalidades, intereses, conceptualismo jurídico,

²⁶ Un poco en ese mismo sentido, Müller señala que el método literal sobrepasa lo que tiene que ver con el elemento gramatical propiamente dicho, va más allá del significado puramente filológico, pues se refiere también a otros elementos que aquellos mencionados a texto expreso (p. 140, nº 321.113 *in fine*). Desde el punto de vista del método, en definitiva el elemento gramatical no llegaría a contar en mayor medida que los demás elementos de la interpretación (pág. 141). La interpretación gramatical se encuentra, por ende, estrechamente ligada al "momento lógico", a los antecedentes jurisprudenciales, etc.; ella aparece, desde ya, limitada y completada por esos otros aspectos (Nº 321.115). Savigny había advertido, por eso, que el resultado interpretativo no se "extrae" de la letra, pues no constituye el resultado de datos puramente lingüísticos:

"Ya las reglas de Savigny, y de modo cabal la interpretación teleológica (que él no recomendaba), llevan en forma típica a resultados que no pueden ser "extraídos" del texto en cuanto dato lingüístico, pero que igualmente se mueven en la esfera de las significaciones normativas que son aceptables para el lenguaje en cuestión" (Müller, pág. 142).

²⁷ La discusión sobre la naturaleza de la "interpretación lógica" ha dado lugar a extenso número de opiniones. Para no recargar la exposición en el presente parágrafo, serán luego recogidos algunos puntos de vista más, a ese respecto, en un Apéndice ubicado al final del artículo.

etc.) ²⁸. Hay soluciones jurídicas que resultan impuestas, prácticamente, en función de la conformación lingüística de un texto; otras resultan, en cambio, incompatibles con ese texto; y hay otras, todavía, que podrían acaso ser conciliadas con éste, pero sin resultar necesariamente impuestas ni negadas por el mismo. Una interpretación literal-gramatical es aquella que, frente a la letra de una disposición del Derecho escrito, nos permite decir cuál de esas tres situaciones se da, para tales o cuales soluciones, en relación con el texto en cuestión. Y nos lo dice, justamente, sobre la base de la "intuición lingüística" del intérprete —intuición que es, en buena medida, intersubjetiva— ²⁹.

Ahora bien: cuando las soluciones que el intérprete propone, ante un texto, se justifican —sola o complementariamente— por otras razones que la "intuición lingüística", entonces nos hallamos ante procedimientos que *no* son estrictamente "literales". La existencia, en definitiva, de esos dos grandes tipos de razones —las que se fundan principalmente en reglas lingüísticas y las "otras"— permite distinguir (a menudo) el sentido literal frente a sentidos que, aun siendo posibles para el texto examinado, se justificarán de una manera distinta: es decir, mediante criterios *extra-literales*.

Así, puesto que es perfectamente posible que, a la hora de tener que aplicar textos jurídicos, la interpretación literal *sola* no alcance para determinar por entero las soluciones normativas, se plantea un problema más: ¿cuándo y en qué medida será legítimo ir *más allá* del método literal, recurrir también a otros procedimientos? Eso puede darse, ya sea con vistas a completar los resultados "literales", ya sea llegando hasta a dejarlos completamente de lado. Estamos pasando a preguntarnos, pues, hasta qué punto el método gramatical resulta suficiente para aprehender el sentido de las leyes, o en qué circunstancias aquél debería ceder el paso al empleo de otros medios ^{29 bis}. Dicho todavía de otra manera, es la cuestión de las relaciones funcio-

²⁸ En cuanto a esas "razones de índole diferente", véase, por ejemplo, los métodos de que da cuenta el trabajo indicado en la n. 24.

²⁹ Puede, en su caso, tratarse de una intersubjetividad "calificada": esto es, no simplemente la que corresponde al "native speaker" común, sino sobre todo la de los juristas como grupo especializado. Pues el lenguaje jurídico se presenta como un lenguaje más o menos técnico; o sea, que la conciencia lingüística del jurista obedece, en algunos aspectos, a criterios semánticos específicos, de orden profesional. Y también estos criterios entran a jugar, por supuesto, cuando él está interpretando "literalmente".

^{29 bis} Este ángulo, que ahora abordamos, es de tipo *extrínseco*, si se quiere: enfoca una cuestión de límites, se trata de ver hasta dónde pueden intervenir los procedimientos gramaticales en el seno de la interpretación jurídica globalmente considerada. Lo que nos habíamos planteado antes, en cambio, se refería más bien a aspectos *intrínsecos*, a criterios internos del método literal, a sus propias pautas de funcionamiento, sin tomar mayormente en cuenta los vínculos que ello pudiera (o no) tener con la puesta en práctica de otros modelos interpretativos.

nales entre la interpretación literal y otros modos de (co)determinar las soluciones jurídicas. Nos referiremos a ello en el párrafo que sigue.

X. RELACIONES ENTRE LA INTERPRETACION LITERAL Y OTROS MEDIOS INTERPRETATIVOS

Podría concebirse una solución extrema, hipotéticamente: que el método gramatical fuera considerado como el *único* apto para hallar el sentido de la ley. Es decir, que no existiría ninguna otra vía legítima de acceso a la "verdadera" significación del texto. En consecuencia: interpretación-de-la-ley = interpretación-literal. Desde tal perspectiva, empero, carecería de sentido preguntar hasta qué punto ese procedimiento basta para proporcionar el contenido intelectual de los textos, ya que, *por definición*, entonces no existiría ninguna posibilidad (legítima) de determinarlo de otra manera. Pero nadie sostiene hoy una posición semejante, o al menos ella no aparece definida hasta sus últimos extremos. No obstante, las opiniones se dividen acerca de cuáles han de ser los límites para la aplicación de interpretaciones literales.

En general, se entiende que el método gramatical constituye simplemente un *primer* paso en el procedimiento de la interpretación. Ya Savigny había señalado (nº 33, pág. 215) que los cuatro "elementos" de la interpretación —entre los cuales se halla el "gramatical"— debían ejercer su influencia de manera unificada (*vereinigt wirken*). Quiere decir que no se trata de cuatro "formas" (*Arten*) de interpretación entre las cuales se pueda elegir, sino que estas "diferentes actividades" (*Tätigkeiten*) deben manejarse de manera conjunta, si se quiere alcanzar un resultado interpretativo correcto.

Lo afirmado por Savigny, que *todas* esas "actividades" se dan en *todos* los casos de interpretación, es punto muy opinable, naturalmente. Y acaso se trata, en buena medida, de una cuestión más bien terminológica, cuya respuesta depende de lo que cada uno entienda por "gramatical", "lógico", etc. Pero lo cierto es que la interpretación gramatical, de cualquier modo que se la conciba, sea en una forma más amplia o más estrecha, siempre puede presentarse ligada íntimamente a otros tipos de recursos interpretativos. Según Heck (nº 12/1, pág. 94), por ejemplo, a las reglas del lenguaje le correspondería, en la interpretación, sólo una significación de carácter "heurístico", no un alcance propiamente normativo³⁰. En consecuencia, y puesto que el literal no es sino uno de los medios posibles para llegar a conocer el

³⁰ Sobre el carácter no-normativo de las reglas del lenguaje, véase también lo que Heck dice más adelante: nº 13/11, pág. 101 ss. Insiste, allí, sobre el hecho de que las reglas lingüísticas no son sino "medios auxiliares" (*Hilfsmittel*) —¡aunque ciertamente muy importantes!— para arribar a conocer el sentido de la ley.

sentido de las leyes³¹, aquél podría no sólo ser *completado*, sino hasta *desplazado*, en su caso, por otros métodos interpretativos³².

Es razonable concluir, pues, que la letra de la ley no brinda otra cosa que un "marco", en el interior del cual le corresponde al intérprete *elegir* tal o cual solución, cosa que a menudo es efectuada acudiendo a *criterios* que no son propiamente "literales"³³. Y esos criterios —señalan algunos— pueden incluso conducir, llegado el caso, a violentar en mayor o menor medida el "marco", o sea, llevar a que se prescindiera de tales o cuales aspectos de la letra misma. El intérprete —si aceptamos la imagen que él suele hacerse de sí mismo, su conciencia profesional de jurista— persigue alcanzar una solución "justa", a partir (o dentro) de la esfera de lo que le marca la letra³⁴. Pero a veces esta última ofrece apenas un punto de apoyo, no las verdaderas razones suficientes para tal solución³⁵. El intérprete se limita a emplear el método literal

³¹ Véase supra, nº IV, la distinción que Heck establece entre los sentidos literales "puro" y "combinado".

³² Muchos comparten esta opinión. Coviello, por ejemplo, considera (nº 25/I, pág. 77) que si el sentido literal está en contradicción con aquello que, habiendo sido determinado por otras vías, aparece como el verdadero sentido de la ley, entonces la "lógica" debe predominar sobre la filología y la gramática. También Meier-Hayoz, entre otros, señala que no se debe sobreestimar el peso de la letra:

"Tendiendo la técnica de redacción del ZGB (Código civil suizo) a expresarse con brevedad y a reproducir sólo lo fundamental, no hay que sobreestimar el peso del tenor literal (*Wortlaut*). Además, como lo muestra la experiencia, no es infrecuente que los títulos y subtítulos (*Titel und Randtitel*) sean demasiado restringidos o demasiado amplios, y que haya ocasionalmente preceptos mal ubicados (*leges fugitivae*)" (pág. 131, nº 187).

³³ Es eso justamente lo que había señalado Heck, cuando distinguía los sentidos "puro" y "combinado". Véase también Vernengo, pág. 98 ss. (pero me parece que estos desarrollos vienen en definitiva a decir más o menos lo mismo que Heck, aunque reformulado de una manera menos sencilla).

³⁴ "Si el texto legal es confuso —y hasta injusto—, hay un traslado de las normas resentidas hacia las que tienen salud idiomática para aproximarse a la justicia" (Cipriano, pág. 53).

³⁵ Vonlgis ha podido comprobar que eso era ya así en el Derecho romano: "El proceso intelectual de la interpretación no parte del texto de la ley, sino del *casus*, de la realidad que plantea problemas que el jurista debe resolver. Cuando una interpretación literal de la ley alcanza para darle a esos problemas una solución satisfactoria, es decir, conforme a la idea de justicia que reina en una época dada, el jurista emplea este método, que presenta el mérito de ser el más simple, el más seguro y el que suscita menos controversias" (pág. 190-191). "El intérprete puede valerse de todas las posibilidades que le ofrece el texto de la ley. La solución propuesta debe siempre encontrar apoyo en la ley, sea directamente, en el sentido literal de los *verba*, sea indirectamente, en la *sententia*, es decir, en uno de los sentidos autorizados por las virtualidades lógicas del texto. A ello se reduce finalmente el respeto por la voluntad del legislador; pero si falta ese mínimo, no se podría hablar de 'interpretación'" (pág. 195).

solo, *únicamente* en aquellos casos donde dicho medio le alcanza para arribar a un resultado jurídico "satisfactorio". De lo contrario, acude a otros procedimientos interpretativos, sea a título complementario o sustitutivo³⁶.

El intérprete se encuentra, pues, confrontado a una serie de alternativas. ¿De qué dependerá su elección entre ellas? Esta es, después de todo, la pregunta fundamental. Insinuaremos, para terminar, la contestación a ese problema.

XI. EL CARACTER DECISIVO DE FACTORES EXTRA-LINGÜÍSTICOS

En definitiva, y aunque suene a paradoja, los caracteres concretos de una interpretación literal van a depender de criterios extra-literales. En efecto, de tales criterios dependerán no sólo las relaciones entre métodos literales y no-literales, sino también la determinación de los rasgos del procedimiento gramatical mismo, a saber:

—la precisión del *marco* propio de ese procedimiento (esto es, saber cuáles son exactamente sus fronteras y cuándo podrá decirse que ellas han sido traspasadas);

—y la manera de determinar, ya *dentro* de dicho marco, cuáles son los sentidos jurídicos buscados (el modo de conocimiento, la orientación, los caminos de la investigación).

Ello es así, porque los medios concretos empleados en la interpretación literal resultan, en última instancia, de la manera de *concebir* el lenguaje examinado: del *tipo* de sentidos que se considere ligado a ese lenguaje. Las polisemias, las vaguedades, etc. son características inherentes al lenguaje común (y en general a los lenguajes no artificiales). El lenguaje jurídico se halla constituido, en su mayor parte, por sectores del lenguaje común. Sus sentidos son esencialmente convencionales. Así, puesto que las significaciones indagadas pueden ser de índole muy variada (según, por ejemplo, la clase de individuos a los que el lenguaje en cuestión se suponga estar dirigido), resultará necesario *elegir*: preferir tal o cual tipo de sentido, dejando de lado otros. El texto de una ley no significa la misma cosa para un jurista que para un lego; y hasta puede significar cosas distintas para juristas de diferentes tendencias, escuelas o inclinaciones.

³⁶ "Cuando la interpretación del precepto satisface la solución deseada, se hace la interpretación literal" (Arturo Ordaz, cit. por Cipriano, pág. 41). "Cuando el sentido de las palabras no es traductor de la plenitud jurídica pretendida, aparece la asistencia de los otros métodos. O se encuentran inicialmente combinados. Pero todo ello sucede en los cauces reguladores de la Gramática" (Cipriano, pág. 55).

La forma de entender el lenguaje depende de un *consenso*, más o menos inconciente o conciente, sobre sentidos del mismo. Pero ese consenso puede darse o no, para tales o cuales casos concretos o tipos de casos. Cuando él no se da, surgen desinteligenacias —perturbaciones en la comunicación— entre aquellos que utilizan el lenguaje. Entre los juristas, esas desinteligenacias no faltan. Ellas se traducen, cuando se refieren al significado de las leyes, en discusiones acerca de la interpretación de las mismas. Dichas desinteligenacias no son, en última instancia, más que la consecuencia de haber sido "elegidos" puntos de partida distintos, criterios semánticos disímiles, para comprender el lenguaje de los textos examinados.

Mas tales elecciones, que proporcionan la base misma de los criterios que se utilizarán para interpretar "literalmente", se encuentran fundadas en factores extra-lingüísticos. Si estamos en condiciones de *elegir* entre distintas formas de entender un lenguaje, es obvio que esa elección no dependerá del lenguaje *mismo* (aunque ella sea *expresada*, en su caso, a través de algún lenguaje)³⁷. Las razones que determinan dichas elecciones, en la interpretación jurídica, tienen que ver con decisiones relativas a los *fundamentos* del Derecho que se aplica: intereses, finalidades, valores, sistemas conceptuales, etc. Según el "tipo" (mentalidad, conocimientos, ideología, etc.) del jurista o, en general, según la clase de destinatario (de la ley) en que el intérprete piensa cuando está interpretando, será el modo en que éste concebirá la semántica del lenguaje analizado. Pero todo esto no es, *en sí mismo*, lenguaje. Son, en cambio, cuestiones relativas al *fundamento* —¡contingente!— que se le reconozca a un lenguaje. O sea, que se trata de factores *extra-lingüísticos*; por más que de ellos dependa, en definitiva, el manejo concreto que se haga del lenguaje en cuestión.

XII. CONCLUSIONES

Hemos efectuado un recorrido, bastante extenso, en torno a aspectos que la doctrina jurídica ha discutido acerca de la interpretación literal-gramatical. Resumiré las principales conclusiones que, a mi juicio, merecen ser desprendidas de lo expuesto:

- i) La interpretación literal posee una *cierta* especificidad, de acuerdo con la definición dada (*supra*, n° VII *in fine*).
- ii) Esa definición permite trazar una diferencia, de modo *muy general*, frente a otros procedimientos interpretativos, aun cuando las fronteras no sean tajantes.

³⁷ "El objeto de las palabras, aunque los filósofos parecen olvidar este simple hecho, es tratar de materias que no son palabras" (Bertrand Russell, cit. por Schaff, p. 84). Véase también Haba (b).

- iii) Pero el contenido mismo de las reglas a que se ajuste la interpretación gramatical, depende de la manera de concebir la semántica del lenguaje respectivo; ello puede variar según el tipo ideal de oyente-lector en que piense el intérprete, o sea, en función de cuáles serán los criterios semánticos que éste acepte (y cuáles los que él rechace).
- iv) Por otro lado, frente a las disposiciones concretas que corresponda interpretar, el método literal puede ser aplicado ya sea solo, ya sea en combinación con otros procedimientos.
- v) La decisión frente a dicha alternativa, o inclusive la posibilidad de que los resultados de una interpretación gramatical sean desplazados ante los emergentes de otras clases de interpretaciones, todo ello depende de criterios extra-literales; el intérprete lo decide (elección) por motivos que no son lingüísticos en sí mismos.
- vi) La interpretación literal constituye, así, una de las figuras de la argumentación jurídica; y su alcance se halla determinado, en cada caso, por relaciones —que pueden ser muy variadas— con otras figuras (interpretación sistemática, interpretación teleológica, etc.) que aparecen asimismo manejadas cuando se determina la norma jurídica aplicable³⁸.

En definitiva:

Los procedimientos literales-gramaticales suministran un marco o un punto de partida para la interpretación de los textos jurídicos. Pero dentro y fuera de ese marco, la interpretación puede ser llevada a cabo según distintas orientaciones y figuras argumentativas; unas y otras se eligen por razones que en última instancia son de índole extra-lingüística. Tales razones determinan, igualmente, que los resultados de la interpretación literal sean (en su caso) preferidos o postpuestos ante soluciones jurídicas obtenidas por otras vías.

APENDICE

El intento de precisar lo que es la “interpretación lógica” ha dado lugar a una literatura bastante abundante. Para complementar lo expuesto en el n° VIII, podrían ser agregadas muchas otras opiniones. A título ilustrativo recogeremos algunas de ellas a continuación.

Como representativas de la posición de aquellos que llaman “interpretación lógica” a la totalidad de los procedimientos no gramaticales, valgan las dos citas siguientes:

³⁸ Para un panorama de esas figuras, véase Haba, *passim*.

“Se le opone [a la interpretación gramatical] la interpretación lógica, comprendiendo, bajo tal expresión, a todos los otros procedimientos de interpretación” (Aubry-Rau, n° 40, pág. 242).
 “... hay dos modos: la interpretación gramatical (que recurre a los usos de la lengua y a las reglas de la sintaxis); y la interpretación lógica, es decir, razonada” (Fabreguettes, pág. 380).

Más o menos en ese mismo sentido, Enneccerus-Nipperdey consideran (n° 48/IV, pág. 203) que las interpretaciones “lógica” y “gramatical” constituyen las dos formas de la interpretación “científica”. Por “interpretación lógica” corresponde entonces entender, según esos autores, el conjunto de aquellos medios que son distintos de los que implican efectuar una argumentación sobre la base del lenguaje de las leyes. Tales son, por ejemplo, los medios que se fundan sobre el contexto interno de una disposición legal, sobre las relaciones de ésta con otras leyes, sobre la finalidad o sobre el valor de los resultados. Y habíamos señalado ya (*supra* n° II) que Engisch, por su parte, admite una bipartición similar, aun cuando él no llega a emplear el término “lógica” para designar a todo el conjunto de las vías no literales. Por último, también emparentada con dichos puntos de vista, puede ser traída a colación la idea siguiente:

“Al sentido de las palabras, como sentido ‘literal’, ‘lingüístico’ o ‘gramatical’ (‘wörtlichen’, ‘sprachlichen’ oder ‘grammatischen Sinn’), le es opuesto ocasionalmente el sentido deseado, considerado como el ‘natural’, ‘real’ o ‘verdadero’” (Keller, pág. 45, n. 44).

Nawiasky ofrece una posición más matizada. El considera (n° 10/2, pág. 192) que en la interpretación lógica o del sentido, a diferencia de la interpretación literal, no se indaga únicamente el sentido de las palabras, sino también el de las proposiciones. Allí, al preguntar lo que el legislador ha querido alcanzar, se examina el contexto de la ley como un todo, o incluso las relaciones de ella con otras leyes; y se puede recurrir igualmente a los trabajos preparatorios, a la *ratio legis*, etc. No obstante, Nawiasky (n° 10/3) estima que la interpretación sistemática —que se funda sobre el hecho de que el ordenamiento jurídico constituye una “unidad objetiva” (pág. 193)— no forma parte de la interpretación lógica misma, sino que es complementaria; de ahí que ambas se hallen reunidas bajo el nombre de interpretación “lógico-sistemática” (pág. 194). Mas hay todavía otro tipo de interpretación (n° 10/4), el cual, a diferencia de las antes mencionadas, no parte de criterios “extrínsecos”, por no decir de “superficie” (pág. 195); este otro tipo se dirige a la idea pre-jurídica que está en la base del Derecho:

“Se puede hablar de una interpretación en el sentido de la imagen [global] prejurídica o de la idea [global] prejurídica fundamental” (Nawiasky, pág. 196).

Gény (nº 15, t. I, pág. 32), al examinar el "método tradicional" (escuela de la exégesis), señala que, en el marco de dicha concepción, se considera la interpretación "lógica" como dirigida hacia la voluntad del legislador:

"Entonces interviene, a fin de suplir la impotencia de la interpretación gramatical, la interpretación impropriamente llamada lógica, cuya esencia, como lo ha mostrado R. von Jhering, consiste, pasando por encima de las palabras, en buscar el pensamiento de la ley, hasta en el alma de su autor".

Las interpretaciones gramatical y lógica, por lo demás,

"se complementan necesariamente; y las deducciones racionales, de acuerdo a las inspiraciones de una sana lógica, intervendrán para dar su pleno desenvolvimiento a la voluntad, cuya expresión, gramaticalmente analizada, no puede nunca representar sino el esqueleto" (nº 100, t. I, pág. 276).

Estos dos medios constituyen, para Gény, "la interpretación por la fórmula del texto"; y ésta puede ser distinguida de "aquella obtenida con ayuda de elementos ajenos a la fórmula" (ibid.), como los trabajos preparatorios.

Según Du Pasquier (nº 198), que retoma la clasificación de Savigny, en la interpretación lógica

"hay que inspirarse en el contexto, confrontando el artículo en cuestión con otras disposiciones generales, y estudiando igualmente lo que se llama 'la economía general de la ley', es decir, su plan. El sitio que ocupa el artículo en un documento legislativo, el título y el subtítulo bajo los cuales se encuentra ubicado, pueden ser determinantes para apreciar su alcance" (pág. 186).

Pero señalemos también un ejemplo de lo que podría ser encarado como una posición intermedia. Según Coviello (nº 30), el "método lógico de interpretación" es el método clásico en general. Quiere decir que aquél abarca tanto los medios tradicionales de interpretación (literal, sistemática, finalista, histórica, etc.), como asimismo los de integración (analogía y principios generales del derecho). Sin embargo, agrega Coviello, algunos han propuesto luego otros procedimientos para reemplazar a los medios "lógicos": es el caso de los métodos evolutivo-histórico, positivo (referencia a las necesidades sociales, a la naturaleza de las cosas), etc., y hasta llegaron a proponerse las vías del "derecho libre".

Para Bobbio (a), no se justifica la distinción que suele hacerse entre las interpretaciones gramatical y lógica:

"la interpretación que es sólo gramatical no corresponde a ninguna interpretación posible, sino que, a lo más, constituye el presupuesto de la interpretación; y la interpretación lógica comprende todas las interpretaciones posibles, puesto que nadie querrá pensar seriamente en la posibilidad de una interpretación ilógica o alógica, o algo por el estilo" (pág. 139).

Puede verse también Szabó, Nos. 3 (pág. 8 s.) y 4 (pág. 16), para quien el resultado de toda interpretación sería, en definitiva, de tipo "declarativo": "declaración" del contenido de una norma jurídica que estamos en condiciones de conocer cada vez mejor.

Señalemos, por último, que han sido propuestas igualmente otras clasificaciones, en función de puntos de vista menos habituales, en donde no aparecen empleados calificativos como "literal", "gramatical" o "lógica", para designar las formas de interpretar. Wolffers, por ejemplo, distingue dos grupos básicos, según la manera de fundamentar las interpretaciones:

"Hablabamos de una fundamentación analítica, siempre que el intérprete se apoye en el hecho de que la significación que él quiere aceptar le ha sido ya otorgada antes —sea de modo reiterado, sea en una sola oportunidad— a la palabra que hay que interpretar. Toda otra fundamentación de interpretaciones, la llamaremos sintética" (pág. 16).

Y cada uno de estos dos grupos aparece luego (pág. 18 ss., 28 ss.) dividido, a su vez, en dos subgrupos, respectivamente:

- fundamentaciones interpretativas que son analíticas desde el punto de vista de la conciencia (*bewusstseinsanalytische*), o bien desde el punto de vista del texto (*textanalytische Interpretationsbegründungen*);
- puntos de vista que jurídicamente son obligatorios o no obligatorios.

TRABAJOS MENCIONADOS

AUBRY, C. & RAU, C.: Cours de Droit civil français. D'après la méthode de Zachareae (Sixième édition, Revue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence par Etienne Bartin), t. I. Paris 1936, Librairie Marchal & Billard, 928 pág.

BARTHOLOMEYCZIC, Horts: Die Kunst der Gesetzesauslegung. Eine wissenschaftliche Hilfe zur praktischen Rechtsanwendung. (El arte de interpretar la ley. Una asistencia científica para la aplicación práctica del Derecho). Francfort 1951, Kommentator Verlag, 128 pág.

- BOBBIO, Norberto: "Scienza del diritto e analisi del linguaggio", en *Revista Tri-mestral de Derecho y Procedura Civil*, año IV, N° 2 (junio 1950), pág. 342-367. Milán 1950, Dott. A. Giuffrè.
- BOBBIO (a): *L'analogia nella logica del diritto*. Torino 1938, Università di Torino, Memorie dell'Istituto Giuridico, Serie II, Memoria XXXVI, 212 pág.
- BRIMO, Albert: "Logique juridique et Méthode juridique", en *La logique juridique*, pág. 213-223. París 1967, A. Pedone.
- CIPRIANO, Nestor Amilcar: *La ley y la palabra. Hacia la revisión de un método de interpretación de la ley*. Buenos Aires 1968, Abeledo-Perrot, 69 pág.
- COING, Helmut: *Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik* (Los métodos jurídicos de interpretación y las teorías de la hermenéutica general). Colonia y Opladen 1959, Westdeutscher Verlag, 56 pág.
- COING (a): *Grundzüge der Rechtsphilosophie* (2da. ed., reelaborada). Berlín 1969, Walter de Gruyter, XV-369 pág. Hay trad. cast. de la 1ª ed., publicada por Ariel, Barcelona, bajo el título *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*.
- COSSIO, Carlos: "El substrato filosófico de los métodos interpretativos", en *Jurisprudencia Argentina*, t. 71, Sección Doctrina, agosto 1940, pág. 25-42. Existe una publicación independiente de este estudio, editada por la Universidad de Santa Fe.
- COVIELLO, Nicolás: *Doctrina General del Derecho Civil* (trad. del italiano por Felipe De J. Tena). México 1938, Uteha, 628 pág.
- DU PASQUIER, Claude: *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit* (4ème ed., mise à jour et augmentée). Neuchatel-París 1967, Delachaux & Niestlé, 364 pág. Hay trad. al castellano.
- ENGISCH, Karl: *Introducción al pensamiento jurídico* (trad. por Ernesto Garzón Valdés, Presentación de Luis García San Miguel). Madrid 1967, Guadarrama, XVIII-272 pág.
- ENNECCERUS, Ludwig: *Derecho Civil (Parte General)*, vol. I (Decimotercera revisión por Hans Carl NIPPERDEY). Barcelona 1947, Bosch, 663 pág.
- FABREGUETTES, M. P.: *La logique judiciaire et l'art de juger* (2me éd., revue et augmentée). París 1926, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 574 pág.
- GENY, François: *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique* (Seconde édition revue et mise au courant. Précédé d'une Préface de Raymond Saleilles). París 1954, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2 tomos, XXV-446 y 422 pág. Hay trad. al castellano de la 1ª ed. (1899), publicada por Reus, Madrid.
- HABA, Enrique P.: *Esquemas Metodológicos en la Interpretación del Derecho Escrito*. Caracas 1972, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Cuaderno de Filosofía del Derecho N° 9, 111 pág. Este trabajo apareció originalmente publicado en la Revista de la Facultad de Derecho de la mencionada Universidad, en tres partes: Nos. 50, 51 y 52.
- HABA (a): "La voluntad del legislador: ¿ficción o realidad?", en *Revista de Ciencias Jurídicas* N° 32 (Mayo-agosto 1977), pág. 73-88. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho & Colegio de Abogados, San José 1978.
- HABA (b): "Etudes en allemand sur les rapports entre droit et langue" (2ª Parte), en *Archives de Philosophie du Droit* vol. 20 (1975), p. 175-207. París 1975, Sirey.
- HECK, Philipp: *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz* (Interpretación de las leyes y Jurisprudencia de Intereses), compilado junto con otros trabajos del mismo autor, seleccionando los principales pasajes, por Roland DUBISCHAR. Bad Homburg vor der Höhe-Berlín-Zurich 1968, Gehlen Verlag, 229 p.
- HORAK, Franz: *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo* (Rationes decidendi. Fundamentación de las decisiones en los juristas romanos antiguos hasta Labeo), vol. I. Aalen 1969, Scientia Verlag, 311 pág.
- KELLER, Adolf: *Die Kritik, Korrektur und Interpretation des Gesetzeswortlautes* (La crítica, corrección e interpretación de la letra de la ley). Winterhur 1960, P. G. Keller, 305 pág.
- KRIELE, Martin: *Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassunginterpretation* (Teoría de la obtención del derecho, desarrollada sobre la base del problema de la interpretación de la Constitución): Berlín 1967, Duncker & Humblot, 334 pág.
- LARENZ, Karl: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (Dritte, völlig neu bearbeitete Auflage): Berlín-Heidelberg-Nueva-York 1975, Springer, XVIII-489 pág. Hay trad. al castellano de la 1ª ed. (1960), publicada por Ariel, Barcelona, bajo el título *Metodología de la Ciencia del Derecho*.
- MEIER-HAYOZ, Arthur: *Comentario al Art. 1º del Código Civil Suizo, en Berner Kommentar. Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht. Einleitung. Artikel 1-10 ZGB*, pág. 78-212. Berna 1962, Stämpfli.
- MÜLLER, Friedrich: *Juristische Methodik* (Metodología jurídica), Berlín 1971, Duncker & Humblot, 202 pág. (Ha aparecido, en 1976, una 2ª ed. de esta obra, reelaborada y ampliada).
- NAWIASKY, Hans: *Teoría general del Derecho* (trad. de José Zafra Valverde). Madrid 1962, Rialp, 414 pág.
- ROSS, Alf: *Sobre el Derecho y la Justicia* (trad. de Genaro R. Carrió). Buenos Aires 1963, Eudeba, XIV-375 pág.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von: *System des heutigen Römischen Rechts* (Sistema del Derecho romano actual), vol. I. Berlín 1840, Veit und Comp., L-430 pág. Hay trad. al castellano publicada por Góngora, Madrid; existe además una traducción parcial, incluida en el volumen *La Ciencia del Derecho*, Losada, Buenos Aires (ese libro contiene también trabajos de Kirchmann, Zitelmann y Kantorowicz).
- SAVIGNY (a): *Juristische Methodenlehre* (Metodología jurídica), Nach der Ausarbeitung des Jakob Grimm, Herausgegeben von Gerhard Wesenberg. Stuttgart 1951, G. F. Koehler, 73 pág. (Se trata de notas tomadas por J. Grimm, de un curso dado por Savigny en el semestre de invierno 1802/1803).
- SBRICCOLI, Mario: *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*. Milán 1969, Dott. A. Giuffrè, 493 pág.
- SCHAFF, Adam: *Introducción a la semántica*. México 1969, Fondo de Cultura Económica, 402 pág.
- SCHREIER, Fritz: *Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte* (La interpretación de las leyes y negocios jurídicos). Leipzig-Viena 1927, Franz Deuticke, V-125 pág.
- SZABO, Imre: *Die theoretischen Fragen der Auslegung der Rechtsnormen* (Los problemas teóricos de la interpretación de las normas jurídicas). Berlín 1963, Akademie-Verlag, 20 pág.

- VERNENGO, Roberto J.: La interpretación literal de la ley y sus problemas. Buenos Aires 1971, Abeledo-Perrot, 107 pág.
- VONGLIS, Bernard: La lettre et l'esprit de la loi, dans la jurisprudence classique et la rhétorique. París 1968, Sirey, 220 pág.
- WOLFF, Karl: Die Gesetzessprache (El lenguaje de la ley). Viena 1952, Brüder Hollinek, 121 pág.
- WOLFFERS, Artur: Logische Grundformen der juristischen Interpretation (Formas lógicas básicas de la interpretación jurídica). Berna-Stuttgart 1971, Paul Haupt, 48 pág.
- WURZEL, Karl Georg: Das juristische Denken. Studie. (El pensamiento jurídico. Un estudio). Viena 1904, Moritz Perles, 102 pág.
- ZIMMERMANN, Theo: "Der Wortlaut des Gesetzes im Spiegel höchstgerichtlicher Rechtsprechung" (La letra de la ley en el espejo de la jurisprudencia de los tribunales superiores), en Neue Juristische Wochenschrift, año 9 (1956), 2º medio volumen, pág. 1262-1264. Munich-Berlín, C. H. Beck.

NOTAS SOBRE EL PROBLEMA DE LA CONSTITUCION POLITICA

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

El Derecho público no tiene absolutamente otro objeto que lo político.

Pufendorf se enojaba con los profesores de Derecho Público que estudiaban la Constitución alemana sin conocer la política. Son tan aptos para sus asuntos —decía burlándose— como el asno para la música de arpa.

Heinrich Triepel*

* Derecho público y político. (Madrid: Civitas. 1974), pp. 42 y 51.

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. ¿QUE ES UNA CONSTITUCION POLITICA? III. TIPOLOGIA DE LAS CONSTITUCIONES POLITICAS = no escritas, escritas, rígidas, flexibles, racional-normativo, histórico-tradicional... IV. EL CASO DE COSTA RICA = convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente; argumentos en contra, tesis de Eduardo Ortiz; argumentos a favor. V. CONCLUSIONES. VI RESUMEN. VII. BIBLIOGRAFIA BASICA.

SIGLAS MAS USADAS:

ANC:	Asamblea Nacional Constituyente
CP:	Constitución Política
CPr:	Constitución Política real
CPp:	Constitución Política como hoja de papel
Cfl:	Constitución flexible
Cr:	Constitución rígida
Ce:	Constitución escrita
Cj:	Constitución jurídica
Cd:	Constitución documental
Cne:	Constitución no escrita
Ca:	Constitución en sentido absoluto
Cre:	Constitución en sentido relativo
Cjd:	Constitución jurídica destacada
Cm:	Constitución material
Cf:	Constitución formal
Cp:	Constitución en sentido positivo
Ci:	Constitución ideal
Co:	Convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente
D:	Derecho
E:	Estado
Em:	Estado moderno
Ed:	Estado de derecho
Ee:	Estado específico.
Eg:	Estado global, integral, total
Eb:	Estado burgués
Es:	Estado socialista
Ec:	Estado constitucional
frp:	factores reales de poder
fd:	fuerzas dominantes en la sociedad
Fg:	Forma concreta de gobierno
Ff:	La Constitución Política entendida como forma de formas
Ll:	La Constitución Política entendida como Ley de leyes
Lf:	La Constitución Política entendida como Ley fundamental del Estado y de la Sociedad.
Nn:	La Constitución Política entendida como Norma de normas.
Sn:	Sistema global o total de las normas jurídicas (el entero ordenamiento jurídico)
Ss:	La sociedad vista como un entero Sistema social, según el enfoque de Talcott Parsons.
Up:	la unidad política existente o el sistema político total concreto y específico.

I. INTRODUCCION

La problemática de la Constitución Política se ha puesto de moda en nuestro país debido a que desde 1966 a esta parte (1978), el Partido Liberación Nacional, por medio de sus correspondientes grupos, ha insistido en la necesidad de elaborar una Carta Magna, lo cual implica el llamado a una Asamblea Nacional Constituyente.

Por ello, estos apuntes o notas se escriben a propósito y al calor de ese ambiente creado durante 12 años en los que el tema constitucional ha estado presente en los debates nacionales de una u otra forma.

También estas notas pueden servir a los estudiantes del curso de Teoría del Estado, que en el II Semestre estudian este aspecto del Ordenamiento Jurídico costarricense.

En este sentido, estas notas son un testimonio y una colaboración didáctica al citado curso universitario, que en varias oportunidades me ha correspondido explicar.

II. ¿QUE ES UNA CONSTITUCION POLITICA?

Al respecto se han confeccionado muchas tesis y las definiciones escritas son variadas y numerosas. Analicemos algunas, seguidamente.

1. Fernando Lasalle (1825-1864).

Frente a la afirmación fácil de que la *Constitución* es un pacto jurado entre el Rey y el pueblo, que establece los principios básicos de la legislación y del gobierno dentro de un país; o, la ley fundamental proclamada en el país, en la que se echan los cimientos para la organización del Derecho Público de esa nación. Lasalle considera que ninguna de esas definiciones, jurídicas formales nos dicen dónde está el concepto de toda constitución, es decir, la esencia constitucional.

Para este autor, la constitución es la suma de los factores reales de poder que rigen un país. Este es un concepto político o sociológico político frente al criterio jurídico que afirma que la constitución es la Ley fundamental de una nación.

Se pueden distinguir dos clases de CP:

- la real (CPr), la efectiva, la que se da en la realidad social, integrada por esa suma de factores de poder que mandan y rigen la sociedad; y,

b) la hoja de papel (CPp), el documento en el cual se ponen por escrito normas llamadas jurídicas.

Este nombre de "hoja de papel" para la CP, recuerda la expresión de Federico Guillermo IV, el 11 de abril de 1847: "Me creo obligado a hacer aquí la solemne declaración de que ni ahora ni nunca permitiré que entre el Dios del cielo y mi país se deslice una hoja escrita a guisa de segunda providencia". De este modo, este monarca rechazaba la posibilidad de que su origen divino fuera obstaculizado por dicha hoja escrita o CP moderna.

Para Lasalle, la CP real, esa acumulación integrada de fuerzas políticas y concretas de la sociedad, es anterior a la CP escrita, propia de los Estados modernos. La misión de esta CP escrita, de este papel u hoja de papel es resumir y estatuir en un documento, todas las instituciones y principios de gobierno vigentes en un país determinado.

Este mismo autor, se pregunta cuándo una constitución escrita es buena y duradera?

Pregunta importante, porque significa emplazar un punto polémico de la sociología jurídica. Nada menos que el potencial desfase entre el Derecho estatuido, escrito; y, los factores reales de la sociedad.

La respuesta que da Lasalle es ésta:

La CP escrita es buena y duradera cuando corresponde a la CP real, a la que tiene sus raíces en los factores de poder que rigen un país. Cuando no se da esa correspondencia, esa congruencia entre la CP escrita y la CP real, la hoja de papel sucumbe ante el empuje de las verdaderas fuerzas de la nación, es decir, la CP real.

En otras palabras, los problemas de una CP no son jurídicos, sino políticos; son problemas de poder. Por ello la verdadera CP de un país reside en los factores reales y efectivos de poder que rigen y mandan en esa colectividad organizada. Siendo las CP escritas, simples pedazos de papel, cuando no son expresión fiel de esos factores de poder¹.

Este escritor se planteó bien el problema de la relación entre un pedazo de papel y la realidad. Demostró, o trató de probar, que lo que tiene relevancia cuando se estudia y se trata de analizar situaciones constitucionales, es la estructura, la red y los elementos que forman los factores reales del poder político en un país. Manifestó que el derecho constitucional o la CP se convertía en una hoja de papel, en un escrito sin valor cuando la realidad global discrepaba de lo que el papel decía. Siendo necesario, por ejemplo, redactar un nuevo documento, en nuevo pedazo de papel o CP escrita concordante con la realidad social integral.

Este enfoque es útil para el estudio de las CP escritas y para el análisis de las demandas de una sociedad por el llamado a una con-

¹ LASALLE, Ferdinand. ¿Qué es una Constitución? (Buenos Aires: Siglo Veinte. 1964). Introducción de Franz Mehring. Traducción del alemán de Wenceslao Roces. Págs. 49, 63, 73, 81, 82 y 98. Fundador de la social democracia alemana. De origen judío.

vocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente. Claro que el problema que se presenta, es: ¿cómo detectar, cómo medir —con certeza y exactitud— cuando una CP escrita requiere un ajuste parcial o general. ¿Cómo tomarle el pulso, con parámetros precisos, al momento en que los llamados por Lasalle "factores reales del poder" hacen insoslayable la tarea de renovar la CP escrita?

Es probable que los grupos dominantes de cada país, esa clase social dominante (con sus fracciones heterogéneas) tomarán la decisión en el momento que estimen oportuno y conveniente a sus intereses de clase hegemónica. Podría darse el caso real de que no hay acuerdo entre las fracciones de la clase dominante de un país, como es el ejemplo costarricense, en estos años de 1966 a 1978, en los cuales una facción o segmento político del Partido Liberación Nacional, (de corte burgués, y representativo de un sector de la clase hegemónica nacional) viene dando la pelea para que se redacte una nueva CP y el resto de las fracciones de esa clase social se opone a dicha convocatoria. En otros términos debe existir un consenso mayoritario en la clase dominante de una nación para que este tipo de medidas básicas para todo el sistema político y jurídico, se den en la realidad.

2. Agustín Gordillo.

Para este tratadista argentino, la CP es un orden jurídico pleno, impuesto por el pueblo al Estado, en el cual le regula su estructura y organización, establece las facultades del mismo frente a los individuos y los derechos de los habitantes frente a él.

La Ley Fundamental o CP, es algo más que un simple programa de gobierno o expresión de deseos; es como su nombre lo indica, la ley superior del ordenamiento jurídico. Todo este ordenamiento legal, está subordinado a la CP. Así, la CP es suprema, superior e imperativa. Tiene el rango más elevado en la jerarquía de las fuentes del Derecho.

Asimismo, expresa Gordillo, en buena lid democrática, la CP es una decisión del pueblo al Estado. El pueblo es el creador del derecho, el forjador del orden normativo. Ello, debido a que el pueblo es el detentador del poder soberano y el Estado un sujeto de derecho sometido al Ordenamiento jurídico global².

Esta es la tesis de un jurista experto en Derecho Público. En un planteamiento jurídico-formal. Congruente con el sistema racional, burgués, capitalista, como afirma Max Weber. Dentro de la teoría democrático liberal, el pueblo es el soberano, pero se oculta la estructura de clases sociales y las relaciones de dominación que se establecen entre

² GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. (Buenos Aires. Macchi. 1974), págs. V-3, 8, 9 y 16.

ellas. Por ello, el derecho racional, burgués y capitalista³ escamotea las relaciones de poder entre las clases sociales; disfraza la dominación y formaliza la sociedad, como si sustituyendo los hombres de carne y hueso por categorías mentales o conceptos lógicos formales, pudiera diluir lo espeso de la estructura de la dominación social. Pero, hay que señalar que Gordillo lo que hace es mencionar (no crear), la tesis del derecho burgués formal.

Si la concepción liberal burguesa citada, fuera cierta, en términos de la "entera sociedad" (de su referente empírico, como diría Rousseau) entonces el pueblo gobernaría en su favor; pero lo cierto del caso es que la categoría instrumental u operacional "pueblo" no existe, pues ¿qué es el pueblo?; o, ¿quién es el pueblo? Nadie, en especial, ni todos en general. Es todo y es nada. Es todo, porque engloba todos los grupos sociales de una sociedad; pero, es nada, debido a que impide, por su generalidad y heterogeneidad, efectuar un análisis cuidadoso de esa realidad llamada —*a priori*— "pueblo".

¿Qué es lo común en ese concepto de "pueblo"? Que son seres humanos. Tal vez. Que tienen elementos que lo unifican, como el territorio, el Estado, etc. Pueda ser. Pero, fuera de estos intentos de uniformar la categoría mental "pueblo", ¿qué observamos bajo el lente del sociólogo? Lo que vemos es que hay negros, mulatos, blancos, amarillos; católicos y protestantes; ricos y pobres; capitalistas y trabajadores. Y, que precisamente, esas diferencias en el color de la piel, en los credos políticos o religiosos, en la tenencia o ausencia del poder económico y/o del político, los enfrenta entre sí, construyendo toda una estructura de poder, de dominación de unos sobre otros. Por tanto, lo que *prima facie* nos parecía homogéneo, uniforme, armónico, coherente, acoplado; se torna, heterogéneo, policromo, conflictivo, incoherente, en crisis continua. Bajo la vigilancia férrea, coactiva del respectivo grupo dominante, que incluso puede matar (legítimamente), ya que los delitos políticos o los delitos contra el estado o contra el "orden y la paz social", legalizan el homicidio en aras del *statu quo*, en cualquier sociedad y en cualquier sistema político y en cualquier época histórica.

Por consiguiente, esa clase definiciones jurídicas, formales, categoriales son ideología oficial, legítimamente del sistema establecido, cualquiera que fuese.

En este sentido el lenguaje jurídico se convierte en fetiche, se cosifica cuando se llega a creer que la realidad se comporta como lo dice la CP (realidad = CP); o la magia de la palabra jurídica llega a confundir y traslapar el plano de la normatividad (de la regla de derecho) con el de la realidad global.

³ Al respecto la obra del sociólogo alemán Max Weber es sumamente sugestiva y explicativa del capitalismo visto a partir de su racionalidad, de su formalismo, de su calculabilidad.

3. D. Tramontana.

Según este autor (y, en concordancia con muchos otros) la CP es el ordenamiento jurídico de un determinado Estado⁴.

Esta definición técnica-jurídica, apunta hacia la regulación del Estado, englobando sus tres criterios (Estado-persona, Estado-comunidad y Estado-aparato).

Esta definición está en la misma línea que la dada por el diccionario dirigido por Capitant, que indica que la CP es el conjunto de reglas fundamentales que rigen la organización y las relaciones entre los Poderes Públicos y fijan los grandes principios del derecho público de un Estado⁵.

Este concepto no es valorativo ni es ideológico, sino —simplemente— descriptivo y metodológico. Nos acerca al concepto de CP, y la define como normas jurídicas fundamentales del Estado, en sentido laxo. También esta clase de conceptualizaciones son instrumentales o funcionales, por cuanto nos sirven en el análisis de la realidad que hemos acotado previamente.

Dentro de esta corriente técnica, se puede agregar que la CP es la "norma de normas", queriendo decir con ello que se trata de la norma jurídica de más alto rango y de mayor jerarquía; como, cuando se habla de "forma de formas", señalando que la CP es la formalización del derecho más acabada, la síntesis el ABC del Ordenamiento Jurídico de un país.

III. TIPOLOGIA DE LAS CONSTITUCIONES POLITICAS (CP).

1) No escritas.

Son aquellas CP no escritas; fruto de la costumbre. Cada colectividad humana la ha entendido como el conjunto de normas que regulan la convivencia a lo largo del tiempo y que constituyen el centro neurálgico del cuerpo organizativo de la sociedad.

2) Escritas.

Principalmente a partir del Estado moderno, en Europa continental se fue haciendo costumbre el escribir aquellas pautas principales de regulación de la sociedad.

⁴ TRAMONTANA, Domenico. Diritto Costituzionale. (Milano: Cetim. 1975), pág. 8.

⁵ CAPITANT, Henri; Vocabulario jurídico. (Buenos Aires: Depalma. 1973). pág. 155. Director de la obra.

Como expresa Bryce, las "no escritas" pueden ser llamadas "viejas" o CP de derecho consuetudinario (*Common Law Constitutions*); y, las "escritas" como nuevas o modernas; y, también *Statutory Constitutions* o *Statute Law*⁶

3) Rígidas.

Estas CP tienen estas características:

- i. Poseen un rango superior a las leyes emanadas de la Asamblea Legislativa.
- ii. No son modificables por la autoridad legislativa ordinaria.
- iii. Su estructura es dura y fija.
- iv. La promulgación de ellas corresponde al órgano específico, *ad hoc* creado para tal fin: Asamblea Nacional Constituyente.
- v. Prevalen sobre las demás normas jurídicas, teniendo que ceder las demás ante las CP.
- vi. Son llamadas modernas y estatutarias.
- vii. Son creadas y/o abolidas según un procedimiento formal, rígido, solemne.

4) Flexibles.

Sus notas peculiares son:

- i. Poseen un rango igual al de las demás leyes.
- ii. Son modificables por la autoridad legislativa ordinaria.
- iii. Su estructura es flexible y variable.
- iv. La promulgación de ellas corresponde al mismo Poder Público que emite las demás Leyes: Parlamento.
- v. Se consideran como leyes ordinarias, en pie de igualdad con las demás leyes.
- vi. Son denominadas flexibles.
- vii. Son creadas o abolidas según el mismo procedimiento establecido para las demás leyes⁷.

Las "rígidas" son denominadas también CP estáticas, sólidas o cristalizadas; mientras que las "flexibles" se califican, además, como cambiantes, fluidas o elásticas. Explica Bryce, que otra metáfora que puede ser usada para explicar esos tipos de CP, es el de flexible y rígido, en este sentido: las CP del tipo más antiguo (históricamente) pueden

⁶ BRYCE, James. *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. (Madrid: Instituto de Estudios Políticos. 1962), págs. 15 a 19.

⁷ BRYCE, op. cit., págs. 19 a 24.

llamarse *flexibles*, porque poseen elasticidad y se adaptan y alteran sus formas sin perder sus notas características principales o básicas. En cambio, las CP del tipo más moderno, no poseen esta propiedad de adaptación y variabilidad, porque su estructura es dura y fija. Por ello, se pueden calificar de *rígidas*.

Recordemos, aquí, que para Bryce, la CP —"hablando con propiedad", como él dice— es la estructura de una sociedad política organizada a través de la ley y por ella. Es decir, aquella sociedad política estructurada en que la ley ha establecido instituciones permanentes con funciones reconocidas y derechos definidos⁸. Insistiendo en que hay que tener presente, que históricamente, la CP flexible, es anterior a la CP rígida de los tiempos modernos. Ya que la CP *flexible* es un cuerpo de reglas establecidas que abarcan y condicionan las funciones de gobierno; es decir, estructuran el poder político. Organizan y dan legitimidad a la dominación social en la comunidad⁹.

Esa idea de la existencia de una estructura de dominación que integra y define el poder político oficial y legítimo (CP flexible), es por supuesto, anterior —en el tiempo— a la CP rígida, formal, documentada y escrita.

Si la CP flexible es antigua, llena del misterio del pasado, plétórica de la solemnidad de la vejez de los tiempos; la CP, rígida responde al criterio del derecho burgués racional y formal: el desencantamiento, la eliminación de la magia secular de los registros de la historia. Así se explica por qué el lenguaje esotérico del derecho, las fórmulas del procedimiento, los mecanismos de elección de la Asamblea Nacional Constituyente, su respectivo procedimiento, etc., están fuera del alcance del hombre medio, del no iniciado en los ritos de la lógica, la técnica, la estructura y ligámenes del *ius*.

Como bien lo expresa Bryce, la CP *rígida* nace, como respuesta a cuatro posibles causas:

- * al deseo de los ciudadanos (de quienes disfrutaban de los derechos políticos) de asegurar sus propios derechos cuando están amenazados; y, de limitar la acción del gobernante.
- ** La cristalización, por el gobernante, de las reglas de juego de la sociedad. Así, se establece la forma de gobierno para evitar, en el futuro, posteriores controversias respecto a esa forma.
- *** La fundación de una comunidad política que desea contar con el consenso y el apoyo de los miembros de la sociedad (interés de legitimarse, como instrumento de orden y de poder legítimo).

⁸ BRYCE, *idem.*, págs. 25 a 35.

⁹ BRYCE, *ibidem.*, págs. 36 a 38.

**** Al deseo de la comunidad minoritaria, de que la sociedad más amplia, le respete sus fronteras jurídicas y políticas. (Delimitar la esfera de competencia de cada Estado)¹⁰.

Finalmente, nos recuerda el autor *sub-examine* que no hay que confundir las CP rígidas con las CP documentales, las cuales ya existían desde la antigua Grecia. En ella, la ciudad-estado se reunía, con todos aquellos que tenían los derechos políticos; no existiendo ninguna autoridad superior a la legislatura con poder para promulgar una CP documental, en la medida en que la legislatura o la asamblea constituyente era la masa reunida de los miembros de esas ciudades-estados¹¹.

5) Racional-normativo.

Para este enfoque, las CP es un tipo de organización política de una sociedad regulada por la razón humana que se proyecta y se realiza en la CP escrita. Aquí la CP está dada de una sola vez y para siempre; resume la sabiduría del hombre. Se mezcla con la corriente racionalista e iluminista de los siglos de oro en Europa. Es fruto de las corrientes del pensamiento conocidos como el enciclopedismo, el racionalismo y el iluminismo.

Es un sistema de normas que regulan la sociedad en forma cabal, omnicompreensiva, perfecta. Así, se racionaliza la vida política de un pueblo, se planifica hacia el futuro en base al instrumento legal de mayor rango. Respondiendo así al deseo de la burguesía victoriosa en Francia (*post* 1789) de dominar los fenómenos sociales globales con la razón, con el intelecto. Es el positivismo legal que somete la acción social a la estructura legal. De este modo, la CP logrará el orden; dándose una relación dialéctica entre la ley y el orden, precisamente; ya que existe entre estas dos variables una doble implicación: una depende de la otra y viceversa. El orden burgués que nace, se siente eterno y su eternidad la desea garantizar por medio de la CP.

Así, como griegos antiguos estimaban que no cabía vivir político sin *polis*, así los burgueses de la modernidad plantean la tesis de que no cabe existencia jurídico —política fuera de la CP racional-normativa que están forjando.

Esta tipología de la CP (la racional-normativa) presenta estos supuestos de base:

—*Racional*: cree o postula que la razón del hombre puede de una sola vez y para siempre fijar el rumbo político y jurídico de un pueblo. Ya que la razón puede captar los denominadores comunes de los hechos sociales de una colectividad y sobre esos elementos básicos construir una arquitectura propia para el Estado burgués.

¹⁰ BRYCE, cit., págs. 100 y 101.

¹¹ BRYCE, cit., págs. 106 a 108.

—*Normativista*: postula que se da una relación mecánica y automática entre la CP y la realidad; de tal suerte, que la realidad se acomodará a la Norma Fundamental del Estado o que habrá una identidad entre mundo real y el mundo de las normas jurídicas. Esto, claro está, que es magia legal. Es *vodú* jurídico, pues la realidad, lo que sucede en el acontecer diario de una sociedad tiene su propia dinámica y concuerda más bien poco con lo estatuido jurídicamente.

—*Liberal*: parte de la simbología mítica que sostiene que la sociedad está formada por sujetos iguales, libres y racionales. Estos sujetos de derechos libres, elaboran la CP gracias a su libertad, a su racionalidad y a su igualdad, por supuesto, formal *nunca* real y fáctica.

—*estructural-funcional*: parte del supuesto que la sociedad está en orden o que hay que ponerla en orden; que hay un sistema social equilibrado. Cabalmente, la CP tiene la *función* de ser un instrumento para el orden, el equilibrio y la armonía social.

Cabe recordar aquí, el homólogo tesarario que sostienen los ideólogos del sistema económico, que afirma que la sociedad está regulada, establecida y estable (Adam Smith y su “mano invisible”).

—*Control político*: se considera que el poder político queda encuadrado dentro de los cánones de la CP; subordinando, de esta manera la arbitrariedad política a la racionalidad de la CP.

—*Ecosistema*: sirve al sistema económico capitalista que requiere racionalidad, calculabilidad y seguridad legal. La CP garantiza, protege, estabiliza el sistema económico; reproduce, así, las relaciones de producción capitalistas y constituye un *feed-back* del sistema social integral burgués. Manteniendo equilibrado, vivo y ordenado el mundo de las relaciones totales de dominación sociopolítica racional-burgués-capitalista, como afirma Max Weber¹².

—*Sacro*: considera que sólo se puede variar la CP por medios solemnes, formales, rituales y puntillosamente establecidos. Sacraliza las relaciones jurídicas de primer orden y con esto resguarda la santidad del instrumento *per se* de la dominación de la clase social hegemónica sobre la clase social dominada (en expresión tipo-ideal, de corte weberiano), que es la CP. Así, la elección de los diputados constituyentes, los procedimientos de una Asamblea Nacional Constituyente y todo lo relativo a este superior órgano de producción de la Ley Fundamental del Estado y de la sociedad constituye el *arca de la alianza*, la *tora* mercedora de toda la atención posible, pues es la varita mágica de la estructura de dominación

¹² Al respecto, hemos elaborado una monografía sobre La sociología jurídica en Max Weber (San José: Trejos Sucs. 1975; agotada), en la cual se ha intentado efectuar un análisis integral y coordinado de la acción recíproca entre Derecho y Economía en el sistema capitalista.

social en manos de la burguesía que asume el mando en Francia y en Inglaterra, luego de 1789 y 1688, respectivamente.

—*Conservación:* la CP hay que mantenerla, pues es el logro de la razón. Antes que modificarla, hay que agotar todos los medios para que ella se cumpla; fallando, en última instancia los hombres y no las instituciones consagradas en la C.P.

En esta concepción tipológica se expresa la ideología burguesa que fabrica el mundo capitalista en Occidente. Descartes, Rousseau, Locke, Kelsen, y muchos otros elaboran la ideología de ese sistema al cual justifican y racionalizan. Son los ideólogos de la burguesía en ascenso y en consolidación.

6) *Histórico-tradicional.*

Aquí la CP deriva del pasado, de los tiempos idos, de lo secular; y, no de la razón humana. La CP no es creación de normas jurídicas y políticas; sino, que, es recipiente de tradiciones, costumbres, hábitos y usos del pasado. Así, pues, la CP parte del supuesto (en esta tipología) del historicismo como lo que se dio ya en la Historia del hombre, como hechos pasados, sucedidos e irrepetibles. Por ello, la CP es declarativa de la sagrada tradición y la costumbre. En este sentido, este tipo de CP es conservadora.

Claro está, que en la base de este tipo se puede dar el *historicismo conservador* de Burke y De Maistre, según el cual la razón ni la libertad del hombre pueden modificar el desenvolvimiento del pasado proyectado hacia el futuro. Se trata, de un determinismo del movimiento histórico. O, el *historicismo liberal* de Humboldt y Groce, para los cuales la libertad del ser humano puede orientar y planificar hacia el futuro la historia, aunque no la construye, ya que ésta tiene su propia dinámica y su propia entidad.

El otro tipo de historicismo, el marxista, no se adapta como postulado ideológico a esa categoría de CP, pues parte de la afirmación del cambio en la historia, mediante los procesos dialécticos que en ella se dan. Se da aquí, una combinación de factores filosóficos tradicionales con elementos sociológicos. Es decir, Marx-Engels indican que el hombre es un ser sociológico, delimitado en la trama tupida y espesa de la sociedad y de las relaciones de producción (estructura global de la sociedad); casi atrapado irremediablemente (aspecto del historicismo tradicional, en cuanto determinismo). Pero, a su vez, sostienen que el hombre hace su propia historia, es el constructor de su universo histórico (creatividad humana).

Estimo que en el marxismo clásico (Marx-Engels) no se superó lógicamente esa trampa del sistema analítico propuesto por ellos, pues, al tenor de las teologías judías y la cristiana (de las cuales, ese marxismo tanto captó, metodológicamente), el ser humano tiene libre albedrío para producir su propia vida, pero a su vez, los hilos de la

historia no los tiene en sus manos del todo. Pareciendo, más bien que es una marioneta un poco consciente de serlo. Esto, se da por cuanto en Marx-Engels hay muchas zonas oscuras en donde se roza la filosofía y la sociología (además de la economía, el derecho y la política), en una gama variada de posibilidades de realización.

7) *Sociologismo.*

En este tipo, la CP no es fruto de la razón ni de la historia o la costumbre sacra y secular. La CP es el resultado de las relaciones y de las estructuras sociales.

En este tipo de CP se ubica Lasalle, cuando afirma que la CP es la suma de los factores reales de poder en la sociedad (clases dominantes, relaciones sociales de poder formal y material, etc.). Esta CP vale, si es efectiva, si se cumple. Por eso hace relación a los referentes empíricos, a la realidad social total. Siendo esto así, para modificar una CP hay que cambiar los factores de poder, su estructura y relaciones de dominación; porque, es falso que cambiando la CP variará la realidad empírica sobre la cual se quiere proyectar.

Dentro del par conceptual "normatividad-normalidad", la realidad es la normalidad y la CP es la esfera de lo normativo. Por ello, es la lucha de clases sociales la que genera cambios en la normalidad que se pueden trasladar a la normatividad, cuando la CP (normatividad) requiere ser modificada, accediendo la clase social dominante a ello ante el empuje de la lucha de clases y de la presión de las clases dominadas. Factor primordial para esos cambios en la CP, son el empirismo, entendido como la labor de diagnóstico de la realidad para detectar los cambios en la estructura social que hacen necesario un cambio en la CP. Al respecto, se dan —al menos— dos situaciones diversas, con respecto a esa relación entre CP y realidad social. Los ideólogos que sostienen que la realidad cambia, pero no se transforma sustancialmente (tesis conservadora, opuesta a las reformas constitucionales); y, la otra corriente que afirma que la realidad es mutable y por lo tanto la CP también debe ser mudable (tesis del cambio sociojurídico)¹³.

8) *Decisionismo.*

Este tipo lo representa Carl Schmit, con su obra *Teoría de la Constitución*¹⁴.

¹³ Estos tipos del 5) al 7), se han tomado de la exposición que hace Manuel García Pelayo en su obra *Derecho Constitucional Comparado* (Madrid: Revista de Occidente, 1950), págs. 29 a 46. También de Humberto Quiroga Lavié *Tipología y clasificación de las Constituciones* (Buenos Aires: revista Dike, N° 1), págs. 44 a 46, 1976).

¹⁴ México: Editora Nacional, 1970.

Según este tipo, la CP es la decisión fundamental sobre el modo o forma de gobierno de un pueblo.

Al respecto dice Schmitt:

"Por Constitución moderna del Estado burgués de Derecho se entiende aquí una clase de Constitución a la que pertenece la mayoría de las hoy existentes".

Agregando que:

"La moderna Constitución del Estado burgués se corresponde de sus principios con el ideal de Constitución del individualismo burgués, y tanto que se suelen equiparar estos principios a Constitución y atribuir el mismo significado a las expresiones 'Estado constitucional' y 'Estado burgués de Derecho'".

Puntualizando el autor que:

"Esta clase de Constituciones contienen, en primer término, una decisión en el sentido de la libertad burguesa: *libertad personal, propiedad privada, libertad de contratación, libertad de industria y comercio, etc.*"¹⁵.

Interesa destacar el pensamiento de este autor, el cual aplica conceptos y métodos de análisis marxista y weberiano, sin ser marxista, pero sí seguidor de Max Weber en el análisis del fenómeno global Estado-Derecho-Política.

Como bien afirma Schmitt, la Constitución del Estado burgués de Derecho es, según su devenir histórico y su esquema fundamental, todavía hoy dominante, una Constitución *liberal*; y, liberal, en el sentido de la *libertad burguesa*. Su sentido y su finalidad es la *liberté*, la protección de los ciudadanos contra el abuso del Poder público. Y, al decir de Kant, se funda dicha CP, en primer término, según los principios de la libertad de los miembros de una sociedad en cuanto seres humanos¹⁶.

La exaltación de los derechos del individuo burgués, del hombre burgués, y su correspondiente *liberté*, por un lado, y por otra la separación del Poder Público en tres esferas de acción funcional (legislación, administración y jurisdicción), constituyen el meollo del Estado racional burgués capitalista (Weber-Schmitt).

¹⁵ Idem., pág. 145. El mismo Schmitt precisa que habla de CP moderna, en el sentido de que corresponde a las hoy existentes, sin añadir juicio de valor alguno al concepto de "moderna" (pág. 145). Las cursivas son nuestras.

¹⁶ SCHMITT, op. cit., págs. 146 a 150.

La definición específica del Estado de Derecho burgués, se centra en la libertad burguesa. De acuerdo con ello, el Estado de Derecho es aquel que respete, sin condiciones, el derecho objetivo vigente y los derechos subjetivos que existan. Frente al Estado de fuerza (glorificador de la razón de Estado y de su *gloire*) se establece el Estado de Derecho, mantenedor del orden jurídico burgués basado en la propiedad privada y en la libertad personal. Considerándose, ese Estado como el garante armado (coacción física legítima —Weber—) de ese orden, paz, Ley y seguridad burguesa¹⁷.

La defensa de ese orden burgués contra los posibles excesos de la maquinaria estatal, es el principio de legalidad en la Administración Pública. Dicha legalidad será la garantía de la libertad burguesa.

Ese concepto de Ley, garantiza la libertad y la igualdad burguesa de esa categoría jurídico-política conocida como "ciudadano" (*citoyen*). Siendo así, el concepto de Ley no representa una voluntad de mando caprichoso, sino una razón; un criterio racional-calculable de regulación de la conducta de las personas jurídicas y físicas. Así, se le otorga a la Ley, las notas peculiares de abstracción, generalidad, impersonalidad¹⁸.

De este modo, la Ley es el límite de acción de los Poderes Públicos en su relación con los ciudadanos iguales, libres y fraternos, en esa unión burguesa que integran como grupo social en pugna contra el absolutismo y la monarquía, revolucionario en sus puntos simbólicos de 1789 y 1688, en Francia e Inglaterra, respectivamente. Eso sí, cuando la burguesía en ascenso toma el control suficiente del aparato estatal, se convierte en clase dominante y utiliza el poder del Estado, en su favor para mantener su hegemonía.

Veamos ahora los tipos de CP, que nos presenta el autor citado.

9) Tipo absoluto.

Schmitt, comienza por decir que la palabra *Constitución* tiene diversas maneras de definirla, al punto que llega a decir que "todo lo imaginable puede tener una 'constitución'"¹⁹. Así, $X = \text{constitución}$; $X = C$. Donde $X = \text{todo lo imaginable}$.

Si $X = C$, entonces hay que delimitar el concepto, pues si "constitución", es la acción de constituir —según el diccionario del idioma— o la esencia y calidad de una cosa, de ahí se desprende que hay que restringir ese concepto a la constitución del Estado. Así, pues, la palabra "cosa" (genérica) es sustituida por la palabra "Estado". Siendo "Estado", la unidad política de un pueblo. Detallemos los conceptos

¹⁷ SCHMITT, id., pág. 151.

¹⁸ SCHMITT, ib., págs. 171 a 180.

¹⁹ SCHMITT, ib., pág. 3.

o las ubicaciones semánticas y/o semióticas de la palabra "constitución" (C) para este autor:

C: —de cualquier cosa

- del Estado (en sentido genérico, laxo, global, integral o general)
- de la situación total de la unidad y ordenación políticas (Estado, en un determinado sentido restringido y específico)
- sistema cerrado de normas en una dimensión ideal.

De este modo, cuando se define C como un todo (con verdad real o con verdad mental—"pensado"), se dice que el concepto de C instrumentalizado, de acuerdo a los fines de la investigación, es de carácter absoluto. Se hace *relativo* el concepto, puntualiza Schmitt, cuando se habla de una diversidad de leyes constitucionales²⁰.

Luego el autor citado, pasa a analizar esos conceptos *absolutos* y *relativos* de C.

1º) Ca = Constitución en sentido absoluto.

i) Ca = la concreta manera de ser resultante de cualquier unidad política existente. (Up).

Así,

Ca = Up

De acuerdo con i) a todo Estado (E) le corresponde una unidad política y una ordenación social.

Así,

Ca = Up = Ee; donde, Ee = Estado concreto, específico (Alemania, Francia, Costa Rica).

Pero, hay que entender aquí que el E = C; el Estado específico (Ee) es una Constitución. A tal grado, que existe una doble implicación lógica entre Ee y C. La existencia de uno depende del otro.

Aquí, C no es un sistema o de preceptos jurídicos y normas (Sn) con arreglo a los cuales se rijan la formación de la voluntad estatal y el ejercicio de la actividad del Estado (E), y a consecuencia de los cuales se establezca la ordenación jurídica y política global (Ei = Estado global).

Es decir,

C diferente a Sn

Aquí recuerda el escritor citado, que para Aristóteles C = polis (ordenación) = Estado = vida política en común de los ciudadanos griegos. Para ilustrar con el griego clásico, como desde ese tiempo se ha entendido la C como la vida en

²⁰ SCHMITT, págs. 3 y 4.

sociedad, la vida política y ciudadana, que hace del hombre un ser humano cabal, completo, integral, pleno: el *zoon politikon* (el animal político y/o social, según se trate de Francisco Javier Conde, Julián Mariás, Xavier Xubiri)²¹.

ii) Ca = una manera especial (específica) de ordenación política y social. Es la *forma* concreta de dominación social, política y jurídica (Max Weber) que afecta a cada E y no puede separarse de él.

Ejemplos: monarquía, aristocracia, democracia. O, las diversas formas o divisiones del Gobierno que se estudien taxonómicamente.

Aquí,

Ca = forma de gobierno = Fg.

Así, pues, cabe hablar de qué la Ca = *forma formarum* (forma de formas = aquella definición de Ca referida a las distintas formas, maneras, modos o estilos de organización de un Gobierno concreto).

Así,

Ca = Ff.

Aquí, también se puede decir que el E = C = monarquía = democracia = aristocracia = dictadura = forma de gobierno = Fg = Ff.

Recordemos ahora que para el "Aristóteles" de la cristiandad (Tomás de Aquino), la palabra *status* = Fg = Ff. Así, en su *Summa Theológica* habló de *status optimatum* (E aristocrático), *status paucorum* (Estado oligárquico), *status popularis* (Estado democrático). En este mismo sentido, Juan Bodino habló de *état royal*. Hobbes, asimismo, escribe en términos de *status democraticus*, *status monarchicus*.

iii) C = la unidad política es dinámica, se renueva y se reproduce. El E es dinámico; no estático, como en la concepción de Estado = *status*²².

Aquí C, actúa y funciona como el principio dinámico del E.

2º) Ca = regulación legal fundamental = sistema de normas supremas y últimas. Así, C = normas de normas = Nn = *norma normarum*.

El desglose de este tipo se da del siguiente modo:

²¹ Este animal político que es el hombre perfecto y pleno, auténtico y vivo, se traducirá en el pensamiento cristiano por el *zoon religioso*; con la modernidad, como *zoon racional* proyectado a las diversas esferas de la vida (economía, derecho, política, etc.). En versión actual, para los marxistas ortodoxos, se dirá *zoon revolucionario*; el hombre se hace pleno, es auténtico cuando hace la revolución y vive para ella.

²² SCHMITT, op. cit., págs. 4 a 6.

i) C = sistema cerrado de normas, de leyes; ley de leyes = L₁. En este sentido C = un deber ser normativo.

Así,

C = E. La Constitución es el Estado, ya que E descansa en ese todo cerrado, unitario que es la Constitución.

El caso de Hans Kelsen, se puede citar aquí, diciendo que el E es un todo cerrado y unitario (racionalidad jurídica burguesa) que descansa en la norma hipotética fundamental. Eso sí, hay que efectuar un quiebre lógico, pues en Kelsen, su "positivismo" implica que las leyes valen, son eficaces, porque sí (imperatividad lógico-jurídica del sistema cerrado del Derecho). Ya no se trata de un deber ser normativo, sino de un ser normativo = las leyes son, se aplican en virtud de su propia racionalidad legal.

ii) Una C es válida, eficaz y legítima cuando emana de un poder, de una fuerza llamada *constituyente*.

Por ejemplo, cuando se afirma que una C vale porque el pueblo se la ha dado en uso de su potestad soberana.

iii) C = ley constitucional concreta, independiente de la situación política y social del momento de su elaboración, como creyeron los burgueses de 1789 a 1795 (como parte de ese derecho natural burgués, que consideró el Ordenamiento Jurídico como cerrado, unitario, valedero para la era burguesa que se iniciaba).

Ahora, se estima a la C como una ley fundamental concreta, objetiva, técnica que sirve para definir ciertos derroteros del E y de la sociedad al ritmo de las reformas parciales²³.

10) Tipo relativo.

Frente a lo absoluto, cerrado, unitario, en cierto modo eterno de la C burguesa, en su origen histórico (la Enciclopedia, el iluminismo y el racionalismo en versión europea —francesa—), se relativiza (como parte de ese proceso histórico evolutivo del sistema burgués) el concepto de C.

Así,

1º) C = ley constitucional particular.

Importa aquí C como forma, como estructura legal, independiente de su contenido. Es decir, ya no se habla de leyes fundamentales,

ontológicamente (en sí y por sí) sino de que tales leyes son constitucionales por el hecho de estar incorporadas en una C.

Schmitt, pone estos ejemplos, tomados de la C de Weimar:

—los docentes de las escuelas públicas tienen los derechos y deberes de funcionarios públicos

—Se mantendrán las Facultades de Teología en las Universidades

—Se garantizará al funcionario el derecho a examinar su expediente personal.

Este concepto formal de la C, significa que una norma o mandato legal, es constitucional por el *factum* de estar en la C. Independientemente de su contenido, de lo que exprese la norma, de lo que contenga como tal.

Podría decirse, a modo de hipótesis, que ese desplazamiento o relativización del concepto de C, responde al desarrollo de la ideología burguesa formal, en cuanto formalizadora de la vida total del E y de la sociedad. O sea, que lo que tiene un peso específico en el E y en la sociedad no es tanto el contenido como la forma. Esto ayuda a la racionalidad, a la categorización, a la formalización del esquema racional burgués de la existencia toda del ser humano. Así, la lógica formal y la lógica simbólica (como la cibernética) dan lugar a la informática jurídica y a la codificación del Derecho, en cuanto sometido a los códigos de las computadoras. Esa misma tendencia hacia la forma (volatilizando el contenido), se observa en el arte, la literatura y la plástica burguesa actual. Obviamente, pues, ese proceso de formalización del mundo burgués es integral, es total, *in toto*, abarca todas las manifestaciones del orbe burgués.

Por lo que atañe a los ejemplos de la Carta Magna nuestra, lo relativo al presupuesto, a la hacienda pública presentan disposiciones propias de la ley y no de una C, pensada como conjunto de normas fundamentales del E. Por ello, se criticó a la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, pues por razones históricas y políticas insertó normas en la C que no son fundamentales o de principio para el sistema social (Talcott Parsons) del país. Incluso, a lo largo de todos estos años (1949 a 1978), frecuentemente se oye decir a los abogados "la Constitución de 1949 es muy reglamentista", en el sentido de que materias propias de las normas jurídicas con rango de ley están a nivel constitucional (no, por supuesto, *reglamentista*, como sinónimo de reglamento o materia reglamentaria; pero sí, es una palabra que se dice para dar la idea de que la Carta Magna citada es detallista y se preocupa de aspectos de competencia de la ley).

2º) También se habla de C formal, en dos sentidos:

—C formal = escrita, así
formal = escrita.

²³ SCHMITT, *id.*, págs. 6 a 12.

—C formal = sujeta a un procedimiento y a trámites especiales (“formales”, solemnes), que juegan el rol de fiscalización de la santidad de la C; con el objeto —entre otros— de que no pueda ser modificada fácilmente. Así, por ejemplo: el número calificado de diputados para efectuar una reforma parcial a la Carta Magna y las demás formalidades de este trámite y procedimiento. Es un medio de control en favor de la legitimidad, la estabilidad y el orden burgués.

En ese sentido de C formal = C escrita, Constantino Mortati es un escritor más en favor de esta tesis, como se observa en el curso de Derecho Público General, de la Facultad de Derecho (UCR).

Expresa Schmitt, que lo “formal” de la C escrita no puede consistir en un papel con grafía escrita sobre él y bautizado como CP. (En igual sentido la crítica de Lasalle a la CP como una simple hoja de papel escrita).

Indica el autor en referencia, que se justifica hablar de C formal = C escrita, cuando ciertas propiedades de la persona jurídica (u, órgano) que emite el documento (CP) —como, su contenido—, le otorgan a la CP el rango de tal.

Históricamente —ilustra dicho escritor— la burguesía europea en su lucha contra la monarquía y el absolutismo (incluso, hasta el año de 1848), demanda una C escrita para protegerse de los abusos del monarca. Que las reglas de juego del sistema social estén definidas por escrito. Esto hecho recuerda un poco la táctica de algunos abogados litigantes que elaboran toda una estrategia para “preconstituir la prueba” para el posible proceso judicial. En otros términos, la burguesía europea quería seguridad, estabilidad, demostrabilidad, prueba contra el posible despotismo del monarca, con el objetivo de protegerse como clase social y como “sujetos de derecho” titulares de derechos y libertades públicas con respecto al absolutismo del monarca.

Esta tesis de pacto, carta, acuerdo, convenio o arreglo entre el monarca y los súbditos burgueses, se remonta a la carta de Juan Sin Tierra (1199-1216), que este rey inglés otorgó (bajo presión) el 15 de junio de 1215 a sus súbditos (*Magna charta libertatum*). Claro está que hay que tener presente que la *Magna Charta* de 1215 fue un pacto entre el rey y los señores feudales; fue un *stabilimentum* entre el rey Juan (de la dinastía anjou-plantagenet), fijado en un documento probatorio (*charta*). Se le llamó *Magna Charta*, para diferenciarla de la *parva carta* o *carta foresta*, referida a derechos de caza. Siendo el nombre original de la *magna charta*, *carta libertatum* o *carta baronum*. En el siglo XVI, en la lucha del parlamento (aristocrático-burgués) contra el monarca, se le dio el nombre de *carta magna*, pero no hay que ver en ella el origen estricto de una CP. Recordemos que sólo el *barón* era *homo* (la nobleza de sangre, contrastada con los siervos de la gleba) y por tanto *homo liber* (hombre libre). Claro es, que

en 1789 el burgués será el heredero de esa tradición de un sistema de dominación social, pues la declaración de derechos del hombre y del ciudadano está relacionada con el burgués, el ciudadano, el nuevo eje del sistema de control social y su orbe: el capitalismo, en donde todos y todo participan de la categoría de mercancía o bien sujeto al mercado (Marx, Weber, Sombart). A su vez, la declaración de derechos (*Bill of rights*) es una fijación contractual entre el Parlamento y el monarca inglés Guillermo de Orange, llamado al trono por los parlamentarios. Es un pacto contra el abuso del poder real. Aquí aparece clara la idea de unidad política que representa el parlamento²⁴.

También está presente la tesis de la representación popular en el parlamento, aunque se trata de la representación del pueblo global por su clase dominante en ascenso y consolidación (la burguesía que se aristocratiza y la aristocracia que se aburguesa, en Inglaterra), en contraste con la anterior hegemonía social detentada por la “aristocracia de cuna”. Ahora se tratará de la “aristocracia del mercado”: del sistema económico capitalista.

Al considerarse la C como escrita, formalizada por documento escrito, la C se le equipara a la Ley emanada del parlamento. Así, sólo el parlamento puede variar la C (es decir, la burguesía), dejando al monarca en desventaja, pues no controla este poder público.

Así, pues, la ecuación queda fijada en estos términos:

C formal = C escrita = una serie de leyes constitucionales escritas²⁵.

11) Tipo “positivo”.

Aquí, la C se delimita como decisión de conjunto sobre el modo y forma de la unidad política.

1º) la $C_p = C$ en sentido positivo surge mediante un acto del poder constituyente.

Este poder implica una voluntad, una decisión (*tesis de Schmitt*) política con proyección jurídica; o, una voluntad burguesa que decide emitir una C y elaborar (así) un proyecto jurídico y social (global) de dominación en el *entero sistema* socioeconómico.

Pensar en una C que se dé asimismo (autocreada) es un absurdo. Es la burguesía, la que en la época moderna lucha por un CP que limite el abuso del monarca; y, luego una vez que la burguesía toma el control de las esferas políticas, jurídicas y económicas, fabrica, mediante la CP, su proyecto político de dominación en el *entero sistema*. Es decir, históricamente, la burguesía da una lucha por obtener del monarca la firma de un pacto (de una *carta*), que le ponga freno y

²⁴ SCHMITT, op. cit., pp. 14 a 16; y, 52 - 53.

²⁵ SCHMITT, idem., pp. 17 y 18.

contrapeso (embrión de la tesis de este nombre, que Montesquieu elabora posteriormente) a la arbitrariedad real. Una vez que ha logrado ese pacto y continúa su marcha hacia el poder y el desplazamiento de la aristocracia, del absolutismo, de la monarquía, entonces usa la CP como un instrumento de consolidación y fortalecimiento de la burguesía como clase social nueva dominante en un *nuevo* sistema económico: el capitalismo.

Por supuesto, que como bien apunta Schmitt, la C es una *decisión política del titular del poder constituyente* (punto de vista que defiende este escritor)²⁶. Y, en nuestro caso, la burguesía es la clase social titular del poder constituyente y manufacturera de la C. Efectivamente, la decisión política recayó a favor del Estado burgués de derecho y de su *forma*, la democracia constitucional, siendo el fruto de una transacción, de un compromiso entre las fracciones conformadoras de la burguesía como clase social dominante; y, de ésta con las clases subordinadas a ella. Ya que no se trata de una dominación automática, mecánica, pétrea, sin ajustes; sino, al contrario, una dominación social dialéctica, elaborada en base a una autonomía relativa del E y del Derecho.

12) Tipo ideal.

Esta denominación es diferente al tipo ideal en Max Weber, por supuesto²⁷.

1º) A veces, se designa como "verdadera" (V) o "auténtica" (A) C —por razones políticas— la que corresponde a un cierto ideal de C. Se habla, pues, de C, sólo cuando se cumplen las exigencias de la libertad burguesa y estaba asegurado un adecuado influjo político de la burguesía.

Los Estados constitucionales (Ec) son los Estados burgueses (Eb), así:

Ec = Eb

2º) De ese modo, se desprende lo siguiente:

i) C = Estado de Derecho burgués. = Eb.

En virtud de ello, la C juega como garantía de la libertad, la propiedad y la legitimidad burguesa. Entre el dilema libertad y poder público (libertad - autoridad estatal), debe prevalecer y garantizarse la libertad burguesa.

²⁶ SCHMITT, *ib.*, pp. 23 a 27.

²⁷ En nuestro libro sobre La Sociología Jurídica en Max Weber (San José: Trejos Sucs. 1975; agotado) hacemos un análisis del tipo ideal como instrumento metodológico.

De lo anterior, se deriva que:

- ii) C = división (distinción) de los Poderes públicos; y, el criterio formal y material de las funciones del Estado. Con ello, hay frenos, límites y contrapesos del aparato estatal en favor de la libertad burguesa.
- iii) C = documento constitucional (C escrita).
Esa Ce = constitución escrita, históricamente nace —primero— como un pacto entre el monarca y los estamentos (súbditos); y, luego, se transforma en el concepto de Ley escrita, documentada, incorporada en un documento. Según Schmitt, el primer ejemplo de una C moderna es el *Instrument of Government* de administración de Cromwell (1653). Este político manifestó que la finalidad de este instrumento era dar una regla permanente, inviolable; una carta fundamental, es decir absolutamente invisible²⁸.
- iv) C = protección de la libertad burguesa y delimitación de la forma de gobierno.

13) Constitución material (Cm).

Aquí ya no se trata de la hoja de papel (Lasalle) ni de la C como estructura del Estado, sino el conjunto de factores integrales (religiosos, políticos, económicos, artísticos, económicos, etc.) que forman la sociedad real. Se incluyen aquí las fuerzas políticamente dominantes y sus respectivos valores, dando lugar a una cosmovisión global política, según Mortati²⁹.

Para Kelsen, la Cm está constituida por los *preceptos* que regulan la creación de normas jurídicas generales y, especialmente, la creación de leyes, las que determinan a los órganos y el proceso de legislación. Esta Cm es un elemento esencial de cada orden jurídico³⁰.

Como se observa son tipos diversos de CP. Para Mortati, es el contenido real de la sociedad (los referentes empíricos de Rousseau); y, para Kelsen, el *normativista*, es el contenido de la CP, en cuanto *principios básicos*.

14) Constitución formal (Cf)

En este concepto se encuentra la CP como documento, como Ce = constitución escrita, de acuerdo con Mortati³¹.

²⁸ SCHMITT, *idem.*, pp. 41 a 45.

²⁹ MORTATI, Constantino. *Istituzioni di Diritto Pubblico* (Padova: Cedam. 1975), pp. 30 y 31.

³⁰ KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. (México: UNAM. 1969), pp. 146 a 148.

³¹ MORTATI, *id.*, pp. 30 y 31.

Existe una relación entre la Cm y la Cf, en cuanto que la vigencia y la eficacia de la Cf depende de su congruencia y su concordancia con la Cm. Es decir, la relación que se da entre realidad social y derecho. El estudio de esas relaciones de discrepancia o, congruencia (según el caso) corresponde a la sociología jurídica, quien se encarga de efectuar los análisis respectivos para medir la distancia sociojurídica entre lo ideológicamente programado por el sistema burgués (CP) y lo culturalmente dado (la realidad), según el esquema de Peter Mayer³².

Según Kelsen, la Cf, es un documento solemne que presenta un conjunto de normas jurídicas³³.

En este tipo de CP se da una concordancia entre Mortati y Kelsen, aunque siempre hay que tener en cuenta que el primero es *institucionalista*; y, el segundo, *normativista*. En otras palabras, los postulados de cada uno de esos modelos analíticos son distintos.

También, la CP como un documento solemne de naturaleza jurídica en el cual se da la ley fundamental del Estado y su organización; a la par, de los derechos y deberes del ciudadano, se puede citar por todos los otros a Ardolfi³⁴.

15) CP = *dispositivo de control del poder*.

De acuerdo con Karl Loewenstein, la C actúa como un freno a los detentadores del poder, para garantizarle al ciudadano sus derechos individuales. De este modo, la C es un instrumento, un dispositivo para limitar el ejercicio del poder político y controlar el proceso del poder en la sociedad, que tiene la pretensión de ser justa. Agrega este autor que la historia del constitucionalismo es la búsqueda por el *zoon politikon* de los frenos y las limitaciones al poder que tienen los detentadores del mando en una sociedad.

Así, la C tiene una doble justificación ideológica: i) liberar a los destinatarios del poder del control social absoluto de los dominadores; y, ii) asignarles una legítima participación en el proceso del poder³⁵.

Este poder político sometido a determinadas reglas para ejercitar el proceso político, es la C, fruto de la ideología liberal³⁶.

Este autor, expresa que la C debe contener estos aspectos, como mínimo:

—evitar la concentración del poder estatal, diversificando las tareas o funciones públicas y sus respectivos órganos en distintos agentes públicos (funcionarios o empleados, correspondientemente).

—Hacer operable y funcional el principio de los frenos y contrapesos de la ideología liberal, que impliquen una distribución y una fiscalización del poder público.

—Elaborar una técnica que permita que la maquinaria de la administración pública no se bloquee, sino, al contrario que existan métodos y procedimientos que faciliten la resolución de conflictos de competencia entre órganos, aplicándose —además— las reglas de los contralores jerárquicos propios e impropios.

—Implementar la reforma constitucional, como un medio de modificar la C, dentro de la racionalidad propia del sistema jurídico y económico burgués.

—Respeto a los derechos y garantías individuales; y, su debida protección frente al aparato estatal³⁷.

Al respecto, es conveniente tener presente que este mismo autor considera que la *política* es la lucha por el poder, teniendo éste un carácter demoníaco, que debe ser limitado y controlado (en el caso de las sociedades modernas, por la C). A su vez, divide los detentadores del poder en visibles, oficiales y detectables; y, aquellos que son todo lo contrario. Los primeros, son los funcionarios públicos que tienen a su cargo los órganos del Estado. Los segundos, se pueden ubicar en los grupos de presión, cámaras patronales, los mecenas de los partidos políticos, etc.³⁸. Son aquellos miembros más conspicuos de la clase dominante, tomando en consideración que esta clase social es heterogénea, conflictiva y dialéctica.

16) *Tipología propuesta por Biscaretti*.

Este autor nos recuerda —entre otros tipos— los siguientes:

1º) C = conjunto de normas jurídicas fundamentales, escritas o no escritas, que establecen la estructura esencial del E. Este es el *tipo objetivo* o *sustancial* de C.

2º) C = *tipo formal*: sólo las normas jurídicas diversas de las legislativas ordinarias, a causa de su procedimiento de elaboración más difícil, más solemne y más amplio.

3º) C = particular acto solemne normativo que contiene la mayoría de las disposiciones sustanciales de carácter constitucional. Se trata

³² Sobre el tema de la sociología jurídica, Jean Carbonnier tiene una monografía muy sugestiva con ese mismo nombre, editada por Tecnos en 1977.

³³ KELSEN, ib., pp. 146 a 148.

³⁴ ARDOLFI, Nino. *Temí di Diritto Costituzionale*. (Milano: Cetim. 1977), p. 5.

³⁵ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución* (Barcelona: Ariel. 1970), pp. 149 a 151.

³⁶ LOEWENSTEIN, ídem., p. 151.

³⁷ LOEWENSTEIN, ib., p. 153.

³⁸ LOEWENSTEIN, ib., pp. 23 a 38.

del conocido *tipo documental* (C = documento solemne de normas jurídicas fundamentales del E)³⁹.

17) *Tipo legitimante del Estado burgués.*

Este tipo nos lo presenta —entre muchos autores—, Tierno Galván.

Según este tipo, la C es un instrumento para proteger y mantener el E y la sociedad burguesa. Por ello, los ideólogos de la burguesía, han pensado la C como un código fundamental, pétreo, escrito que tiende a ser perfecto e inalterable. Asimismo, parte de la perfección de la C, es que permite la posibilidad de reforma y los mecanismos institucionalizados para mantener a buen seguro la C como el instrumento por excelencia de dominación legal racional del sistema burgués (Weber, Schmitt, Marx).

Los ideólogos burgueses parten del supuesto de que la C es un código que recoge normas jurídicas fundamentales, incluso —entre ellas— la de la su adaptación a los cambios del sistema económico, social y político, tendientes a la consolidación y modernización de los aparatos de dominación social tanto estatales como para estatales⁴⁰.

A lo anterior, agregamos que cualquier ordenamiento jurídico, incluyendo la C, es un instrumento de poder en manos de la respectiva clase dominante del sistema político vigente. Es decir, el axioma constitucional político se expresaría así:

C = instrumento de dominación de la clase dominante de cualquier sistema político moderno (socialista o capitalista).

17) *Tipo "histórico".*

Este aparte lo tomamos de Sánchez Agesta, ya que es didácticamente funcional.

Parte del supuesto de que la C es una ley fundamental o una superley del Estado y de la comunidad política, ya que la sociedad no es un ente anárquico, desarticulado, asistemático, sino —al contrario— ordenado, estructurado y articulado. Así, de acuerdo a la evolución de la C = ley fundamental, se ha tenido esta clasificación, al tenor del desarrollo de la historia del Estado moderno:

1º) Ley fundamental = Lfu = ley trascendente, superior al derecho positivo y que se identifica con la ley de Dios (la divinidad) o

³⁹ BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. Introducción al derecho constitucional comparado. (México: CFE. 1975), pp. 285 a 288.

⁴⁰ TIERNO GALVÁN, Enrique. Especificación de un Derecho constitucional para una fase de transición (Madrid: Boletín informativo de Ciencia Política. N° 10, agosto de 1972), pp. 5 a 16.

con la ley natural (la de la naturaleza). El monarca o rey, era el depositario, intérprete y ejecutor de esa ley; a la vez, que era responsable sólo ante Dios (origen divino del poder político). Se puede identificar este tipo con el período del absolutismo europeo.

2º) Lfu = pacto constitutivo entre el rey y su reino. Esta tesis del pacto, limitó —al menos parcialmente— la soberanía del monarca y su posible arbitrariedad. Este tipo del pacto o compromiso se puede ubicar en Inglaterra, a partir de Juan Sin Tierra (1215). También juega como instrumento limitativo del poder real.

3º) Lfu = hecho normativo tradicional, sobre el que se asienta el poder del monarca. El peso de la tradición y de la costumbre para legitimar, así, el ejercicio del poder real. Para Jean Bodin, el límite a este poder monárquico, fundado en el poder de la tradición real es la ley natural, que ni los reyes pueden violar.

4º) Lfu = plan del pueblo soberano; la voluntad política del pueblo.

Nace este tipo histórico con la Revolución Francesa (1789) para legitimar la acción del poder burgués contra el poder monárquico.

Expresó Robespierre que la corrupción del gobierno tiene su fuente en el exceso de poder y en la independencia en el confrontamiento con el pueblo soberano. Por ello hay que disminuir el poder de los gobernantes. Consecuentemente, se puede hacer lo siguiente:

- El gobernante debe durar poco en el poder formal, estatal
- Nadie puede ejercer al mismo tiempo diversos cargos
- El poder del E debe estar dividido. Siendo preferible multiplicar la cantidad de funcionarios y empleados que concentrar el poder público en pocas personas
- Las funciones legislativas y ejecutivas deben estar cuidadosamente separadas, al igual que las tareas jurisdiccionales.

Todo lo anterior debe conducir a mermar el poder del E en favor de la libertad y la felicidad del pueblo.

Afirmando que la C debe procurar *sobre todo* someter a los agentes públicos (funcionarios y empleados del E) a una pesada responsabilidad, haciéndoles depender del pueblo soberano⁴¹.

Asimismo, este revolucionario francés manifestó que el objetivo de toda CP es proteger el ejercicio de los imprescindibles derechos que pertenecen a todos los hombres. Tales derechos son sagrados y constituyen la eterna base de la C:

⁴¹ ROBESPIERRE, Maximilien. La revolución jacobina. (Barcelona: Península. 1973), pp. 107 a 122.

- la libertad del hombre
- la soberanía reside en el pueblo
- la ley es la expresión de la voluntad general del pueblo
- Todos los hombres son iguales ante la ley
- La ley es igual para todos los hombres
- Todos los hombres tienen acceso a los cargos públicos, con la sola distinción de su virtud y sus talentos
- los funcionarios públicos (agentes del E) son servidores del pueblo soberano
- la resistencia a la opresión es garantía necesaria de los derechos del hombre ⁴².

Precisamente ese desplazamiento del tipo C es inherente al cambio global que se estaba dando en la sociedad europea, en la que el poder monárquico va cediendo posiciones frente al avance de la burguesía. De este modo, el poder político que detentaba la nobleza se debilita en su confrontación con el poder económico (cada vez más fuerte) de la burguesía en ascenso. Cabalmente, la guerra civil de 1789 (llamada por los franceses Gran Revolución) significa ese traspaso de poderes brusco de la aristocracia a la burguesía insurgente.

Por esa razón, la superley —que es la C— requiere de un superlegislador para ser creada o modificada, a la par de procedimientos sumamente formalistas y rigurosos. Surge así, el tipo de C como instrumento de limitar y someter al poder político ⁴³.

Claro está que este político español no evade la pregunta: ¿para qué sirve la C? Su respuesta se engarza con la tipología que analizó anteriormente y se deriva de ese estudio.

Por ello, indica Sánchez Agesta que la C:

- i) define y explica los fundamentos políticos de la comunidad a las cuales está referida.
- ii) Institucionaliza y legitima los poderes políticos establecidos (el *statu quo*).
- iii) Define el orden político y jurídico dado como el orden oficial y consagrado por la clase política (Gaetano Mosca).
- iv) Regula la estructura, funciones y relaciones del poder público y político.
- v) Institucionaliza el acceso al poder político y público, como su ejercicio dentro del ámbito de las reglas de juego dados por la propia C ⁴⁴.

⁴² ROBESPIERRE, ídem., pp. 15, 102 a 106.

⁴³ SANCHEZ AGESTA, Luis. Principios de teoría política. (Madrid: Ed. Nacional. 1967), pp. 257 a 264.

⁴⁴ SANCHEZ AGESTA, ib. pp. 270 a 273.

Esas funciones de la C, pueden dar lugar —a su vez— a tipos diversos de C. Como por ejemplo, así:

- i) C = *statu quo* (tipo conservador).
- ii) C = orden y Ley oficial (similar al anterior; consagra y legitima el *establishment*).
- iii) C = estructura y función del poder político y público (tipo estructuralista).
- iv) C = restricción al uso y manejo del Poder estatal. (Tipo instrumentalista).

Finalmente, mencionemos que el citado autor plantea que la C es una superley escrita que tiende a limitar el poder (estatal) mediante una organización que lo divide (división de poderes) y establece una esfera de autonomía de *libertad*, como resultado de un largo y complejo proceso histórico ⁴⁵ que se puede remontar, en esa lucha del hombre por concretar su radio de acción, eso que se ha dado en llamar su “libertad”, regulada por la estructura social.

En este mismo sentido Friedrich señala que la C es el proceso por el cual la acción gubernamental queda (a nivel formal-jurídico) restringida, actuando —asimismo— como un proceso político ligado a la técnica de fronteras al poder del E. A la vez, que —como supuesto de base— toda C implica una toma de decisión respecto al sistema de gobierno, a su organización y a sus elementos esenciales (libertades públicas, forma de organización política, etc.). Aclarando que las formas constitucionales del E moderno significan Estados de derecho (aparato estatal sometido a la C y a la Ley) emanadas ambas normas jurídicas del poder burgués residenciado en las Asambleas Nacionales Constituyentes y en las Asambleas Legislativas, respectivamente. Pero, si bien es cierto que todo E moderno presenta una C, no se puede afirmar que a toda C le corresponde un Estado de Derecho (Ed) ⁴⁶. Por ejemplo, las dictaduras nazi, fascistas, rusa, china, etc. En otros términos un E no se convierte (mecánicamente, automáticamente) en un Estado de Derecho (Ed) por el hecho de tener una C. V.gr. Nicaragua, Argentina, Cuba. Por así decirlo, las leyes no viven y se actualizan en los librerías, en las bibliotecas. Un E es de Derecho cuando, en la realidad social, los seres humanos viven la dimensión de las libertades públicas, cuando el poder del E está —efectivamente— limitado; y, el sistema democrático racional burgués capitalista (Marx, Weber, Schmitt) se proyecta en la sociedad. Así, lo relevante no es que la C afirme que todos somos iguales ante la ley y que ésta es igual para todos aquellos. Lo significativo, socialmente, es que ese mandato cons-

⁴⁵ Apud, SANCHEZ AGESTA, p. 261.

⁴⁶ FRIEDRICH, Carl J. Gobierno constitucional y democracia. (Madrid: Instituto de Estudios Políticos. 1975), pp. 265, 266 y 343, T. I.

titucional tenga una realización en el mundo de los seres humanos de carne y hueso, palpable, visible y comprobable.

En este sentido, Friedrich acepta que la C es una norma fundamental de gobierno. En cuanto forma de estructurar, de organizar y de articular el poder político en una sociedad⁴⁷. El suelo donde nace el E moderno, es de corte burgués; en el cual los pilares básicos de este sistema político integral, está constituido por estos axiomas:

- 1º) imperio de la ley, como expresión de la voluntad popular (formalmente; pero, material y sustancialmente, voluntad burguesa, voluntad de la clase política (Mosca), de la clase dominante (Marx, Weber), de la clase hegemónica (Gramsci).
- 2º) División de los poderes públicos (Ejecutivo, Legislativo y judicial), dando lugar a la concepción material y formal de las funciones estatales.
- 3º) Libertades públicas debidamente protegidas.
- 4º) Régimen de responsabilidad de los agentes públicos; y, del propio E, como persona jurídica máxima, pero sujeta al ordenamiento jurídico.
- 5º) Control jurisdiccional de la actuación del E (sometimiento del aparato gubernamental a la competencia del Poder Judicial, como árbitro solucionador de conflictos legales)⁴⁸.

Dentro de este *tipo histórico*, García de Enterría nos señala la línea de desarrollo que conduce al Ed, al constitucionalismo moderno, a la sujeción del poder político al Derecho, a la C jurídica plena de una comunidad.

Bien expresa este catedrático que el suculento tema del Ed se convierte para los administrativistas en un conjunto de técnicas concretas para sujetar ese poder estatal, ese poder administrativo al sistema de regulaciones formales de "la justicia administrativa", del control contencioso administrativo sobre el poder público⁴⁹. Todo, con la finalidad de comprender que la *Theoría* y la *praxis* —de la política burguesa— fabrica el Derecho, la C (ideal, plena y referencial) para asegurar "la coexistencia de las libertades" de los ciudadanos en marco contextual y vital integrado por las leyes, los tribunales y el orden público⁵⁰, tal como fue propuesto por la obra de la Revolución Francesa.

⁴⁷ FRIEDRICH, op. cit., pp. 266 a 271.

⁴⁸ DIAZ, Elías. Estado de Derecho y Sociedad democrática. (Madrid: Edicusa. 1969), pp. 27 a 41.

⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTINEZ CARANDE, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder (Madrid: Civitas. 1974), pp. 11 a 14.

⁵⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Revolución francesa y administración contemporánea. (Madrid: Taurus. 1972) pp. 9 a 30.

18. Tipo Helleriano.

Ahora detalleemos el tipo que nos propone Hermann Heller.

1º) La CP = realidad social.

Dice este autor que la constitución de un Estado coincide con su organización en cuanto ésta significa la constitución producida mediante la actividad humana consciente y sólo ella⁵¹.

Es decir, son los hechos del ser humano, su actividad en sociedad y en el contexto estatal, la sustancia misma de la CP. Claro está, que toda la actividad del *homo sapiens* deviene en el proceso real del fenómeno social. Al respecto, Heller repite a Lasalle, en lo relativo a llamar a esa CP como la constitución real⁵².

Así, la Constitución (C), organizada, es la C reglada o normada por el control social (Law, Mores, Folkways). También se le agrega a esto, que la CP es la fusión de la normalidad (lo fáctico) y la normatividad (lo jurídico). No se pueden desligar estos aspectos del mismo fenómeno constitucional, como hizo Kelsen, viendo en la CP puro derecho; o, como Carl Schmitt, postulando una CP como mera decisión voluntarista, puntualiza Heller.

Ante esta perspectiva, el autor en cuestión expresa que la C del Estado es la conducta normada y jurídicamente organizada de los componentes de la sociedad; y, la conducta no normada (pero sí, normalizada y subordinada al control social global)⁵³.

Para este escritor la C normada es una normalidad de la conducta normada jurídicamente; o, extrajurídicamente, por la costumbre, la moral, la religión, la urbanidad, la moda (el control social *in extenso*).

Aquí, la *normalidad* es la ejemplaridad u obligatoriedad de un obrar acorde con determinados criterios positivos de valor. O sea, conducta humana orientada por ciertos principios o valores rectores de esa conducta. Mientras, que la *normatividad*, es lo estatuido jurídicamente. En este sentido, la CP = normalidad + normatividad = lo real + lo legal. Por ello, Heller dice que la CP es proceso de la vida real; proceso completo, tanto como pasos intermedios del mismo, como sus resultados, que a su vez, son parte del proceso en mayúscula (macroproceso). Aquí, se ve cómo Heller combate a Kelsen, para quien el ordenamiento jurídico es derecho puro, sin mezclas con otras partes del contexto en el cual el ser humano vive (como, la religión, lo económico, etc.). Pues, para Heller, la CP es derecho y factores sociales integrales (normatividad y normalidad). También, se le opone a Schmitt,

⁵¹ HELLER, Hermann. Teoría del Estado. (México: Fondo de Cultura Económica. 1961), pp. 267 y 268.

⁵² HELLER, idem., p. 268.

⁵³ HELLER, ib., p. 269.

cuando éste habla del voluntarismo en el fenómeno de la CP, ya que para Heller, la CP es también voluntad humana, decisión del hombre; pero, no exclusivamente.

Al tenor de lo anterior, se comprende por qué Heller manifiesta que la CP es un *proceso real y una realidad social*.

CP = realidad social = C real. (Heller).

Se insiste en que la CP es una relación recíproca, dialéctica y siempre presente en la CP, formando un todo⁵⁴.

Por supuesto que Heller no omite referirse al problema de las CP que son violadas, en las cuales la letra de ella dice una cosa y la realidad otra; en donde la normatividad anda por un lado y la normalidad en otras direcciones. Pero, esto no disminuye la importancia de la aseveración de que la CP es derecho más realidad social. Aún más, cabalmente porque se dice que la CP es un todo que incluye la norma más la realidad del vivir cotidiano del ser humano, es que se pueden detectar las diferencias, las incongruencias y las distancias entre lo que la CP manda y lo que se realiza en la sociedad. Por esta razón, señala Heller que la *constitución real (Cr) consiste en las relaciones reales de poder*⁵⁵.

Cr = relaciones reales de poder (abreviado, Cr = poder).

Aquí, llegamos al tema desarrollado por Karl Marx, Max Weber, Carl Schmitt, Dahrendorf y muchos otros: los que tienen el poder en una sociedad son los que definen las reglas de juego y la situación global de la sociedad (no en términos mecanicistas, ni automáticos; sino, dialécticos, relativos y dinámicos). O, como dijo Lewis Carrol, en su obra *A través del Espejo*: los que tienen el poder, definen los conceptos.

La Cr (no la que está en el documento u hoja de papel, llamada Constitución Política) está íntimamente ligada a los grupos, clases sociales, agrupaciones, asociaciones, etc., que detentan el poder político y económico en una sociedad dada. El mismo Mortati, se pronuncia en el mismo sentido al hablar de las fuerzas políticamente dominantes como gestoras y actoras (no, exclusivamente, pero sí relevantemente) del Estado y del Derecho; y, por supuesto de la Constitución material (Cm = Cr).

Ahora bien: *¿qué entiende Heller por la Constitución jurídica destacada?*

⁵⁴ HELLER, op. cit., 270 a 273.

⁵⁵ HELLER, loc. cit., pp. 275 a 278.

2º) *Constitución jurídica destacada.* (Cjd).

Dice Heller que la Constitución de un Estado es el contenido normativo destacado de del *status* político total en el cual el E se desarrolla: y, no, este *status*, sino sólo esa parte en relieve. Se trata, pues de una estructura normativa de sentido; un deber ser (lo que orienta la conducta). Aquí Heller reitera su crítica a Kelsen y a Schmitt, al expresar: "Kelsen hace consistir al Estado y a la Constitución en un deber ser, exclusivamente; Carl Schmitt pretende eliminar de la Constitución toda normatividad"; añadiendo que estos enfoques unilaterales de la teoría del Estado sólo pueden ser superados si se logra descubrir la *conexión real* partiendo de la cual pueden ser explicadas y comprendidas tanto la Constitución en cuanto ser (Constitución real; lo que ocurre en la realidad social) como la Constitución jurídica normativa (el deber ser, la normatividad). Y, por supuesto, el método dogmático jurídico que a *ella* le corresponde⁵⁶.

Heller, nos advierte que la Constitución jurídica destacada (Cjd) es, asimismo, expresión de las relaciones de poder, tanto en el plano físico como psíquico (es decir, en la totalidad de las dimensiones en las cuales actúa el ser humano). Por este motivo, la Cjd está en relación y condicionada (en un sentido o en otro) con la realidad (ya, sea de conformidad con ella o en disconformidad con la misma). Es decir, la Cjd no está separada ni emancipada de la realidad social.

Como bien expresa Heller, normatividad y normalidad constituyen una unidad dialéctica; es un todo dinámico, que se puede explicar a partir de esta unidad, cuyos elementos están recíprocamente condicionados.

Una metodología propia y adecuada para estudiar esta clase de fenómenos (estrecha y profunda vinculación entre normatividad y normalidad; entre derecho y realidad social integral), es aquella que parte de la observación (de carácter sociológico jurídico; sociológico político y/o sociológico estatal) de la conexión articulada y sistemática (cuyo sentido se lo da el científico social; ya que la construcción de la realidad es mental, a través de la metodología y los conceptos) del orden normativo (en cuanto estructura de normas legales; e, incluso, en sentido genérico —sociológico y antropológico—) con el sistema social integrado (o, mera realidad o *factum*).

Es esta la metodología específica de la sociología del poder (y, concretamente, de la sociología del derecho)⁵⁷.

⁵⁶ Apud HELLER, pp. 278 y 279.

⁵⁷ Sobre este tema se puede consultar la monografía que escribí sobre *La sociología jurídica en Max Weber* (San José: Trejos. 1975; agotada), en la cual analizo estos problemas a propósito del pensamiento de Weber.

Heller, insiste en un punto que es crucial en su pensamiento. Este aspecto es el siguiente:

*“A la Teoría del Estado incumbe el cometido más limitado de mostrar cómo la Constitución real del Estado moderno ha hecho prácticamente necesaria una Constitución jurídica objetiva y un método correspondiente a ella”*⁵⁸.

En el lenguaje de Max Weber, estamos ante el problema de la racionalización y la formalización del Derecho y del Estado modernos. Heller analiza problemas similares desde perspectivas parecidas, lo cual queda probado cuando se leen las notas de Weber que Heller incluye en su discurso escrito.

A la burguesía insurgente, le convenía una CP objetivada, formalizada y racionalizadora de la vida política, pues los abusos del absolutismo perjudicaban las aspiraciones hegemónicas de la burguesía en ascenso. Tanto Heller, como Weber estudian este proceso de formalización y objetivación del derecho burgués, contra un derecho natural, interpretado y ejecutado, a su arbitrio, por el monarca que interpretaba la *voluntas Dei*.

Por supuesto, que a esos procesos de objetivación, racionalización y formalización del Estado y del Derecho, se le complementa el mecanismo cristallizador de todas esas tendencias: la burocratización. De este modo, el derecho y el Estado se burocratizan. Así, el Estado (con sus clásicos Poderes Públicos), se convierte en un ente burocrático mucho más férreo e ineluctable que la maquinaria gubernamental de los monarcas absolutistas. La diferencia radica en que todo el aparato burocrático del Estado, lo controla la burguesía, primero, para desmontar el sistema absolutista; y, luego para consolidarse en el poder.

Al tenor de lo anterior se entiende lo que expresa Heller: “decisiva importancia entraña, para la emancipación de la normatividad frente a la mera normalidad, el aseguramiento de la vigencia de la norma por la organización”⁵⁹. De esta manera, el empirismo y el capricho de los monarcas, interpretando casuística y antojadizamente la “normalidad” (los hechos sociales), queda amortiguado por el funcionamiento de una “normatividad” puesta en vigencia, y con plena eficacia, por la burocracia pública.

Clarísimo, a este respecto, es Heller, cuando continúa:

“Este aseguramiento (de la normatividad burocratizada) se realiza mediante el establecimiento de órganos especiales a quienes incumbe, en la división del trabajo social, la aplicación de reglas

⁵⁸ HELLER, *ib.*, p. 280.

⁵⁹ HELLER, *op. cit.*, pp. 280 y 281.

*normativas, su ejecución y creación, respecto a los demás miembros de la sociedad, por medio de una acción conscientemente dirigida a un fin.”*⁶⁰

Advirtiendo que:

*“Largo fue el camino que hubo de recorrer hasta llegar por fin, en la Europa de la Edad Moderna, al aseguramiento jurídico por medio de la organización estatal con una numerosa burocracia especializada”*⁶¹.

Sin duda, el hecho social de que el Derecho lo crean, difunden, aplican, enseñan, ejecutan, institucionalizan, etc., burócratas le da al fenómeno legal, como a todos los demás de la sociedad, un sesgo sumamente interesante que la sociología jurídica no ha pasado por alto⁶². En otras palabras, el mundo del Derecho está inmerso en la burocracia; y, este condicionante le da una fisonomía *sui generis* a la estructura jurídica.

Este autor no evade el problema de la creación, implementación y ejecución del derecho por la clase dominante; por un lado; y, el punto de la autonomía relativa del Estado y del Derecho. Dice, este teórico del Estado, que si bien es cierto que esa clase social es la que domina, tampoco —por este hecho— puede hacer lo que guste con el Derecho y su maquinaria de poder: el Estado. Lo expresa con estas palabras:

*“Aún en el caso de que la clase dominada sólo busque perpetuar su situación de dominación mediante la organización (burocrática)”*⁶³ del Estado moderno, y habida cuenta del carácter creador de poder del Derecho, debe procurar un cierto grado de objetividad e inviolabilidad de su justicia, ejecución y legislación, aunque a veces sean ciertamente muy elásticas”⁶⁴.

Cabalmente, bajo la influencia de Weber, Simmel y Marx, el autor en cuestión afirmará que “una Constitución jurídica unitaria en un territorio fue posible en Europa a partir del momento en que adquirió vida propia una organización unitaria administrada por funcionarios”⁶⁵. Así, la burocracia, presente, en toda la maquinaria estatal fue un factor

⁶⁰ Apud HELLER, p. 281.

⁶¹ HELLER, *ib.*, p. 281.

⁶² En el escrito Algunas anotaciones sobre la sociología del Derecho (Revista de Ciencias Jurídicas, N° 26, pp 257 a 350; San José: Colegio de Abogados y Facultad de Derecho U.C.R.) puse de manifiesto este aspecto del problema Derecho/realidad social.

⁶³ Observación del autor de este ensayo.

⁶⁴ HELLER, *cit.*, p. 282.

⁶⁵ HELLER, *id.*, p. 282.

esencial para el surgimiento del capitalismo, de la democracia racional, burguesa y republicana, como lo indican Weber y Schmitt.

También admite este jurista que la Constitución del Estado, puede ser planteada como la formación de la situación política total, en el sentido de estructura de poder característica del Estado. Desde este ángulo podría hablarse (para fines didácticos) del Estado en reposo (que sería la Constitución, entendida en esta acepción) con respecto a la Administración Pública, que nos daría el Estado en movimiento, dinámico, en acción.

Claro está, que esa objetivación de la Constitución, no es una reificación, una cosificación, una mera coseidad legal o constitucional. Al contrario, el hecho de que esté objetivada, tal Constitución, le permite el sujeto-ser humano actualizarla y modernizarla. El fetichismo jurídico, con respecto a la CP surge cuando se cree que la CP es una cosa inamovible, inmodificable y eterna. Por este motivo, Heller indica que la convivencia humana es fluida, es una serie cuasi-infinita de actos que conforman lo Social, que le da unidad y sentido tanto al Derecho como a la Sociedad, y por supuesto a la CP. La cual en la medida en que sirve a una estructura de poder determinada, deja de ser un "derecho de situación" (diría, de congelamiento o fosilización) para ser un derecho de dominación social, de control social, de hegemonía global en todas las estructuras y procesos sociales; y, en cualquier sistema político moderno.

No deja de ser claro este intelectual cuando afirma, criterio que compartimos, que las entidades políticas o sistemas políticos, siempre han tenido y tienen una Constitución en cuanto estructura de poder característica y como mínimo de normas jurídicas referentes a esa estructura. Parte de los frutos de las revoluciones burguesas, será el de forjar una CP, de tipo escrito y jurídico formalizado. En la CP, de corte burgués, se incluye la estructura total del Estado, la cual aparece regulada en ese documento escrito único que es la CP. Así, Heller, repite a Lasalle, cuando éste afirmó que la CP es un documento, una hoja de papel, en la cual están incorporadas todas las instituciones y principios del gobierno de cada país⁶⁶. Ya se trate de un sistema político socialista o capitalista, por ejemplo.

Esta CP sirve a la centralización del poder y a la planificación de la gestión de la burguesía en el poder, luego de las revoluciones francesa e inglesa —respectivamente—. Así, se da una unidad de acción para enterrar el absolutismo y levantar la nueva sociedad burguesa, racionalizadora y pragmática. Esta organización sistemática del Estado y del Derecho, burgueses, hace previsible y factible el orden económico capitalista, dice Heller —repetiendo a Weber y a Marx—⁶⁷.

⁶⁶ HELLER, cit., p. 290.

⁶⁷ HELLER, cit., p. 291.

Sin duda, pues, el moderno constitucionalismo, ha sentido la influencia de esa tendencia a la racionalización de la estructura de poder (para hacerla más efectiva, previsible y férrea) burgués como parte de ese proceso político, gestado por la burguesía (por medio de las revoluciones europeas) para establecer o ponerle límites al ejercicio del poder público, por las monarquías absolutistas⁶⁸.

Este mismo autor, añade que el objetivo de las revoluciones burguesas de los Siglos XVII al XIX y de las Constituciones que propugnaban, era la limitación del poder absoluto del Estado monárquico por un Derecho Constitucional consignado en un documento escrito. La burguesía lucha por su libertad civil, política y por su propiedad privada contra los desmanes del Rey y de la aristocracia. De esta suerte, el contenido nuevo de los documentos constitucionales modernos consiste en la tendencia a la realización de la limitación jurídica objetiva del poder del Estado y a su correspondiente, aseguramiento —político— mediante los derechos públicos subjetivos de libertad e intervención de los ciudadanos respecto al poder del aparato estatal, pugnando, la burguesía insurgente, porque los derechos fundamentales del ser humano sean protegidos por la estructura esencial de la organización del Estado⁶⁹.

Por supuesto, que la burguesía como clase social revolucionaria ha sido reconocida por el mismo Marx, en el *Manifiesto Comunista* y en la demás producción intelectual del *moro*, como le decían a Karl Marx por su cabellera negra. Sin embargo, históricamente, la burguesía fue revolucionaria y luchó contra el absolutismo y la aristocracia. En esta amplia y compleja época histórica (siglos XIV a XIX), la burguesía da una pelea contra los gobiernos absolutistas; trata de limitar el poder público para defender su cosmovisión y sus *status* emergente. Aquí se aplica la conceptología y la metodología del constitucionalismo moderno como un instrumento de la burguesía para constreñir el poder de la realeza.

Pero, luego, a partir del advenimiento al trono de la clase burguesa, ya no tiene sentido (en este siglo XX) afirmar que la burguesía lucha por limitar el poder del Estado, cuando —precisamente— ya controla el aparato estatal en su favor. Ahora, el problema y la perspectiva son otras. Por ejemplo, ¿cómo afianzarse en el poder público?, ¿cómo desarrollar el poder económico a través del poder político y jurídico que detenta?, etc. En este sentido y en estas coordenadas históricas, debe reconocerse a la clase burguesa, ya no como lo que fue: una clase dominada y en ascenso, sino como la clase social hegemónica del sistema social capitalista. Su interés es mantenerse en el poder, anclarse en él, fortalecer su posición. De ahí, que la realidad constitucional e histórica de este siglo XX sea la dictadura o dominación social global de la clase que ha sustituido al absolutismo feudal y/o aristocrático: la burguesía.

⁶⁸ HELLER, cit., p. 291.

⁶⁹ HELLER, cit. pp. 291 y 292.

Por estas razones, el Estado se fortalece, se expande, se agiganta hasta la integración de las llamadas empresas públicas.

En este sentido, luchar por el Estado de Derecho y por la democracia liberal, burguesa y racional, es revolucionario; pues, coloca a la clase social dominante, poseedora del capital, a la defensiva con las mismas armas con que ella puso en jaque a la aristocracia absolutista. De ahí que el rescate de la CP como un instrumento de límite del poder burgués es una tarea instrumentalizable por las clases dominadas o subordinadas, en el sentido de: la lucha por la igualdad ante la ley, el acceso a la educación, el respeto a las libertades públicas, la defensa del sufragio universal, secreto y la soberanía popular, etc.; son todas tareas de impugnación y erosión del poder burgués. Parte de ese juego de ocultamiento de la CP como reglas de convivencia reales, se nota al comprobarse que las Constituciones Políticas en América Latina son retórica y utopía.

IV. EL CASO DE COSTA RICA

1) Convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente.

Desde 1966 un sector del Partido Liberación Nacional —jefeado por Daniel Oduber Quirós— ha llevado a cabo una tarea de insistencia en la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente (ANC). Este esfuerzo, hasta el momento no ha dado sus frutos, pero —según parece— continuará.

El Congreso Jurídico Nacional de 1977⁷⁰, fue testigo del enfrentamiento entre las dos tendencias (la favorable y la desfavorable, con respecto a la cuestionada convocatoria). El resultado de las votaciones en ese congreso fueron favorables a la tendencia opuesta a reformas a la CP. Esta derrota se explica por las circunstancias que rodearon la presentación de reformas a la CP, como por ejemplo: 1) improvisación del documento donde se exponían las reformas, el cual fue sencillo, redactado a la ligera e inconsistente. Además, el grupo que eventualmente podría haber apoyado esas reformas no fue adecuadamente enterado de las mismas ni formado en una clara conciencia de grupo. En estas circunstancias, la defensa fue débil, desarticulada y le faltaron votos. Claro está que el ambiente estuvo teñido de intereses políticos y antagonismos personales, que —como es frecuente— distorsionan las ideas y los planteamientos estrictamente jurídicos. Pero, en fin, la realidad es la que se impone.

A continuación, haré un esbozo de los argumentos que se han dado en contra de la mencionada convocatoria.

⁷⁰ Al respecto escribí un breve ensayo sobre el Congreso citado, celebrado en el Colegio de Abogados del 21 al 25 de noviembre de 1977, publicado en la Revista de Ciencias Jurídicas N° 30 (setiembre-diciembre), pp. 11 a 16.

2) Argumentos en contra de la convocatoria (Co)

Los argumentos que se han dado, entre otros son:

- a) La Co es un cheque en blanco, en el cual no se sabe lo que ocurrirá (sector empresarial).
- b) La Co implica intranquilidad, inseguridad, desorden social. (sector empresarial).
- c) La Co no es necesaria; es algo superfluo, pues la actual CP cumple bien su cometido. (sector empresarial).
- d) Los problemas del país no los genera la CP, sino una porción de las instituciones públicas y de la *clase política* (Gaetano Mosca). (Sector de izquierda; posición de Rodolfo Cerdas).
- e) La Co es un golpe de Estado, una revolución. Pues no se puede atentar contra las cláusulas pétreas de la CP. Esta posición es la de Eduardo Ortiz, la cual detallaremos más adelante.
- f) La Co es un paso a lo desconocido (sector de Vanguardia Popular).
- g) Una ANC implicaría un poder paralelo a los Poderes Públicos instituidos, lo cual sería fatal para la estabilidad del país (sector empresarial).
- h) No hay proyecto de CP; por ello, es una aventura muy arriesgada aceptar una Co (sector empresarial; sector de izquierda).
- i) La clase dominante de esta nación tendría el poder en la ANC; por esta razón, la CP seguirá siendo un instrumento en manos de la burguesía explotadora y de los grupos representativos del capitalismo internacional afiliado a las transnacionales imperialistas (sector izquierdista).

En otras palabras los grupos ubicados y definidos como socialistas, marxistas, troskistas, castristas, etc., como aquellos formados por las cámaras de empresarios se oponen a la convocatoria a una ANC, por diversas razones; siendo la actitud (aunque el contenido de la argumentación es diferente) de rechazo a la misma. Solamente la fracción que domina Daniel Oduber⁷¹ en el Partido Liberación Nacional, formada por empresarios, políticos y tecnócratas (en ascenso socioeconómico), defienden tal convocatoria, sin que tengan un documento bien articulado en donde razonen su posición.

A) Posición de Eduardo Ortiz.

El catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Eduardo Ortiz Ortiz representa la tesis más elaborada y

⁷¹ Esta afirmación es relativa, por cuanto existen políticos y tecnócratas liberacionistas no controlados por Oduber que aceptan y defienden la cuestionada convocatoria por razones técnicas, legales, institucionales y administrativas.

consistente de los grupos opuestos a la convocatoria a una ANC. Por ello la comentaremos brevemente ahora.

Este autor expresa que las opiniones favorables a la Co han sido de tres tipos: uno, para llenar lagunas técnicas de la actual CP; dos, aquellas que sostienen que la CP debe adaptarse a las nuevas condiciones sociales; y, tres, las que afirman que la CP vigente es un freno para el desarrollo futuro del país⁷². Estos tres argumentos aparecen desarticulados, sin fundamento consistente y lleno de lugares comunes.

Para este publicista la Constitución (C) Política (P) no es un grupo de reglas o normas muertas, sino, además, o conjuntamente es un fenómeno real de comportamiento de gobernantes y gobernados que actúa para regular el uso del poder político sobre la sociedad y para permitir que ésta viva y se transforme y que circulen las ideas y las ideologías. Así, pues, la esencia de una CP democrática y liberal está en la idea de que la persona, su dignidad y su libertad así como su felicidad individual humana, son los fines últimos y supremos del ordenamiento, para la cual la CP debe garantizar la libre transformación y cambio de la sociedad, así como la más plena circulación de posiciones ideológicas y políticas. Puntualizando que en todo caso y siempre la CP es expresión de una posición ideológica, de un programa de una comunidad histórica e individualizada, que implica una forma determinada de repartir socialmente la libertad, la propiedad y la participación política. Agregando que se han dado diversos modos de concebir una CP, *verbigratia*: compromiso de tendencias o de intereses sociales (de las fuerzas políticas dominantes: Mortati); cristalización de una ideología (Loewenstein); dominación social global de la clase capitalista sobre la clase trabajadora (Marx-Engels); la decisión esencial de un pueblo (Schmitt); la cristalización de principios básicos de convivencia (Sánchez Agesta). Pero, que él prefiere usar el concepto de Jean Riverò, CP como régimen jurídico del poder político a partir del sistema de valores al que está ordenado⁷³.

Añadiendo que lo esencial es el hecho de que toda CP, como norma y como forma de vida, está presidida, fundada y orientada por una idea de servicio del E a la comunidad, que siempre encierra una ideología respecto del reparto o distribución social del poder político, de la libertad y de la propiedad, como justificación fundamental de ese poder. Indicando que la ideología fundamental o esencial de la CP —que justifica y dirige el poder político como tal— es lo verdaderamente trascendente y humano de toda CP⁷⁴.

Ortiz, también acepta la definición de George Burdeau, para quien la CP es la regla por la cual el soberano legitima el Poder, solidari-

⁷² ORTIZ ORTIZ, Eduardo. De las reformas constitucionales inconstitucionales. Reforma general de la Constitución, revolución y golpe de Estado. (San José: Instituto Costarricense de la Empresa Privada. 1977), p. 7.

⁷³ Apud ORTIZ, pp. 9 y 10.

⁷⁴ ORTIZ, *idem.*, p. 10.

zándose con la idea de derecho que éste representa y determina, en consecuencia, las reglas de su ejercicio⁷⁵.

Ahora bien, indagemos sobre el tipo de CP que propone Ortiz.

Riverò, hace sinónimo la CP del régimen jurídico del poder político y Burdeau (autores aceptados por Ortiz) afirma que la CP = regla de legitimación del soberano. Podría decirse, que en el fondo, lo que los franceses expresan, es lo mismo.

CP = régimen jurídico del poder político (Riverò).

CP = regla de legitimación del soberano (Burdeau).

Por tanto,

CP = expresión jurídica del poder político = regla de legitimación del gobernante.

Aquí, podríamos decir que “régimen jurídico” = “regla de legitimación”; y, que el “poder político”, lo ejerce el “soberano”. De esta forma, CP = régimen jurídico del poder político = regla de legitimación del soberano”. Así, Riverò y Burdeau, dicen lo mismo con diversas palabras. Ya que el soberano representa y refleja el poder político (lo encarna); y, el régimen jurídico es la regla de legitimación del ejercicio de ese poder político o del poder del gobernante.

Claro está que somos conscientes que se trata de una perspectiva que asumimos frente a esas dos conceptualizaciones. No afirmamos que sea la única y la verdadera. Al contrario, admitimos que es una, entre tantas, formas de analizar esta cuestión, máxime cuando se trata de conceptos jurídico-políticos indeterminados, plurivalentes e incluso difusos.

Lo que, en profundidad, plantean Riverò, Burdeau y Ortiz es lo conocido en sociología política: la CP (e, incluso el total ordenamiento jurídico es un instrumento de dominación social, de control social de la clase política (Mosca), hegemónica (Gramsci) o explotadora (Marx) sobre la clase social subordinada o trabajadora-asalariada. O, en términos de Max Weber, el E y el derecho modernos se fundan en la dominación racional-legal implementada burocráticamente. Siendo, así, el E una maquinaria burocrática de poder político.

Por consiguiente, nosotros no oponemos argumento alguno a ese tipo de CP, como instrumento jurídico de legitimación del poder político; al contrario, nos parece operacional y procedente heurísticamente. Posteriormente, Ortiz nos hace una lista (*numerus apertus*) de las cláusulas pétreas, reglas e instituciones esenciales en nuestro sistema político, que al decir de Marx Weber y Carl Schmitt, es “racional, burgués, liberal y republicano”.

⁷⁵ ORTIZ, *ib.*, pp. 10 y 11, cita tomada de Burdeau, *Traité de Science Politique*. T. IV, *Le Statut du Pouvoir dans l'Etat*, 2^a ed., p. 45.

Esta lista la toma de la actual CP costarricense.

- Art. 1 = Costa Rica es una República democrática.
Art. 2 = la soberanía reside en la Nación.
Art. 4 = Ninguna persona o reunión de personas puede asumir la representación del pueblo.
Art. 6 = El Estado ejerce la soberanía completa y exclusiva en el espacio de acuerdo con los principios de Derecho Internacional.
Art. 9 = El Gobierno de la República es popular, representativo, alternativo y responsable. Lo ejercen tres Poderes distintos e independientes entre sí: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Y, luego también transcribe los artículos de la CP 10, 11, 98, 48, 49, 79, 87, 28, 45, 50, 12, 73, 84, entre otros ⁷⁶.

Para este administrativista, existen dos aspectos vitales en su exposición: *primero*, todo régimen político está regido por un conjunto de valores y de ideales que son los que lo identifican y definen; y, los que le permiten mantenerse dentro de los cambios que sufre a lo largo de su existencia. Esos valores de la CP, estas normas inmutables e irrenunciables de la CP, son las *cláusulas pétreas* de toda CP.

Esas *cláusulas pétreas* de toda CP, son las necesarias para expresar y realizar sus decisiones políticas fundamentales en orden a valores y fines colectivos determinados o que revelen los ideales sociales que justifican la existencia del poder político y su ejercicio por el pueblo y por el gobierno. Esas cláusulas, son inmutables porque si se reforman, ello daría lugar a otro sistema político sustitutivo.

Segundo, todo régimen político nutre su sentido y alcance (desde el punto de vista de sus valores, sus instituciones y sus técnicas) no sólo de la letra de la CP, sino —sobre todo— afirma Ortiz, del espíritu de ésta, tal y como resulta interpretado y aplicado por los gobernantes a la luz de las exigencias de la opinión pública actual y de las generaciones cambiantes.

Por esta razón, la CP no es lo que dice su texto, ni lo que con éste quisieron decir sus redactores y autores inmediatos, sino lo que el pueblo actual vive de ella y entiende que dice y ordena, con vista a los nuevos problemas y de las nuevas ideologías sucesivas, en tanto no resulten —en el presente— en inzanjable o irremediable conflicto con la ideología de la CP. Puntualizando que, la CP no es la de sus autores (digamos, los diputados de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949), sino la que se desprende y deriva de su letra (la de la CP) vivificada y actualizada por la jurisprudencia, las prácticas de gobierno;

⁷⁶ Apud ORTIZ, pp. 12 a 16.

y, por los principios de las nuevas doctrinas políticas y jurídicas reinantes que reflejan la adaptación de las ciencias sociales a la realidad de la vida política y su correspondiente cambio y transformación ⁷⁷.

Insistiendo Ortiz en que se comprenda que la CP no es letra muerta, ni escritura sobre papel ni la norma escrita fundamental de un país *sin más*; al contrario, es *mucho más*, la CP es una forma real de vida y de gobierno. Concluyendo que la CP “sólo puede y debe reemplazarse *totalmente* cuando sea necesaria una verdadera revolución para el cambio, aunque no sea violenta ni sangrienta, sino meramente ideológica o axiológica”. Advirtiendo que, para crisis menores y lagunas técnicas (como las que se alegan ahora en Costa Rica por los que quieren la cuestionada convocatoria), están las reformas parciales ⁷⁸.

B) *¿Qué podemos decir, al respecto?*

1º) Efectivamente aceptamos que todo sistemas político tiene algunos valores, instituciones y estructuras esenciales que lo identifican y definen. ¿Podría enlazarse esta indicación con el funcionalismo, (o, más aún) con el estructural-funcionalismo? Creemos que no. Sin embargo, en lo que respecta al Prof. Ortiz parece que sí.

Los postulados de esta corriente de la ciencia social, son:

- i. Todos los elementos de un sistema (social, político, etc.) son *indispensables* para la existencia del mismo (estructural-funcionalismo = e-f, exagerado). Así, en nuestro caso, *todos* los elementos que componen la CP son indispensables para su permanencia y sobrevivencia. Esta postura extrema, ha sido suavizada por la que afirma que *algunos* elementos son indispensables para el sistema. Como por ejemplo, las llamadas *cláusulas pétreas* en la estructura jurídica denominada CP.
- ii. Hay una *unidad funcional* en la CP, pues tanto las *cláusulas pétreas* como las demás (*fluidas*), se integran en el macrosistema racional, burgués, capitalista (Weber, Marx, Schmitt).
- iii. Se da un *equilibrio* en el sistema, ya sea pensado como un ecosistema legal o como una estructura funcional de corte democrático y capitalista.
- iv. Se da un *consenso* del pueblo y de la sociedad con respecto a la actual CP.
- v. La CP tiene mecanismos homeostáticos que tienden a mantenerla equilibrada y funcional en el sistema capitalista (*sistema social* a lo Talcott Parsons).

⁷⁷ ORTIZ, *ib.*, pp. 16 y 17.

⁷⁸ ORTIZ, *cit.*, p. 18.

En nuestro criterio el pensamiento de Ortiz se inscribe en estas coordenadas estructurales-funcionales, pues concibe la CP como una unidad funcional-jurídica (o, legal), consensual popular (apoyo popular, en ejercicio de la soberanía de los administrados), equilibrada y con mecanismos equilibradores (reformas parciales) y cuyo objetivo es la legitimación del gobernante en el ejercicio del poder político, mediante la acción permanente y operacional de cláusulas pétreas que automantienen (y, reproducen) (*feedback*) el entero sistema macrosocial racional, burgués y capitalista.

Por ello, el enfoque de Ortiz está en la tesis del estructural-funcionalismo⁷⁹. Nuestra hipótesis de trabajo se ubica en la tesis coactiva de la integración social. Entendemos que ambos instrumentos de trabajo coadyuvan en la tarea científico social.

En lo que respecta las cláusulas pétreas o permanentes e inmutables, aludidas, consideramos que —efectivamente— el sistema capitalista o democrático republicano-liberal, dejaría de ser tal, si, *v. gr.*, se eliminara de ese sistema la propiedad privada de los medios de producción y distribución. En este sentido, concordamos con el enfoque de Ortiz (el cual es lógico-formal). Ahora bien, en la realidad, dado que los grupos políticos y económicos que tienen su hegemonía en nuestro país se adhieren a la ideología capitalista, es no viable, afirmar que el fruto de una ANC (Asamblea Nacional Constituyente) sería la transformación del sistema político actual de Costa Rica (de índole capitalista) por uno socialista o comunista. No solo porque la mayoría de los posibles diputados a esa ANC serían pro-sistema capitalista, sino, debido a que el estado actual de cosas en nuestra nación no permite viabilizar tesis socialistas o comunistas, en la medida en que dadas las condiciones subjetivas de existencia del pueblo costarricense, rebotaría cualquier intento de implantar un sistema socialista —en estos momentos históricos—, explicable (en parte) por la ausencia de una conciencia de

⁷⁹ Con respecto a esta tesis estructural-funcional, recordemos lo siguiente: Emilio DURKHEIM expresó que la función es la correspondencia entre el hecho (cosa) considerado (a) y las necesidades generales del organismo social (sistema social, en Parsons). (*Las reglas del método sociológico*, Buenos Aires, Ed. Schapire, 1969, p. 80). En RADCLIFFE-BROWN, función incluye el concepto o la noción de estructura que consiste en una serie de relaciones entre entidades unificadas, manteniéndose la actividad de la estructura por un proceso vital compuesto por las actividades de las unidades constitutivas. (Así, por ejemplo, la función de un uso social particular es la contribución que hace a la vida social total como funcionamiento del sistema social total o global. Esta idea de la unidad funcional de un sistema social es una hipótesis digna de ser comprobada por el examen sistemático de los hechos (*Estructura y función en la sociedad primitiva*); Barcelona, Península, s.f.e., pp. 206 y 207. La obra de Robert King Merton *Teoría y estructuras sociales* tiene un excelente análisis del estructural-funcionalismo, añadiendo este sociólogo los conceptos de funciones latentes y manifiestas (México: CFE, 1965, pp. 29 a 94).

clase real (ya que tienen conciencia falsa), sin que por ello, no quepa visualizar una conciencia posible en términos de Lukacs⁸⁰.

Por ello, oponerse a una ANC porque las cláusulas pétreas de la actual CP puedan ser modificadas o variadas, no tiene asidero en la realidad; aunque, pueda tenerlo en el análisis lógico formal.

2º) Efectivamente es cierto que (verdad real) la CP es algo más que la letra del documento respectivo. En esto, Ortiz concuerda con Lasalle, entre otros. La CP va más allá del mero folleto en que está impresa. Por ello, Mortati habla en términos de la constitución formal y la constitución material, ya apuntados. Aquí Ortiz acepta la postura del citado autor italiano, que nosotros también compartimos.

Aquí hay que señalar que en la mayoría de los países de América Latina, la CP es un mero documento, pues los gobiernos militares no la respetan. Se da, pues, un Estado de Derecho de carácter formal, y de ningún modo material o sustancial (real).

3º) El catedrático Ortiz expresa que una reforma total de la CP = revolución jurídica = golpe de Estado⁸¹.

Al respecto indica Ortiz que las Constituciones Políticas, entendidas como un plan de organización político y social, son obra de un poder político que quiere transformar el orden existente en función de principios ideológicos⁸² (Sánchez Agesta), Pero no sólo reafirma el criterio de Sánchez Agesta, sino que ratifica lo dicho por Mortati cuando éste afirma que una constitución es un conjunto sistemático de principios animados por un mismo espíritu creador y no un acervo de disposiciones yuxtapuestas⁸³. En este orden de ideas, cita a Vanossi y a Juan Linares —autores argentinos— cuando el primero dice que lo revolucionario para la ciencia jurídica supone la fractura o violación de la lógica de los antecedentes⁸⁴; y, el segundo, afina el concepto de revolución jurídica escribiendo que esta revolución tiene como carac-

⁸⁰ En ese enfrentamiento de clases (lucha de clases sociales), los conceptos de burguesía y proletariado (tipos ideales; también, categorías históricas), la conciencia falsa encubre y oculta las relaciones de dominación social para no dar lugar a la conciencia real o verdadera. Le corresponde a la conciencia posible conducir a la clase proletaria del estado de una conciencia falsa a la real; palpando, así, la lucha de clases y la estructura de hegemonía social que controla y explota a la clase asalariada. (*Historia y conciencia de clase*, México, Ed. Grijalbo, 1969; pp. 49 a 88).

⁸¹ ORTIZ, *ib.*, pp. 19 a 27.

⁸² SANCHEZ AGESTA, Luis. *Curso de Derecho Constitucional Comparado*, 5ª ed. 1974, p. 28; cit. por ORTIZ, *idem.*, p. 19.

⁸³ MORTATI, Costantino. *Studi sul Potere Costituente e sulla Riforma Costituzionale dello Stato*, vol. I, p. 10; cit. ORTIZ, p. 25.

⁸⁴ VANOSI, Jorge. *Teoría Constitucional, Teoría Constituyente*, vol. I, De Palma, 1975, p. 144; cit. ORTIZ, p. 25.

terística el rompimiento de la lógica normativa de creación regular del derecho, establecida por un ordenamiento jurídico⁸⁵.

De ahí que Ortiz llegue a la conclusión de que una ANC constituiría una revolución jurídica en la medida en que tuviera la pretensión de una reforma total o general de la actual CP. Aun más, considera que es un golpe de Estado y una reforma inconstitucional. Por lo que sostiene que sólo es posible una reforma parcial de la CP vigente⁸⁶.

En este sentido advierte que el art. 196 de la actual CP⁸⁷ no se aplica a las reformas totales o generales; mejor dicho, que este numeral constitucional carece de aplicación jurídica: "la autorización constitucional para una reforma total o general de la Constitución, no la hace jurídicamente posible y en nada cambia la situación"; pues "hay una insalvable contradicción entre el art. 196 y las otras normas e instituciones políticas del país"⁸⁸.

A este respecto hay que informar que la ANC de 1949 votó favorablemente por el art. 196, sin entrar al análisis de fondo de las reformas parciales y de las totales o generales. Interpreto que los diputados constituyentes de la época, al hacer una distinción entre la *reforma parcial* y la *general* estimaron que una reforma general de la CP podría hacerla sólo y nada más que una Asamblea Nacional Constituyente dentro de la tesis del poder político del pueblo soberano expresado en la votación de miembros de dicha asamblea. Es decir, la concepción del pueblo soberano y su poder político, legitiman la formación de órganos tan importantes como un ANC, dentro de la óptica de la teoría del poder constituyente y su potestad de crear poderes constituidos en el marco contextual del sistema democrático republicano liberal. Estimo que parte de la respuesta que se pueda elaborar al punto de vista del profesor Ortiz va en este sentido de la competencia y de las facultades del poder constituyente. Lo cual niega, tal vez, la afirmación del jurista Ortiz en el sentido de que una reforma *general* = revolución jurídica o golpe de Estado, por cuanto el pueblo soberano decide, por el sufragio, montar una ANC.

Frente al criterio del prof. Ortiz que dice que "el art. 196 no existe ni tiene validez jurídica, por imposibilidad lógica de aplicación. En Costa Rica, como cualquier otro ordenamiento, son imposibles las reformas generales de la Constitución"⁸⁹; se pueden analizar las citadas

⁸⁵ VANOSSI *ib.*, cit. ORTIZ, p. 25.

⁸⁶ ORTIZ *op. cit.*, pp. 27 a 30.

⁸⁷ Art. 196 CP= la reforma general de esta Constitución sólo podrá hacerse por una Asamblea Constituyente convocada al efecto. La ley que haga esa convocatoria deberá ser aprobada por votación no menor de dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa y no requiere sanción del Poder Ejecutivo.

⁸⁸ Apud ORTIZ, p. 30.

⁸⁹ ORTIZ, *ib.*, p. 31.

actas de la ANC de 1949⁹⁰, en las cuales se nota claramente que los diputados constituyentes sí aceptaron la posibilidad de hacerle reformas generales a la CP. Claro está que el profesor citado podría decir (como efectivamente ya lo señaló)⁹¹ que las reformas generales se dan a nivel de hecho (de *factum*), pero nunca como supuesto lógico de una CP, dentro del análisis lógico jurídico de una CP. Sin embargo, ¿cómo podría resolverse la aparente contradicción de que una CP permita su autodestrucción —institucionalizando la reforma total— y por el otro lado la tesis democrática de respeto a la soberanía del pueblo? En esta disyuntiva de principios, cede cualquier otro al de la soberanía popular y a los fundamentos del sistema democrático (lo cual podría decirse que es suicida). En otras palabras, si el pueblo decide nombrar a constituyentes que elaboran una CP socialista, no hay duda que la actual CP queda derogada; y, por supuesto, no sólo eso: se suplanta el sistema capitalista por un sistema socialista. En virtud de la voluntad popular, políticamente manifestada en el órgano ANC. Claro está que éste es un análisis de carácter formal. La realidad costarricense se impone y ella nos indica que los principios de la actual CP se mantendrán (las *cláusulas pétreas*, citadas). En otros términos, parece que el socialismo no es viable ni a corto ni mediano plazo en Costa Rica (*juicio de valor*). Así parece de acuerdo a las condiciones objetivas de existencia, a nivel de la lucha de clases, a la fuerza política real de los sectores de izquierda y a la capacidad de modernización del aparato estatal y de los partidos de la clase política (Mosca), entre otros factores.

Este mismo autor finaliza manifestando que "es constitucional y jurídicamente imposible que la Constitución autorice reformas totales. La norma que lo haga —como el art. 196— autoriza la destrucción de la Constitución; es contradictoria con el espíritu de ésta; reniega de la función propia de todo órgano de revisión constitucional, que es adaptar la Constitución para conservarla, sin destruirla y sin impedir el cambio social"⁹².

Con relación a este punto de vista, estimamos que se da una realidad; la actual CP admite la *reforma general* de ella misma.

Apreciamos que la ANC de 1949 cuando votó en favor de las *reformas generales*, admitió la existencia de las *cláusulas pétreas* de la CP. En el contexto de las actas mencionadas (150 a 153, 177 y 182),

⁹⁰ Actas de la ANC de 1949, Nos. 150 a 153, 177 y 182. (San José; Imprenta Nacional. 1957, T. III).

⁹¹ ORTIZ, *cit.*, p. 29: "de hecho y exactamente en igual posición que un poder revolucionario, sin continuidad ni derivación respecto de la Constitución existente y eventualmente en plena contradicción con ésta y sus más sagrados principios, puede el órgano constitucional reformar totalmente la Constitución y crear una monarquía en Costa Rica...". "Estaría fundando un nuevo régimen político. Esto se puede hacer materialmente, pero no jurídicamente: destruirá la Constitución y sería a lo mismo que una revolución o que un golpe de Estado" (p. 30).

⁹² Apud ORTIZ, p. 40.

se ve claramente que la mentalidad de los constituyentes era antitotalitaria, valga lo que dijeron sobre el art. 98 contra el fascismo y el comunismo. Por ello, sugiero que los diputados de la ANC de 1949 asumieron que la *reforma general* del art. 196 no era total, sino que respetaba las cláusulas pétreas del sistema democrático, burgués, racional y capitalista. En este sentido no admito que este art. 196 se refiera a la reforma total (*contraditio in terminis*) sino a una *reforma general* que respete los fundamentos del sistema democrático burgués. De ahí que lo afirmado por el prof. Ortiz no valga si se asume que la reforma general del art. 196 no es una *reforma total* (pues ya no sería tal "reforma", sino sustitución global y plena).

En otras palabras, el autor analizado confunde el concepto de *total* con el de *general*. Es decir, lo *total* implicaría un cambio global, integral y pleno de todos y cada uno de los artículos de la CP. Se trataría de una sustitución *in toto*, que lo comprende todo. En cambio, la *reforma general* (su nombre lo señala) se refiere a un cambio de la CP *no total, ni parcial*, sino respetando las bases, los fundamentos del sistema político (burgués, si se trata de un CP capitalista; socialista, cuando se piensa en un régimen de propiedad colectiva de los medios de producción y de distribución, y planificación obligatoria —vinculante— y centralizada).

Al respecto, recordemos que la actual CP de la URSS (aprobada en la séptima sesión extraordinaria del Soviet Supremo de la novena legislatura, el 7 de octubre de 1977) afirma en su

"Art. 174 = La Constitución de la URSS puede ser modificada mediante decisión del Soviet Supremo de la URSS, adoptada por una mayoría no inferior a dos tercios de los votos en cada una de sus Cámaras".

En este artículo no se aclara, expresamente, que la modificación sea parcial o general. Simplemente dice "*puede ser modificada*". Ya se sabe que esa modificación o reforma puede ser de "*uno o más artículos*" (tomando esta expresión del Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa, Art. 72)⁹³. Ahora bien, no se sabe, certeramente, cuántos artículos deben ser modificados o reformados para que se pase de una reforma *parcial* a una *general*. Porque el reglamento citado expresa que:

"Las reformas parciales a la Constitución Política proceden con arreglo a las siguientes disposiciones, de conformidad con lo que establece el artículo 195 de la misma Carta (Magna) =

⁹³ Asamblea Legislativa (San José: Imprenta Nacional, 1978), p. 39.

a) El Proyecto en que se pida la reforma de uno o más artículos debe presentarse en sesiones ordinarias, firmado por no menos de diez diputados".
(La recta es nuestra).

De acuerdo con esa redacción, la *reforma parcial* se da cuando se cambian uno o más numerales de la Carta Magna. Entonces, ¿cuántos artículos pueden ser transformados por el mecanismo de la reforma parcial: 10, 20, 80 o 100? ¿Acaso, la mitad de 197 cantidad total numerada de artículos de la CP? Ya se sabe que estamos ante los conceptos jurídicos indeterminados, *unbestimmter Rechtsbegriff* (tesis alemana) o *notions vagues ou souples* (tesis francesa), cada una de ellas en su perspectiva propia⁹⁴. Eso sí, tales conceptos jurídicos difusos, ambiguos, polivalentes (conceptos esponja) serán en nuestro caso *pocos* y *muchos*. De esta suerte, si se trata de *pocos* artículos modificados, se entenderá que se está ante una reforma parcial (por ejemplo, desde 1949, la CP *ha sufrido 25 reformas* en 29 años). Cuando se trata de *muchos* artículos que se desean reformar (por el Poder Político de turno, entonces se estará hablando de una reforma general, la cual debe hacerse por medio de una ANC, convocada al efecto.

Tanto *pocos* y *muchos*, son conceptos del lenguaje común y cotidiano de las personas; sin embargo, adquieren relevancia jurídica cuando se emplean en un contexto legal como el mencionado.

Como se observa, la redacción no es precisa, sino ambigua y confusa. Sin embargo, nadie pretendería decir que la reforma de 100 artículos de la CP es parcial, con el objetivo de someterse al procedimiento de reforma parcial establecido por el Ordenamiento Jurídico. Como, tampoco sería aceptable decir que diputados constituyentes, representantes de los partidos políticos mayoritarios y dominantes en el país realicen una CP socialista o comunista. Esto sería como afirmar que los panaderos fabrican aluminio. Al contrario, también opera este argumento. Efectivamente, la CP de Cuba (de 1976), manda en su artículo 141:

"Esta Constitución sólo puede ser reformada, total o parcialmente, por la Asamblea Nacional del Poder Popular mediante acuerdo adoptado en votación nominal, por una mayoría no inferior a las dos terceras partes del número total de sus integrantes" (La recta es nuestra).

Incluso, en este caso, en el que la propia CP dice que puede ser hecha una reforma total, se sabe que los cambios constitucionales en una

⁹⁴ Sainz Moreno, Fernando. Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa. (Madrid: Civitas, 1976; 223 a 274).



CP socialista serán efectuados en la tesis del socialismo, y no del capitalismo. En otras palabras, los socialistas no votarán una reforma total (o, sustitución plena) que distorsione el sistema socialista cubano, aunque la CP —al tenor literal— postule un cambio *total* de ella.

Ello quiere decir, desde nuestra perspectiva, que aún en el supuesto de que la CP autorice una reforma total (como el caso de Cuba), tampoco procede afirmar que esa cláusula traiciona el sistema socialista y destruye la CP cubana, pues la infraestructura de la norma constitucional (llámese constitución material, real o sustancial) impone la realidad del sistema socialista en Cuba o en Rusia.

En otros términos, los que tienen el poder, en cualquier sociedad, no van a permitir (salvo por métodos violentos y, a la vez, perdiendo el poder político y económico) que su proyecto jurídico y político sea variado en su contra. Es decir: *en toda sociedad, el grupo social dominante ejerce el poder en su beneficio (axioma del control social).*

3) Argumentos a favor de la convocatoria a una ANC.

El grupo encabezado por Daniel Oduber, dirigentes como Armando Arauz, Alfonso Carro, Oscar Arias y otros, han defendido (como miembros del Partido Liberación Nacional) la convocatoria a una ANC, en virtud de razones técnicas, institucionales y administrativas; además, de argumentos políticos, jurídicos, sociológicos y económicos.

Estos puntos de vista se pueden resumir así:

- 1) El país se ha modernizado y requiere una CP idónea para el futuro (Arauz).
- 2) Los cambios cuantitativos y cualitativos operados en el seno de la sociedad costarricense ameritan una CP nueva (Oscar Arias).
- 3) Se debe hacer una revisión general de la CP, por razones técnicas e institucionales (Eugenio Rodríguez Vega).
- 4) Después de 1949, el país ha crecido y el Estado no ha respondido a ese crecimiento estatal y a sus proyecciones en la sociedad. Una CP nueva es urgente, por lo tanto para llenar esa laguna del Ordenamiento Legal (Mauro Murillo).
- 5) La Asamblea Legislativa no puede, mediante las reformas parciales, hacerle frente a una serie sistemática de cambios constitucionales de carácter técnico (José Miguel Corrales).
- 6) Dentro del marco democrático, la ANC puede llevar adelante una tarea de modernización y de perfeccionamiento de la actual CP (Carlos José Gutiérrez).

Lamentablemente, ninguno de los defensores de la convocatoria citada ha elaborado un escrito sistemático, bien estructurado y sólido en ayuda de su posición. Por esta razón, la tesis del prof. Ortiz se alza con fuerza ante aquellos que desean (por diversos y complejos motivos

una ANC, pero no han logrado darle cuerpo a un documento que —ideológicamente— justifique adecuadamente su postura.

He de señalar que la Oficina de Planificación en el año de 1977 (siendo Ministro de este ramo, el Dr. Oscar Arias Sánchez) formó una comisión *ad honorem* que trabajó por varios meses en la discusión de los temas de la CP vigente. Esta comisión estuvo formada por juristas del Poder Judicial, del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, además de un grupo de profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Formé parte de esta comisión, y por ello, puedo decir, que las discusiones de los temas propuestos fueron fructíferas, pero no se pudo imprimir un escrito que recogiera lo conversado y acordado. Así puedo afirmar que en el ánimo de la mayoría de los componentes de esa comisión *ad hoc* privó la tesis (fundada y razonada) de que la *reforma general* (no *total*, como entiende el prof. Ortiz) es conveniente para el país. Y, *éste es el punto de vista de quien estas páginas escribe.*

V. CONCLUSIONES.

- a) La CP es el proyecto jurídico político de la clase política (Mosca); es decir, la cosmovisión del conjunto de fracciones de clase que componen la clase social dominante o hegemónica (Gasmsci) en una sociedad moderna con un Estado de Derecho.
- b) Las teorías sobre la CP (tipos de CP) responden al nivel de racionalización y de ideologización de los elaboradores, distribuidores y ejecutores de ideas sobre el sistema político y legal prevaleciente u oficial en la sociedad de la época moderna.
- c) Aunque lo relevante en una sociedad moderna no es la Ley, sino la realidad global (lo fáctico); la CP, como instrumento de control político y de límite al poder público, juega un papel importante en la toma de decisiones y en la lucha por el poder social. Por ello, las fracciones de clase; y, en general, las luchas de clase toman en consideración la CP pues comprenden que ella es el marco de las relaciones sociales de producción y la fuente por excelencia —a nivel legal— de la producción del Sistema Social integral.
- d) Por lo que se refiere a Costa Rica, estimo que es necesaria una ANC por cuanto la tarea de reformas generales a la actual CP es insoslayable, por razones técnicas, administrativas, institucionales, políticas, económicas, y sociológicas. No es negando la reforma general como el país puede solucionar sus problemas. Como tampoco, estos problemas surgen de la CP ni se explican a partir de ella. Pero sí, una idónea CP puede constituirse en un instrumento eficaz para el mejoramiento económico-social del pueblo costarricense (juicio de valor).
- e) El Prof. Ortiz hace sinónimo las palabras “general” y “total” en lo referente a las reformas a la CP. Efectivamente, el art. 195 y

el art. 196 de la actual CP se refieren a estas reformas; pero, no a un cambio total y pleno de la CP. Por esta razón, lo que señala este catedrático universitario no se aplica al art. 196, cuestionado. Ni de hecho (nivel real) ni a nivel jurídico, en Costa Rica se puede hablar de una sustitución total y plena de la vigente CP. Salvo, en el supuesto caso, que una guerra civil le dé el poder político a los socialistas y a los comunistas y éstos decidan hacer una CP ajustada al nuevo orden de cosas. Pero por la vía de la convocatoria a una ANC, tal supuesto no se dará, mientras el juego de fuerzas políticas de esta nación favorezca a los partidos no comunistas ni socialistas.

- f) Este artículo se publica mientras el tema de la convocatoria a una ANC se sigue discutiendo en los centros de poder político y económico nacional.
- g) Con respecto al argumento que sostiene que no puede existir una ANC paralela a la existencia de una CP, la respuesta es que sí puede funcionar en el sistema legal esta realidad jurídica, pues, la CP que apruebe la ANC tendrá eficacia a partir del momento en que así lo decida esta ANC. Mientras tanto, la CP vigente es aquella que no ha sido derogada —formalmente— por la ANC. Así, mientras la ANC elabora la nueva CP, se aplica la vigente CP, es decir, la de 1949. Esto en virtud del principio de seguridad jurídica.
- h) Nuestra Carta Magna permite una reforma *general* (no *total*) en su art. 196; y, una reforma *específica* y *concreta* en su art. 7 (párrafo segundo), en lo que se refiere al caso de que tratados públicos y/o convenios internacionales tengan relación directa con la *integridad territorial* o la *organización política*. En estas dos situaciones, se requieren los *dos tercios* de los miembros de una ANC, convocada al efecto, para que se puedan aprobar tales tratados y/o convenios. O, si se trata de la Asamblea Legislativa, el requisito citado está circunscrito a una votación mínima de las *tres cuartas partes* de la totalidad de los integrantes del Poder Legislativo.

Como se nota, se da una votación calificada para tales importantes cuestiones que inciden nuclearmente sobre el Estado y la sociedad costarricenses.

Claro está que la oración "organización política", está señalando hacia la *forma* del sistema capitalista; pero, *no* hacia su esencia o *contenido*: las relaciones de producción y los modos productivos (organización económica) generadores de plusvalía mediante su apropiación privada y su elaboración social (clásica contradicción). Es decir, por ejemplo, se podrá convertir nuestro sistema político en presidencialista o en parlamentarista; pero, de ninguna manera en socialista. Este mismo argumento, es valedero para los sistemas socialistas, *a contrario sensu*. Ya que al axioma

político de base es el siguiente: ninguna estructura política cambia de raíz con el consentimiento de su correspondiente clase hegemónica.

VI. RESUMEN.

Este artículo efectúa un inventario de los diversos y variados tipos de CP que se han dado en ese desarrollo del constitucionalismo moderno.

La problemática sobre la Constitución Política (CP) que aquí esbozamos no se provoca o genera en el vacío. Al contrario, está motivada por el esfuerzo que, desde 1966, hacen sectores del Partido Liberación Nacional por lograr una nueva asamblea Nacional Constituyente (ANC). Precisamente, en estos meses tanto en Perú como en Chile, se están planteando (*matadis mutandis*) proyectos de CP. Y, por lo que respecta al mundo socialista, tanto la URSS, China Popular como Cuba tienen Cartas Magnas muy recientes. También, en España posfranquista, nuevas y complejas tesis constitucionalistas se gestan. Por ello, bien podría decirse que uno de los signos de estos tiempos se traduce en corrientes constitucionalistas actualizadas.

Así, nuestro país se inscribe en el contexto internacional no por mera casualidad ni coincidencia, sino porque los procesos, estructuras y relaciones mundiales afectan a todos los países del globo, urgiéndoles a tomar medidas congruentes con las nuevas realidades de los países.

Por lo que respecta a la posición que tengo con respecto a la cuestionada convocatoria, he de decir que estoy conforme con ella. Se debe efectuar un análisis general de la CP, tal y como lo propuso el jurista Rodolfo Piza, (cuando era diputado en 1978); es decir, mediante la formación de una comisión de técnicos que estudien la CP y elaboren un proyecto que someterán a la Asamblea Legislativa para su correspondiente procedimiento.

Esta tesis sana, puede ser distorsionada por los políticos de turno que podrían manipular ese proyecto, ya presentado a la Asamblea Legislativa, con el objetivo de usarlo como catapulta contra otras fracciones dominantes. Empero, este es un riesgo que se puede correr en un sistema democrático liberal, burgués, capitalista, como lo bautizó Weber.

En este *escritti minori*, no se pretende decir la "verdad"; sino, expresar un punto de vista, entre otros posibles.

En nuestro país, la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente (ANC) procede en dos casos, constitucionalmente establecidos:

- 1) Art. 7: los tratados públicos y los convenios internacionales referentes a la integridad territorial o a la organización po-

lítica del país, *requerirán aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros, y la de los dos tercios de los miembros de una Asamblea Nacional Constituyente, convocada al efecto. (Párrafo segundo).*

- 2) *Art. 196: la reforma general de esta Constitución, sólo podrá hacerse por una Asamblea Constituyente convocada al efecto. La ley que haga esa convocatoria deberá ser aprobada por votación no menor de dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa y no requiere sanción del Poder Ejecutivo.*

El art. 196, se sabe que se refiere a reformas de carácter *general* (y, no *total*) de la Carta Magna. Y, aunque dijera *total* (que no lo dice) dicha Carta, lo cierto del caso es que (como en el caso de la Constitución de Cuba que sí habla de una reforma total) a pesar de que estuviera escrita la palabra *total*, los grupos dominantes de cada sociedad tomarían todas las medidas pertinentes (desde las más sutiles hasta las más brutales) para que el sistema político no fuere variado desde sus cimientos mismos. En lo referente al art. 7, párrafo segundo la expresión "*organización política del país*", no está (por supuesto) relacionada con una transformación radical y completa del entero conjunto político, económico y social. Sino, con estructuras secundarias del sistema político; jamás se atentaría contra la propiedad privada de los medios de producción y de distribución ni contra las libertades esenciales del capitalismo (libre empresa, libertad de comercio, libertad de bienes y servicios, libertad en el mercado, libertad en la fijación de precios, etc.). Máxime cuando se sabe que la composición de esa ANC representa los intereses de nuestra clase dominante y hegemónica.

VII REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS BASICAS

- ALVAREZ, José y Emilio Gillo. Los Jacobinos. (Madrid: Edicusa. 1970).
- BENITEZ, Raúl (coordinador). Clases sociales y crisis política en América Latina. (México: Siglo XXI. 1977).
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. Introducción al Derecho Constitucional. (México: Fondo de Cultura Económica. 1975).
- BLANCO, Joaquín. Teoría del Poder. (Madrid: Pirámide. 1977).
- CAMPOS, Bidart. Derecho constitucional. (Buenos Aires: Ediar. 1968. T. I.).

- CARRION, Jorge. La burguesía, la oligarquía y el Estado. (México: Nuestro Tiempo 1975).
- CARBONNIER, Jean. Sociología jurídica. (Madrid: Tecnos. 1977).
- CERRONI, Umberto. Teoría política y socialismo. (México: Era. 1976). Marx y el derecho moderno. (México: Grijalbo. 1975).
- CONDE, Francisco Javier. Escritos y fragmentos políticos. (Madrid: Instituto de Estudios Políticos. T. I y II. 1974).
- DIAZ, Elías. Estado de Derecho y sociedad democrática. (Madrid: Edicusa. 1964).
- DI TELLA, Torcuato. Clases sociales y estructuras políticas. (Buenos Aires. Paidós. 1974).
- DUVERGER, Maurice. Instituciones políticas y derecho constitucional. (Barcelona: Ariel. 1970).
- FINER, Hermann. Teoría y práctica del gobierno democrático (Madrid: Tecnos. 1964).
- FRIEDRICH, Carl. Gobierno constitucional y democracia (Madrid: Instituto de Estudios Políticos 1975).
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder. (Madrid: Civitas. 1974).
- GARCIA-PELAYO, Manuel. Las transformaciones del Estado contemporáneo. (Madrid: Alianza. 1977).
Derecho constitucional comparado. (Madrid: Revista de Occidente. MCML).
- GERARD, Alice. Mitos de la Revolución Francesa. (Barcelona: Península. 1973).
- HAYEK, Friedrich A von. Los fundamentos de la libertad. (Madrid: Unión Ed. 1975).
Camino de servidumbre. (Madrid: Alianza. 1877).
- HELLER, Hermann. Teoría del Estado. (México: Fondo de Cultura Económica. 1961).
Concepto, desarrollo y función de la ciencia política. (Buenos Aires: Eds. Nuevas. 1971).
- HERNANDEZ Valle, Rubén. Lecciones de Derecho Constitucional. (San José: publicaciones Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. Mimeógrafo. 1974).
El control de la constitucionalidad de las leyes. (San José: Iuricentro. 1978).
- JOHNSON, E. L. El sistema jurídico soviético. (Barcelona: Península. 1974).
- LAMBERT, D. C. y MARTIN, J. América Latina: economía y sociedades. (México: Fondo de Cultura Económica. 1976).
- LEONI, Bruno. La libertad y la ley. (Madrid: Unión Ed. 1974).
- LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. (Barcelona: Ariel. 1970).
- MASPETIOL et al Genèse et déclin de l'Etat. (Paris: Archives de Philosophie du Droit. T. 21. Sirey. 1976).
- MORTATI, Constantino. Costituzione formale, costituzione materiale. (Torino: Gouffrè. T. XI. Enciclopedia di diritto, pp. 169 a 214, 1962).
Istituzione di Diritto Pubblico. (Padova: Cedam. 1975).
- ORTIZ, Eduardo. Costa Rica: Estado social de derecho. (San José: Revista de Ciencias jurídicas N° 29. 1976. Págs. 23 a 157).

PASHUKANIS, Evgeni. Teoría general del derecho y marxismo. (Barcelona: Labor. 1976).

PEISER, G. Droit Administratif. (Paris: Dalloz. 1975).

RIVERO, Jean. Droit Administratif. (Paris: Dalloz. 1971).

ROMERO PEREZ, Jorge Enrique. La social democracia en Costa Rica. (San José: Imp. Trejos. 1977). Asamblea Nacional Constituyente. Opiniones sobre una posible convocatoria. (San José: Facultad de Derecho. U.C.R. 1978). (Comp.).

SANCHEZ AGESTA, Luis. Principios de teoría política. (Madrid: Ed. Nacional. 1967).

STUCKA, Pëtr. La función revolucionaria del Derecho y del Estado. (Barcelona: Península. 1974).

VARGAS, Ismael. Derecho constitucional. (San José: publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. Mimeógrafo. 1961).

VEDEL, Georges. Droit Administratif (Paris: PUF. 1973).

WHEARE, K. Las constituciones modernas. (Barcelona: Labor. 1971).

DOCUMENTOS:

Constituciones de:

- Costa Rica.
- Corea
- Cuba
- China Popular
- Estados Unidos de América
- Francia
- Rusia.

LIBROS

FASSÒ, Guido: *Histoire de la philosophie du droit. XIXe et XXe siècles*, Traduit de l'italien par Catherine Rouffet. Paris 1977, L.G.D.J., Bibliothèque de Philosophie du Droit - vol. XX, 16 x 24 cm., 312 p.

Se trata del tercer volumen de una obra, en tres tomos, en la que el autor ha trazado la trayectoria del pensamiento occidental en materia de filosofía jurídica, desde la Antigüedad hasta nuestros días (años 60 inclusive). El que comentamos, constituye una excelente traducción al francés del editado en italiano por Il Mulino, Bolonia, bajo el título: *Storia della filosofia del diritto*, vol. III. *Ottocento e Novecento* (3ª ed., 1974).

Lo que en este trabajo llama ante todo la atención, es la manera en que Fassò, dando cuenta de las posiciones de un número bastante extenso y variado de pensadores, consigue combinar la claridad con el poder de síntesis, la pluralidad de facetas propias a cada escritor con su coherencia interna, la multiplicidad de autores con la sobria caracterización general de la corriente en que cada uno aparece ubicado: en una palabra, la multilateralidad con la concisión y el orden.

Puede que, así y todo, haya lectores a quienes les parezca que el panorama resulta más bien abigarrado, que se ha tomado en consideración una cantidad demasiado elevada de autores, que las diferencias entre ellos no son siempre muy importantes. Tal vez ese "abigarramiento" exista, en efecto. Pero no creo que Fassò hubiera estado en condiciones de eludirlo sin resignarse a una excesiva simplificación. Por lo demás, es asimismo probable que lectores más especializados objeten, en cambio, la ausencia de tal o cual nombre (llama la atención, por ejemplo, que falte el de Betti entre los italianos o el de Esser entre los alemanes), o consideren que determinados pensadores merecían tratamiento más detallado. Ningún manual puede escapar a reparos parecidos, por un demás o un de menos. Pero si acaso existe algún "justo medio", es probable que nuestro autor no haya transitado muy lejos del mismo.

La obra se ubica, eso sí, en el nivel de lo superestructural, simplemente. Los pensadores y las corrientes son enfocados, por lo habitual, sólo en el plano de los desarrollos y relaciones de las ideas mismas; esto es, sin mayor referencia a las coordenadas socio-económicas y políticas en que esas ideas juegan su papel histórico —así como lo juega el Derecho que ellas pretenden reflejar o contribuir a elaborar—. Pero en la medida en que el pensamiento jurídico en general, particularmente la reflexión filosófica en dicho dominio, poseen, a pesar de

todo, una cierta autonomía, cierta dinámica interna, cierto carácter propio, una "Historia de de las Ideas" no deja de tener su justificación, sobre todo si es llevada a cabo con la seriedad con que la encara este libro.

El encabezamiento de los capítulos puede dar una idea de la amplitud del material manejado: I) Las teorías de la codificación; II) Los utilitaristas ingleses; III) El historicismo jurídico; IV) La filosofía postkantiana; V) Hegel; VI) La filosofía jurídica italiana en la época del Risorgimento; VII) Las doctrinas socialistas; VIII) Los irracionalistas; IX) El positivismo; X) El positivismo jurídico formalista; XI) Teorías jurídicas antiformalistas; XII) El derecho en la filosofía de los primeros años del siglo XX; XIII) Las doctrinas norteamericanas; XIV) Aspectos filosóficos de la ciencia jurídica del siglo XX; XV) Las teorías jurídicas de los regímenes totalitarios; XVI) La filosofía jurídica contemporánea.

Cada capítulo presenta, en general comenzando por un panorama con las características de conjunto de la etapa o corrientes enfocadas, sucesivos párrafos dedicados a delinear el punto de vista de autores cuyo pensamiento ha sido fundamental para determinar ese cuadro. Las referencias de pie de página permiten localizar con facilidad las fuentes de lo que va siendo desarrollado en el texto —Fassò apuntala de manera particularmente escrupulosa su exposición del pensamiento de cada autor—. A ello se añade un apéndice general de *Notas bibliográficas*, ubicado al final (p. 279-302); aporta, con referencia a cada capítulo de los antes desarrollados, información adicional sobre textos de los autores examinados y un repertorio de "Estudios críticos" sobre ellos (principalmente en italiano).

Debe estar demás agregar, luego de todo lo señalado, hasta qué punto este libro puede resultar indispensable, como obra general de consulta, para aquellos que se interesan en lo que sobre el Derecho ha sido reflexionado desde el siglo XVIII hasta nuestros propios tiempos.

E. P. Haba

*

**

PERELMAN, Ch.: *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, París 1966, Dalloz, col. Méthodes du Droit, 17 x 22 cm., 193 pág.

En Europa se ha ido imponiendo cada vez más la convicción de que el razonamiento de los juristas no responde a una lógica de tipo deductivo, al ideal del silogismo judicial y de la *Begriffsjurisprudenz*, sino que él se maneja según líneas mucho más elásticas. Aunque tendencias semejantes aparecían ya en posiciones como la de la escuela del derecho libre y la del realismo escandinavo o usamericano, es sobre todo luego de la Segunda Guerra Mundial que pasan a ser dominantes.

Entre los portavoces más destacados de tal movimiento se halló, desde el comienzo, Chaim Perelman, fundador y principal figura de la llamada Escuela de Bruselas. El libro que comentamos presenta una excelente exposición general de sus ideas sobre la naturaleza del pensamiento jurídico.

La Primera Parte de la obra informa sobre los principales tipos de teorías que en el Derecho continental fueron apareciendo desde el siglo XIX hasta el presente. Este cuadro de la evolución histórica contempla: la escuela de la exégesis; las concepciones teleológica, funcional y sociológica del Derecho; reacciones (contemporáneas) contra la concepción positivista, legalista y estatista del Derecho, lo cual ahora lleva a poner el acento sobre la importancia que en el razonamiento del juez revisten los principios generales, los valores, los "tópicos" jurídicos, etc., manejados con vistas a obtener una solución "satisfactoria" del caso.

La Segunda Parte, y ya antes la Introducción general, tratan de extraer, haciendo pie en lo que resulta de aquella evolución histórica, las conclusiones de orden sistemático. Según nuestro autor, los métodos que se ponen en práctica en el Derecho corresponden a las técnicas de razonamiento propias de lo que él llama la "*nouvelle rhétorique*", inspirada en las formas que Aristóteles estudiara en los *Tópicos*, las *Refutaciones sofisticas* y la *Retórica*. Y sería este tipo de razonamientos, justamente, el que se manifiesta asimismo a través del manejo cotidiano de un repertorio de figuras argumentales por parte del jurista.

La idea sobre la cual Perelman insiste de una manera fundamental, es la de que corresponde sacar las consecuencias adecuadas de la distinción entre dos campos de razonamientos: el de lo lógico-formal y el de lo que Aristóteles llamaba silogismos "dialécticos". Ahora bien, son estos últimos los que se aplican en lo fundamental para el razonamiento práctico: moral, política, derecho, etc. Dichos razonamientos son "relativos, no a las demostraciones científicas, sino a las deliberaciones y controversias. Se refieren a los medios de persuadir y convencer por medio del discurso, de criticar las tesis del adversario, de defender y justificar las propias, con ayuda de argumentos más o menos fuertes" (p.2). En definitiva, la lógica judicial se presenta, pues, "no como una lógica formal, sino como una argumentación que depende de la manera en que los legisladores y los jueces conciben su misión, y de la idea que ellos se hacen del derecho y de su funcionamiento en la sociedad" (p. 177).

El razonamiento jurídico, por pertenecer a dicha forma de pensamiento, "sólo muy raramente podrá ser considerado como *correcto* o *incorrecto* de una manera, por así decirlo, impersonal". O sea, que el jurista, al decidir, deberá hacerse cargo de sus "responsabilidades", efectuar una "apreciación del valor de esas razones —que sólo muy raramente pueden ser reducidas a un cálculo, pesaje o medida— que pueden diferir de un individuo a otro, lo cual destaca el carácter personal de la decisión tomada" (p. 6). Sin embargo, ello no significa que se trate de razonamientos arbitrarios, como lo pretenden filósofos po-

sitivistas, esclavos de una concepción cientista. El escepticismo de éstos conduce, en definitiva, a “abandonar a los factores irracionales, y al fin de cuentas a la fuerza y a la violencia, individual o colectiva, la solución de los conflictos que conciernen a la práctica” (p. 113). Pero no es imprescindible aceptar tales conclusiones. Por el contrario, hay que comprender que también lo *razonable* (“elección razonable”, “decisión razonable”, “acción razonable”), lo referente a juicios de valor, puede y debe ser objeto de una discusión y fundamentación racional, aunque ella no presente la rigidez del razonamiento deductivo.

Ahora bien, “el recurso a los razonamientos *dialécticos*, *retóricos*, se impone en ausencia de técnicas unánimemente admitidas” para resolver los problemas planteados. Lo peculiar de estos razonamientos es que ellos “están dirigidos a establecer un *acuerdo* sobre valores y la aplicación de los mismos, cuando éstos son objeto de una controversia. (...) La noción de acuerdo se hace fundamental cuando los medios de prueba están ausentes o son insuficientes, y sobre todo cuando el objeto del debate no es la verdad de una proposición, sino el valor de una decisión, de una elección, de una acción, consideradas como justas, equitables, razonables, oportunas, honorables, o conformes al derecho” (p. 102). La pregunta que se plantea, entonces, es cómo lograr ese acuerdo. La respuesta de la *nouvelle rhétorique* es que ello se logra a través de la “argumentación”, esto es, de “técnicas discursivas tendientes a provocar o acrecentar la adhesión de los espíritus [auditorio] a las tesis que les son presentadas para su asentimiento” (p. 106). Si se quiere analizar el razonamiento jurídico, lo que hace falta es, en consecuencia, estudiar esas “técnicas”, o sea, ver cuáles son los argumentos *específicos* que utilizan los juristas. A lo largo de este libro, ello se halla abundantemente ejemplificado.

**

Nadie podrá negar que el examen de Perelman se encuentra abonado por una referencia muy cercana y muy rica a la *praxis* misma de los tribunales, al razonamiento jurídico tal cual cotidianamente suelen llevarlo a cabo los jueces. Aunque la secuencia de los enfoques no resulta presentada siempre de un modo muy ordenado, la claridad con que el autor expone sus ideas y la abundancia de los ejemplos llamados en su apoyo hacen que el texto sea fácil de seguir y convincente. . . . ¡Pero tal vez las cosas sean un poco menos llanas de lo que allí se nos da a entender!

Por lo pronto, conviene llamar la atención sobre el hecho de que la descripción que Perelman nos presenta, en realidad es algo más que eso: su texto contiene una cierta *apologética*, aunque sea velada, del estado de cosas que está señalando. Da por sentado que el pensamiento jurídico es —y será!— *por esencia* rebelde a la introducción de métodos propiamente científicos; y ahí echa en un mismo saco, sin más, los de

la lógica formal con los de las ciencias empíricas. Pero sobre todo en lo que se refiere a estas últimas, de modo alguno es tan indiscutible que no se pueda llegar a incorporarlas en el campo de las llamadas Ciencias del espíritu. La sociología, por ejemplo, nos presenta ejemplos patentes de lo contrario. Que métodos análogos puedan o no, finalmente, ser introducidos también en la esfera del pensamiento jurídico, no es cosa que se siga de alguna “esencia” (acientífica) del Derecho, sino que constituye una pregunta abierta al futuro. Desde el momento en que Perelman no plantea siquiera esa posibilidad, su descripción —decididamente acrítica— del quehacer jurídico funge, por dicha unilateralidad, como una justificación (ideología) del tradicionalismo en la metodología de los juristas.

No me parece muy convincente la afirmación de que, salvo tomando un camino como el de la *nouvelle rhétorique*, para la fundamentación de los juicios prácticos no quedaría otra alternativa que la de dejarlos librados al irracionalismo puro y simple. El problema no es, según creo, el de decidir si le hemos de *llamar* o no “razonables” a fundamentaciones de esa naturaleza; sino saber qué *garantías* estarían ellas en condiciones de brindarnos, para que, por dichas vías, obtengamos conclusiones más firmes que las calificadas de irracionales. Sea como sea, lo cierto es que tales “garantías” nos serán dadas en una medida muchísimo mayor, en cambio, si conseguimos remitirnos a regularidades de orden empírico —¡no a meros juicios de valor!— para determinar las condiciones de validez de dichos razonamientos. Las diferencias importan —¡y mucho!— desde el punto de vista *heurístico*. Porque el llamarse a conformidad con una “argumentación”, el cubrirla mediante el prestigio de la palabra “razonable”, no significa tanto un esfuerzo que apunte contra el irracionalismo puro y simple, sino antes bien un arma dirigida contra la introducción de métodos de las ciencias sociales empíricas en el campo del razonamiento práctico. Se trata de una “estrategia de inmunización” (Albert) para defender la permanencia de un pensamiento de *status* pre-científico, tradicional, en ese terreno.

Todo esto se traduce, por lo demás, en una cierta indefinición en que nuestro autor deja lo que tiene que ver con las relaciones entre retórica y verdad. No se sigue muy claramente, de su exposición, si el único (y suficiente) criterio de verdad para un razonamiento práctico sería la adhesión que le preste un auditorio; o si, a la inversa, la calificación del auditorio haya de medirse en función de parámetros de la verdad que puedan trascenderlo. De cualquier manera, en la práctica sería el primer criterio que se impondría, en cuanto aceptemos el ideal pragmático de la *nouvele rhétorique*. Y siendo así, basta que el “auditorio” de juristas esté integrado (como suele suceder) por individuos poco versados en métodos científicos propiamente dichos, para que desde ya queden legitimadas, sin posibilidades de apelación ante otras instancias del conocimiento, las formas tradicionales del razonamiento

jurídico. También por este lado, pues, la posición de Perelman se revela como una ideología del pensamiento anticientífico.

**

En definitiva, y más allá de los reparos señalados, me parece indiscutible que este trabajo del Profesor Perelman constituye un aporte de valor excepcional al conocimiento de la manera en que piensan los juristas. Aunque no creo que el mérito mayor del mismo se ubique sobre el plano de una verdadera *teoría* del fenómeno jurídico, no puede negarse el realismo de las observaciones que allí se nos brinda sobre el quehacer de los jueces, la justeza con que aparece descrito el nivel *manifiesto* de su forma de razonar, la tornasoleada superficie de esas aguas. Desde *tal* punto de vista, se trata de un libro realmente estupendo. Ningún jurista debería dejar de leerlo. Pero tanto mejor si la lectura puede conducir, además, a cobrar conciencia de lo bueno que sería esforzarse por que las cosas no sigan quedando del todo así.

E. P. Haba

HERNANDEZ, Rubén. *El control de la constitucionalidad de las leyes*. (San José: Juricentro. 1978. 143 págs. 20 x 13 cms.).

El ordenamiento jurídico de corte occidental, generó una jerarquía de normas legales a partir de la Carta Magna, en versión del desarrollo del constitucionalismo inglés —desde los tiempos de Juan Sin Tierra en 1215, hasta las tendencias parlamentarias del presente siglo— y del francés —desde 1789 hasta el período actual—. Esa jerarquía normativa —principalmente en el continente europeo y su correlativa influencia en América Latina— mantiene la tesis de la supremacía de la Constitución Política como norma de normas, como forma de formas y como la ley fundamental del Estado y de la sociedad.

A tal extremo llega esta corriente, que afirma que cualquier norma jurídica inferior a la Carta Fundamental (y todas las demás son inferiores: tratados, leyes, reglamentos, decretos, circulares), cede y es nula frente al poder de la legalidad constitucional.

Cabalmente, en este sentido, se habla de un control de la constitucionalidad de las leyes; o sea: que todas las normas jurídicas deben y tienen que ser congruentes con la Carta Magna costarricense; existiendo (o debiendo existir), los controles (que en Costa Rica son débiles e insuficientes) para que tal axioma se cumpla.

Claro está que se plantea un problema esencial cuando se observa cómo y de qué manera los gobiernos militares y dictatoriales de América

Latina han convertido la Constitución Política en una declaración sin fundamento en la realidad y cuya violación es el pan cotidiano.

De ahí pues, que el tema del control de la constitución de las leyes deje de ser una cuestión académica para devenir en un aspecto crucial del estado de derecho y del sistema democrático. Ello conduce, asimismo a indicar que se debe reformar el recurso de inconstitucionalidad en nuestro país, ya que por el funcionamiento y la tramitación de dicho recurso, la Constitución Política es la norma legal que se viola más frecuentemente, ante una aparente indiferencia de los abogados y demás técnicos del Derecho. Esto es sumamente grave en un sistema democrático, pues un simple y ritual mecanismo de tramitación está dando al traste con un recurso vital para el ser humano y para la convivencia democrática.

Por supuesto que estas consideraciones conducen, también, a insistir en una reflexión de fondo sobre una reestructuración de todo el Poder Judicial, tanto en el organograma como en su fluxograma y cronograma. En los actuales momentos históricos se hace urgente revisar *in toto* la Ley Orgánica del Poder Judicial, el método de nombramiento de los magistrados, sus períodos de ocupación de tales cargos, etcétera.

Lo anterior es prioritario, en la medida en que el Poder Judicial es la piedra angular del sistema político y jurídico nacional. De tal manera que esa tarea se torna insoslayable, de primera magnitud.

Cabalmente, no se puede dejar de ratificar el criterio de que la Carta Magna es una técnica de control político y jurídico, inmerso en un proceso de la misma naturaleza (jurídico-político); constituye el proyecto de control social integral de la comunidad y la esencia del sistema social global. Por estas razones, y otras más, nos parece que el libro del Dr. Rubén Hernández acerca del *Control de la constitucionalidad de las leyes* viene a llenar un vacío en la literatura jurídica de nuestro país.

En sus últimas páginas, el profesor Hernández apunta una serie de reformas, entre las cuales citamos el establecimiento de una Corte Constitucional, que, como bien señala este jurista, es una solución radical al anacronismo de nuestra administración constitucional transformando —para ello— el Tribunal Supremo de Elecciones en dicha Corte. Además, esta Corte funcionaría dentro del Poder Judicial.

J. e. romero p.

**

PEREZ, Víctor; BOU VALVERDE, Zetty. *Los valores fundamentales de la personalidad y sus medios de tutela*. (San José: Ed. Universidad de Costa Rica. 1978. 32 págs. 27 x 20 cms.).

Uno de los logros del ser humano es la realización de la libertad, como valor digno de protección por el ordenamiento jurídico y con él el del resguardo de la personalidad y sus correlativos derechos. Estos

tutelan valores prioritarios no patrimoniales que se hacen efectivos mediante situaciones jurídicas que protegen los elementos vitales para el *homo sapiens*, en los diversos y complementarios planos de proyección física, síquica, intelectual, espiritual y de relación.

Estos derechos de la personalidad son irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles. Por ello, ningún sistema político totalitario, dictatorial ni hegemónico puede —humana ni legítimamente— constreñir o limitar tales derechos. Así, el Estado de Derecho y el modelo democrático plantean el liberalismo como un mecanismo regulador de la acción del Estado levithanesco *in dubio pro administrado*. Constituyéndose así, la esfera de derechos individuales y sociales como un límite infranqueable para el Estado. Esto queda consagrado en la Ley General de Administración Pública recién publicada en *La Gaceta*, la cual —es de esperar que pronto— tendrá eficacia. Por ello, el constitucionalismo moderno y la teoría de los derechos públicos subjetivos devienen en un dique de contención frente a los abusos, arbitrariedades o desviaciones del poder político.

El paquete de estos valores de la personalidad, tutelados por el Derecho, como bien los precisa el Dr. Víctor Pérez y Zetty Bou Valverde, en su estudio sobre *Los valores fundamentales de la personalidad y sus medios de tutela* son el derecho a la *imagen* (aquel que la persona tiene a su propia representación externa y que viene a ser una especie de proyección de la persona) (p. 13), al *nombre* (elemento configurador del estado civil y principal factor de identificación) (p. 16), a la *vida* (bien supremo sin el cual no cabe existencia y disfrute de los demás bienes) (p. 18), a la *integridad corporal* (conurrencia de todos los atributos esenciales para lograr el pleno desenvolvimiento de las facultades humanas) (p. 19), a la *disposición del cadáver* para lugar se debe depositar, según la voluntad y proyección del testador fines benéficos, alturistas, de investigación o para determinar en qué lugar se debe depositar, según investigación la voluntad y proyección del testador (facultad de disponer del propio cadáver) (p. 21); *honor*, tanto el subjetivo como el objetivo (fama o prestigio) (sobrevive a la muerte del sujeto, por ello existe un interés tutelado por proteger este valor) (p. 19); la *libertad*, que el es poder o la facultad —legitimada por el ordenamiento jurídico— que se reconoce a la persona el derecho de hacer lo que le plazca dentro de los límites que determine el ordenamiento y los medios de control social (p. 22).

Este derecho público subjetivo de la libertad, tiene sus modalidades expresadas según estos criterios: libertad de pensamiento, conciencia, religión; de comercio, de trabajo, opinión y de imprenta; libertad de enseñanza, personal, de movimiento, de correspondencia, de reunión, de asociación, de formar partidos políticos (p. 24).

A veces, hay quienes defienden el criterio de la libertad legal (e, incluso de la filosofía) como el medio de coacción a los demás en beneficio de ciertos grupos o personas. Esto es totalitarismo oculto bajo el argumento liberal. Claro que los criterios de libertad y coacción o im-

perio estatal, se configuran a la luz de normas legales prefijadas, que —teóricamente— hacen ceder la potestad de imperio a la libertad. Por ello, el reto de la libertad siempre está presente.

j. e. romero p.

**

ROMERO PEREZ, Jorge Enrique. *Apuntes sobre el servicio público*. (San José: Ed. Universidad de Costa Rica. 1978. 21 x 14 cms. 40 págs).

La editorial de la Universidad de Costa Rica acaba de publicar un nuevo libro del doctor Jorge Enrique Romero Pérez sobre el *servicio público*, que el mismo autor califica de notas o apuntes a la teoría y la práctica de lo que modernamente se debe entender por esa clase de servicios prestados a la comunidad, ya sea directamente por el Estado o por medio de concesionarios.

Sin duda, toda la teoría del servicio público se ha puesto de moda en la hora presente cuando las huelgas en los servicios públicos, se torna casi en una realidad que amenaza la estabilidad de la sociedad y la buena marcha del Estado.

El famoso art. 61 de la Carta Magna, violado por las citadas huelgas, prohíbe a los trabajadores efectuar huelgas en los servicios públicos. Esto hace que el precepto constitucional sea analizado a la luz de la realidad del ámbito público y de las reiteradas huelgas de diversos sectores de la Administración Pública. Interesa, sobremanera, indagar ¿qué es un servicio público?, ¿cuál ha sido su evolución?, el impacto del desarrollo del sistema económico-industrial sobre la jurisprudencia, doctrina, teoría y práctica normativa referente a tales servicios.

Y, es que este tema no sólo parte de una apreciación clásica, de estimar al Estado como un haz de servicios públicos, que justificaba su existencia en la medida en que esos servicios se dieran a la colectividad, como señaló León Duguít. Cabalmente, el libro del profesor Romero, indica, con precisión, esos efectos sobre la concepción del Estado en la sociedad moderna. Y es, que los conceptos de Estado y de servicio público, siguen siendo la clave para entender el funcionamiento institucional de la sociedad en una economía de mercado; y, frente a la evolución de los sistemas socialistas.

Esta obra que comentamos y presentamos hace luces sobre la marcha del servicio público, su naturaleza y consecuencias sobre el Estado, el Derecho y los distintos grupos sociales.

Como bien manifiesta su autor, esa monografía la hizo en el ambiente y el calor intelectual de la escuela del maestro doctor Eduardo García de Enterría, y su equipo de profesores colaboradores, entre los

cuales destacó —entre otros— el doctor José Antonio Manzanedo, con quien el profesor Romero amasó el conjunto de tesis que se publican en la investigación señalada.

Esta obra, en su primera versión en borrador, sirvió de base al curso sobre el servicio público que el jurista Romero impartió a jueces y abogados en la Corte Suprema de Justicia, dentro del programa de colaboración entre el Poder Judicial y la Facultad de Derecho (UCR), calificado de *Cursos de perfeccionamiento*.

Tanto el desarrollo histórico, como los criterios del Consejo de Estado francés y sus diversas ramas interpretativas, al igual que los principios rectores y la crisis del servicio público, son estudiados, con gran rigor intelectual, por el especialista en Derecho Administrativo, Dr. Romero.

Así el servicio público (en su versión clásica y moderna), es presentado por el profesor citado, en forma didáctica, ágil y sistemática.

Mario Granados

INDICE

Presentación	Pág. 9
ENSAYOS:	
La responsabilidad del arrendatario. Dr. Víctor Pérez Vargas	11
Organización y funcionamiento del Ministerio Público en Costa Rica. Dr. Mario Alberto Houed Vega	23
La ratificación de los tratados Torrijos-Carter sobre el Canal de Panamá y el valor jurídico de las llamadas reservas hechas por el Senado de los Estados Unidos de América. Dr. Gonzalo Facio	57
Algunas reflexiones acerca del presupuesto y los principios de unidad y universalidad presupuestarias. Fernando Bolaños Céspedes	67
El adulterio. Licda. Ana E. Rodríguez Alvarado	97
Estudios de Derecho Parlamentario. Dr. Gerardo Trejos	119
En torno al concepto de la interpretación literal. Dr. Enrique P. Haba	127
Notas sobre el problema de la Constitución Política. Dr. Jorge Enrique Romero Pérez	161
LIBROS:	
Fasso, Guido: <i>Histoire de la philosophie du droit</i> . E. P. Haba	219
Perelman, Ch.: <i>Logique juridique, Nouvelle rhétorique</i> . E. P. Haba	220

Hernández, Rubén: <i>El control de la constitucionalidad de las leyes.</i> j. e. romero	Pág. 224
Pérez, Víctor; Bou Valverde, Zetty: <i>Los valores fundamentales de la personalidad y sus medios de tutela.</i> j. e. romero	226
Romero Pérez, Jorge Enrique: <i>Apuntes sobre el servicio público.</i> Mario Granados	227

Se terminó de imprimir
en los Talleres Gráficos de
Trejos Hnos. Sucs., S. A.
en el mes de octubre de 1978.

